



**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Y FILOSOFÍA JURÍDICA**

**EL MULTICULTURALISMO Y SU PERSPECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

TESIS DOCTORAL

**REALIZADA POR
JAIME GAJARDO FALCÓN**

**DIRIGIDA POR
DRA. SILVINA ÁLVAREZ MEDINA**

MADRID, 2018

Para Emilia

AGRADECIMIENTOS

El año 2012 llegué a Madrid a cursar el Máster en Gobernanza y Derechos Humanos que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, lugar en que encontré un acogimiento espléndido. Luego de terminar la tesina de fin de Máster, que fue dirigida por la Dra. Silvina Álvarez Medina, me propuse realizar el doctorado, el que comencé el año 2013 bajo la dirección de la Dra. Silvina Álvarez Medina.

La Dra. Álvarez ha sido fundamental durante todo este proceso, no solo por su magnífica guía sino también por su inestimable apoyo para que pudiera llegar a puerto. Le agradezco profundamente haber aceptado dirigir la presente tesis y haberme acompañado durante estos largos cinco años.

Asimismo, agradezco a todos los académicos y académicas con quienes pude compartir las ideas y reflexiones que fueron dando forma a esta tesis. Mis más sinceros agradecimientos a Luis Rodríguez Abascal, Liborio Hierro, Juan Carlos Bayón, Alfonso Ruiz Miguel, Francisco Laporta, Ricardo Cueva, Pablo de Lora, Mariano Melero, Isabel Wences, Carmen Pérez, Ruth Martínón Quintero, Anna Margherita Russo, Digno Montalván, Paloma de la Nuez, Rubén García Higuera, Alejandro Sahuí Maldonado, Rodrigo Lledó Vásquez, Juan Iosa, Hernán Bouvier, Federico Arena, Carlos Martín Villanueva, Belén Gulli, Miriam Henríquez, Gonzalo Candia, Isabel Aninat, Lucas Sierra, Jorge Roa, Paola Andrea Acosta, María Angélica Benavides, Liliana Galdámez y José Ignacio Núñez.

Quiero agradecer de forma especial a Francisco Zúñiga Urbina, quien me alentó a trabajar en la temática del multiculturalismo, dirigió mi tesis de Magister en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y me ha apoyado fraternalmente en mi formación profesional y académica.

A la Fundación Carolina, al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y a la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, les agradezco por las becas que me dieron para poder realizar los estudios de postgrado y doctorado. Asimismo, le agradezco al personal de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por haberme

permitido trabajar durante el año 2012 en dicha institución y conocer la forma en que se aplican los derechos humanos en el continente americano.

De igual forma, le agradezco profundamente al ex Ministro de Desarrollo Social del Gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, Marcos Barraza Gómez, por su confianza y por haberme permitido dirigir la División Jurídica y Legislativa de dicho Ministerio, entre los años 2015 y 2018, lugar en el cual pude enriquecerme con el conocimiento práctico de la multiculturalidad de Chile.

Por último, quiero agradecer muy especialmente a mis padres, María Francisca Falcón y Jaime Gajardo Orellana, por su compañía, apoyo, ejemplo, guía y, sobre todo, por su gran amor.

ÍNDICE

RESUMEN	VII
LISTADO DE ABREVIATURAS.....	VIII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL MULTICULTURALISMO EN LA TEORÍA POLÍTICA Y JURÍDICA.....	8
1.1. SOBRE EL CONCEPTO DE MULTICULTURALISMO	8
1.2. REVISIÓN DE LA DISCUSIÓN LIBERAL-COMUNITARIA SOBRE EL MULTICULTURALISMO	15
1.2.1. Etapas de la discusión	16
1.2.2. ¿Existe algún tipo de consenso teórico y que se exprese en políticas concretas?.....	34
1.3. ASPECTOS NORMATIVOS DEL MULTICULTURALISMO	43
1.3.1. Los derechos humanos y el multiculturalismo	44
1.3.2. Los derechos de los grupos	50
1.3.3. La representación política en contextos multiculturales	60
1.3.4. Interpretación de los derechos humanos en contextos multiculturales	67
1.4. EL MULTICULTURALISMO EN AMÉRICA LATINA.....	77
1.4.1. Los derechos de los pueblos indígenas	79
1.4.2. Recepción normativa supranacional	84
1.4.3. Constitucionalización del multiculturalismo.....	92
1.5. EL MULTICULTURALISMO EN EUROPA	100
1.5.1. Recepción normativa supranacional	102
1.5.2. Las políticas multiculturales en Europa: ¿auge o caída?.....	107
1.6. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	111
CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA SOBRE MULTICULTURALIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	114
2.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	117
2.2. JURISPRUDENCIA RELATIVA A MINORÍAS NACIONALES	123
2.2.1. Minorías nacionales y protección del pluralismo.....	124
2.2.2. Minorías nacionales y no discriminación	128
2.2.3. Minorías nacionales y pluralismo educativo	130
2.3. JURISPRUDENCIA RELATIVA A REPRESENTACIÓN POLÍTICA	132

2.3.1. Disolución de partidos políticos en Turquía y Bulgaria.....	133
2.3.2. Derecho al sufragio pasivo de minoría lingüística	144
2.3.3. Derecho al sufragio activo de miembro de grupo étnico.....	146
2.3.4. Dimensiones positivas del derecho de libertad de asociación.....	148
2.4. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS CULTURALES	151
2.4.1. Los derechos culturales en el marco del derecho a la vida privada y familiar	152
2.4.2. Los derechos culturales y la prohibición a la discriminación	166
2.5. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS MULTICULTURALES	174
2.5.1. La libertad de expresión en contextos multiculturales como garantía de pluralismo.....	175
2.5.2. La libertad de expresión en contextos multiculturales como protección externa y prohibición del “discurso del odio”.....	176
2.6. JURISPRUDENCIA RELATIVA AL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA	179
2.6.1. El uso de símbolos religiosos	181
2.6.2. La declaración sobre la propia religión o creencias	193
2.6.3. Relaciones y autonomía dentro de las propias órdenes religiosas	195
2.6.4. Dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa.....	197
2.7. JURISPRUDENCIA RELATIVA A MIGRANTES.....	198
2.7.1. La expulsión de migrantes y sus condiciones de vida en centros de reclusión	200
2.7.2. Derecho a la libertad y a la seguridad de los migrantes en procedimientos de expulsión o extradición	204
2.7.3. Garantías judiciales, proceso equitativo y su aplicación en casos de extradición	206
2.7.4. Diversas aristas de la protección de la vida privada y familiar de los migrantes	208
2.7.5. Libertad de circulación y residencia y la prohibición de expulsiones colectivas de migrantes	213
2.7.6. Derechos sociales de los migrantes	216
2.8. JURISPRUDENCIA RELATIVA A PUEBLOS INDÍGENAS EN EUROPA	219
2.8.1. Vida tradicional de los pueblos indígenas versus actividades económicas	221
2.8.2. Protección de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas	222
2.8.3. Relocalización de pueblos indígenas	225
2.9. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	227
CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA SOBRE MULTICULTURALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	230

3.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	231
3.2. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	236
3.3. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS DE GRUPO	248
3.3.1. Los derechos de grupo para la CIDH.....	248
3.3.2. Los derechos de grupo para la Corte IDH	256
3.3.3. Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos en la Corte IDH.....	270
3.4. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS CULTURALES	275
3.4.1. Aspectos culturales en el derecho a la vida	276
3.4.2. Aspectos culturales en las garantías judiciales	279
3.4.3. Aspectos culturales en el derecho a la propiedad comunal	280
3.4.4. Aspectos culturales en el derecho de protección a la familia y la niñez.....	282
3.4.6. Aspectos culturales en el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión	285
3.4.7. Aspectos culturales en las medidas de reparación	286
3.5. JURISPRUDENCIA RELATIVA A REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN CONTEXTOS MULTICULTURALES	287
3.5.1. Caso Yatama con Nicaragua	288
3.5.2. La representación política en contextos multiculturales después del caso Yatama.....	295
3.6. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS DE MIGRANTES	297
3.6.1. Opiniones consultivas de la Corte IDH sobre migrantes	300
3.6.2. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana.....	312
3.6.3. La doctrina del margen de apreciación y la protección a los migrantes	319
3.7. CONCLUSIONES PRELIMINARES.....	322
CAPÍTULO IV: ESTUDIO COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA MULTICULTURAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	
4.1. ASPECTOS COMUNES DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	327
4.1.1. Representación política en contextos multiculturales.....	327
4.1.2. Minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales	329
4.1.3. Inmigración	332
4.2. PRINCIPALES DIFERENCIAS Y POSIBLES EXPLICACIONES.....	334
4.2.1. Representación política en contextos multiculturales.....	334
4.2.2. Minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales	338
4.2.3. Inmigración	343

4.3. PERSPECTIVAS DEL MULTICULTURALISMO EN LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	345
CONCLUSIONES	349
BIBLIOGRAFÍA.....	356
JURISPRUDENCIA CITADA	406
Corte Interamericana de Derechos Humanos	406
Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	410
Tribunales Nacionales	424

RESUMEN

El presente trabajo parte de la base que el multiculturalismo es un hecho que se encuentra presente en la gran mayoría de las comunidades políticas contemporáneas y del cual la teoría y la práctica del derecho se deben hacer cargo en sentido fuerte. En términos teóricos la perspectiva que se sigue y que se utiliza como matriz para el análisis jurisprudencial son los presupuestos del liberalismo multicultural. De esta forma, plantea que el fenómeno multicultural debe ser considerado por la teoría del derecho en un sentido fuerte, debido a las consecuencias que tiene para la configuración de la identidad de las personas y, por ende, de su autonomía. Considerar el hecho multicultural en un sentido fuerte, en el entendido que el derecho es una institución social y su fin es esencialmente práctico, significa que las normas que forman parte del derecho que existe para justificar acciones y decisiones se encuentre permeado por razones que nos habilitan a contextualizar la justicia y a establecer derechos diferenciados a favor de grupos e individuos que conforman la diversidad cultural. Así, tomarse en serio el hecho multicultural implica, entre otras cosas, que la teoría del derecho debe revisitar el ideal de universalidad de los derechos humanos y contemplar herramientas hermenéuticas para la adjudicación de los derechos humanos que debieran tener especial consideración con los grupos e individuos que forman parte y constituyen las fuentes del multiculturalismo.

Para evaluar la tesis teórica del trabajo, éste analiza la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de revisar los enfoques de ambos tribunales internacionales en el análisis de casos de tipo multicultural, evaluar sus decisiones y problematizar las perspectivas adoptadas. Así, el trabajo tiene un doble propósito. Por un lado, busca fundamentar una tesis normativa sobre la necesidad de incorporar el hecho multicultural al derecho en la interpretación de los derechos humanos en casos de tipo multicultural y, por otro, revisar la forma en que han resuelto los casos ambos tribunales internacionales, con la idea de que la teoría sirva para visualizar alternativas y herramientas hermenéuticas que permitan arribar a decisiones que posibiliten una gestión del fenómeno multicultural compatible con el ideal de universalidad de los derechos humanos y su protección efectiva.

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACNUDH:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACNUR:	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
ADFUE:	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
Art.:	Artículo
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CCTNU:	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
CDE:	Consejo de Europa
CDFUE:	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN:	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
CEDAW:	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer
CEDH:	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CERD:	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
CEPAL:	Comisión Económica para América Latina
CtERD:	Comité de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
Cfr.:	Confrontar
CIEA:	Convención Internacional sobre el Estatuto de los Apátridas
CIER:	Convención Internacional sobre el Estatuto de los Refugiados
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPST:	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Comp.:	Compilador(a)
Coord.:	Coordinador(a)
CMPMN:	Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales
CSER:	Convención sobre el Estatuto de los Refugiados
CTMF:	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
Convenio N° 169 de la OIT:	Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADDH:	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DADPI:	Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas
DCP:	Derechos Civiles y Políticos
DESC:	Derechos Económicos, Sociales y Culturales
DNUPI:	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECHR:	Comisión Europea de Derechos Humanos
Ed(s):	Editor(es)
ESC:	Carta Social Europea
FPCI:	Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas
FRA:	Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea
GC:	Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Ibíd.:	Igual autor que la referencia anterior
Ídem.:	Igual autor y número de página que la referencia anterior

LGTBI:	Lesbianas, Gays, Bisexuales, personas Transgénero e Intersexuales
Nº:	Número
Ob.:	Obra
OC:	Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
OEA:	Organización de los Estados Americanos
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
Párr(s):	Párrafo(s)
Protocolo Adicional N° 1:	Protocolo N° 1 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
Protocolo Adicional N° 4:	Protocolo N° 4 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
Protocolo Adicional N° 11:	Protocolo N° 11 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
Protocolo Adicional N° 14:	Protocolo N° 14 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
Protocolo Adicional N° 15:	Protocolo N° 15 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
PNUD:	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SIDH, Sistema Interamericano:	Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos
SCrIDH:	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STCE:	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSE:	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
TBKP:	Partido Comunista Unificado de Turquía
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCE:	Tribunal Constitucional de España

TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trad.:	Traducción
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
Vol.:	Volumen
YATAMA:	Partido Político Regional Indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka

INTRODUCCIÓN

El multiculturalismo¹, entendido como el pluralismo de las culturas al interior de una sociedad política, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan², es considerado hoy un fenómeno, es decir, un hecho histórico que se encuentra presente en la gran mayoría de las democracias modernas³. El fenómeno multicultural tiene consecuencias normativas y prácticas importantes, pudiendo optar, tanto los teóricos del derecho como sus operadores jurídicos, por alguna de las siguientes alternativas: 1) Ignorar o negar el hecho del multiculturalismo y, por ende, construir la teoría y la práctica del derecho sin tomarlo en cuenta; 2) Reconocer la existencia del fenómeno multicultural, pero plantear que sus consecuencias pueden explicarse y gestionarse, sin la necesidad de introducir una óptica multicultural o nuevo paradigma en la teoría jurídica; 3) Que el fenómeno multicultural y su relación con el derecho requiere de una nueva teorización y fundamentación y, por ende, de una adecuación de las instituciones jurídicas.⁴

En el plano teórico y político, la discusión que se lleva cabo en sociedades multiculturales sobre los derechos humanos transita según la visión general que se tenga, es decir depende de la apertura que tenga la teoría del derecho en función de las posibilidades de justificar las reivindicaciones multiculturales. Para quienes teorizan desde el liberalismo más clásico, los derechos humanos no debieran tener consideraciones especiales más allá de las que ya conocemos y, por ende, las demandas de los grupos culturales deben ser tratadas bajo el prisma clásico de la igualdad y no

¹ Utilizo tanto el concepto operacional de multiculturalismo dado por Will Kymlicka (1995, pp. 25-45), como las fuentes del mismo.

² Cfr. VIOLA (2003), pp. 33-71.

³ En ese sentido apunta Amy Gutmann: “Todas las sociedades democráticas modernas contienen múltiples culturas en su interior. En ese sentido directo, las sociedades democráticas pueden llamarse multiculturales”. Cfr. GUTMANN (2008), p. 68. Asimismo, véase: KYMLICKA (1995), p. 13.

⁴ Manuel Atienza plantea que estas opciones puede tomar la teoría jurídica frente al «fenómeno» del constitucionalismo. Considero que *mutatis mutandi* estas posibilidades pueden aplicarse con respecto al fenómeno multicultural. Al respecto, véase: ATIENZA (2007), pp. 113-181. Para Kymlicka, encontrar respuestas a los dilemas que enfrentan las sociedades por el hecho multicultural que sean moralmente defendibles y políticamente viables es el principal desafío de las democracias en la actualidad. En ese sentido, podríamos agregar que las respuestas normativas e institucionales también forman parte de dicho desafío. Cfr. KYMLICKA (1995), p. 13.

discriminación⁵. En el extremo opuesto, los teóricos del comunitarismo plantean que el individuo y su identidad se encuentra profundamente marcada por los horizontes morales que tiene el grupo del que forma parte, imposibilitando la validez de derechos humanos que su comunidad no comparta⁶. Situados en un punto intermedio, autores que se adscriben a un liberalismo cultural, nacional o igualitario (en adelante, liberalismo multicultural) que tenga en cuenta la variable multicultural, buscan que en la configuración y entendimiento de los derechos humanos se aprecien los aspectos culturales e identitarios y jueguen un rol relevante en su determinación práctica.⁷

Por su parte, en el plano jurisprudencial, con sus diferencias, la Corte IDH y el TEDH, durante las últimas tres décadas, se han pronunciado sobre una gran cantidad de casos que involucran el entendimiento y ponderación de los derechos humanos en sociedades multiculturales, estableciendo su contenido, límites y alcance.

Así, el objetivo con el presente trabajo de investigación doctoral es responder una serie de preguntas, tanto en el plano teórico como en el práctico. En el plano teórico: ¿Son plausibles las razones dadas por el liberalismo multicultural y el comunitarismo para hacer diferenciaciones culturales en el entendimiento y aplicación de los derechos humanos? ¿Cuál es el estado de la cuestión en el debate entre liberales, liberales multiculturales y comunitaristas? ¿Hay particularidades o construcciones teóricas en América Latina y Europa que puedan considerarse una variante del debate liberal-comunitario? ¿Se puede hablar de “universalidad” de los derechos humanos en contextos multiculturales? ¿Cuáles son los principales problemas teóricos que debe abordar la teoría del derecho para incorporar aspectos multiculturales? ¿Existe alguna construcción teórica interpretativa de los derechos humanos que considere la variable multicultural?

⁵ Al respecto, entre otros, véase: BARRY (2005); GARZÓN (1993).

⁶ Al respecto, véase: TAYLOR (1994); WALZER (1993); GARZÓN LÓPEZ (2016).

⁷ Al respecto, véase: KYMLICKA (1995, 2001, 2006 y 2007); PAREKH (2005); GUTMANN (2008); NUSSBAUM (2007). Desde la óptica del liberalismo nacional, véase: RAZ (1988). La óptica del liberalismo multicultural se mueve en una escala de grises y depende de los contextos, dando cuenta de un problema complejo y que tal como señala Isabel Wences: “no puede reducirse a una elección entre uno u otro de los polos, es decir, entre quienes niegan la construcción de los sujetos singulares despojándoles de libertad individual, por un lado, y los que rechazan las señas identitarias a las que consideran amenazadas, por el otro”. Cfr. WENCES (2015), p. 509.

En el plano práctico las principales preguntas son: ¿Ha permeado a la jurisprudencia de la Corte IDH y el TEDH la óptica multicultural? ¿Hay diferencias sustanciales en la forma de abordar la interpretación de los derechos humanos en sociedades multiculturales entre la Corte IDH y el TEDH? ¿Es posible adscribir las sentencias dictadas por ambos tribunales internacionales en alguna de las corrientes filosófico-políticas: liberalismo clásico, comunitarismo y liberalismo multicultural? ¿Al momento de realizar la interpretación de los derechos de los convenios de derechos humanos aplicables a las sentencias que se analizarán y su ponderación, han construido los tribunales criterios para una especial consideración?

Contestar estos interrogantes y los que se derivan al respecto, es el objetivo principal del presente trabajo de investigación. Para ello y como se podrá ver, la perspectiva que se aborda desde un punto de vista teórico y que se utiliza como matriz para el análisis jurisprudencial son los presupuestos del liberalismo multicultural⁸. De esta forma, plantearé que el fenómeno multicultural debe ser considerado por la teoría del derecho incorporando el reto que plantea en un sentido fuerte, debido a las consecuencias que tiene para la configuración de la identidad de las personas y, por ende, de su autonomía. Considerar el hecho multicultural en un sentido fuerte, en el entendido que el derecho es una institución social y su fin es esencialmente práctico⁹, significa que las normas que forman parte del derecho que existe para justificar acciones y decisiones se encuentren permeadas por razones que nos habiliten a contextualizar la justicia y a establecer derechos diferenciados a favor de grupos e individuos que conforman la diversidad cultural. Así, tomarse en serio el hecho multicultural implica, entre otras cosas, que la teoría del derecho debe revisar el ideal de universalidad de los derechos humanos y contemplar herramientas interpretativas para la adjudicación de los derechos humanos que debieran tener en consideración los grupos e individuos que forman parte y constituyen las fuentes del multiculturalismo.

El estudio se justifica por razones teóricas, contingentes y prácticas. Desde un punto de vista teórico, el análisis sobre la concreción (contenido, límites y alcances) de los derechos humanos establecidos en los instrumentos regionales (similares) de protección de los mismos, nos permite estudiar la forma en que los tribunales construyen sus decisiones. Asimismo, la comparación de

⁸ El centro de la perspectiva liberal multicultural la encontramos en: KYMLICKA (1995, 2001, 2006 y 2007).

⁹ Sobre esta doble arista de la normatividad del derecho, véase: BAYÓN (1991), pp. 17-40.

las sentencias nos ayuda a situar dicho proceso en perspectiva y revisar el modelo teórico en el que los jueces internacionales anclan sus razonamientos y argumentaciones¹⁰. Conectado con lo anterior, desde un punto de vista contingente, el estudio se justifica por el fenómeno de crisis de soberanía de los Estados-nación¹¹. A raíz de lo anterior, los tribunales nacionales operan en un sistema legal complejo, integrando e interpretando la normativa nacional con la internacional y tomando en consideración la jurisprudencia de los respectivos tribunales regionales de protección de los derechos humanos¹². Por su parte, la justificación práctica viene dada por la importancia que han adquirido los tribunales regionales de protección de los derechos humanos en su órbita de competencias. Asimismo, por la influencia recíproca que tienen los mencionados tribunales internacionales en sus razonamientos (diálogo judicial¹³) y, por ende, en la relevancia que ello tiene para los operadores jurídicos de ambos sistemas.¹⁴

Para alcanzar el objetivo trazado, emplearé tres herramientas metodológicas, esto es el análisis teórico, la discusión normativa y el estudio comparado. Así, el análisis teórico me servirá para dar cuenta de las discusiones que se han llevado a cabo en el plano de la filosofía política en torno al multiculturalismo. También me será de utilidad para revisar la coherencia interna, estructura normativa y límites prácticos de los postulados que se derivan de las políticas y doctrinas multiculturales. Por su parte, el método de la discusión normativa lo utilizaré para el análisis interno de la estructura argumentativa de la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales.

¹⁰ Cfr. SENDEN (2011), pp. 3-6. Para un análisis de los conflictos de derechos humanos como derechos morales, véase: ÁLVAREZ MEDINA (2008), pp. 23-53.

¹¹ Cfr. FERRAJOLI (2010), pp. 125-175. Asimismo, véase: NÚÑEZ (2012), pp. 3-7; TORBISCO (2008), pp. 531-537; MACKLEN (2015), pp. 29-50. Sobre el impacto del fenómeno de la crisis de soberanía de los estados-nación, sobre la democracia, entre otros, véase: RODRIK (2012), pp. 203-252; BAYÓN (2014), pp. 121-138.

¹² Cfr. SENDEN (2011), pp. 5-6. En ese sentido, véase: ACKERMAN (1997), pp. 771-794. KRISCH (2008), pp. 183-216; GÓMEZ (2014), pp. 109-142.

¹³ Se habla de “diálogo judicial” para indicar la circulación e influencia de ideas y doctrinas entre tribunales y cortes. Cfr. PEGORARO (2013), p. 37. Para Javier García Roca, el “diálogo judicial” refiriéndose a la relación entre el TEDH y la Corte IDH tiene una función más sustantiva y “(...) denota que, para resolver una cuestión, ambos tribunales supranacionales pueden –y a veces deben- acudir a decisiones judiciales del otro en la búsqueda de argumentos y experiencias jurídicas que pueden normalmente ser compartidas mediante sucesivas matizaciones, y, sobre todo, que deben evitar decisiones incompatibles”. Cfr. GARCÍA ROCA (2016), p. 535.

¹⁴ Sobre el “diálogo judicial” entre el TEDH y la Corte IDH, véase: BURGORGUE-LARSEN y MONTOYA (2017), pp. 329-359; GARCÍA ROCA (2016), pp. 533-563; GARRO (2013), pp. 1147-1181; PARRA (2016), pp. 565-606; GARCÍA ROCA, NOGUEIRA y BUSTOS (2012), pp. 66-108. Sobre el “diálogo judicial” al interior del SIDH, véase: ACOSTA (2015); BAZÁN (2013), pp. 569-598. Sobre el “diálogo judicial” al interior del Sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, véase: BURGORGUE-LARSEN (2013), pp. 131-168; MARTINICO y POLLICINO (2012).

El método comparativo¹⁵ lo utilizaré para determinar los rasgos comunes y las diferencias de la jurisprudencia analizada, considerando que las soluciones que entregan ambos tribunales internacionales, más allá de sus diferencias¹⁶, responden a un fenómeno social complejo común como es la “multiculturalidad” y nos permitirá tener una visión sistemática de la misma, identificar sus modelos implícitos¹⁷ y analizarla según los presupuestos teóricos que sirven de sustento de la tesis del presente trabajo. Asimismo, se perseguirá una finalidad práctica¹⁸, esto es, proponer un enfoque unitario que ambos tribunales internacionales deberían tener en cuenta al momento de resolver casos que incluyan el desafío de la multiculturalidad.¹⁹

Para abordar las preguntas planteadas, el trabajo se dividirá en cuatro capítulos y un apartado final, en el que expondré las conclusiones a las que he llegado. En el capítulo primero, “el multiculturalismo en la teoría política y jurídica”, daré cuenta del panorama general del debate teórico al respecto. La revisión se hará, en primer lugar, en forma descriptiva, con la idea de recoger los elementos teóricos centrales, que dan tanto defensores como detractores de lo que se ha denominado multiculturalismo. Luego, señalaré y argumentaré sobre la perspectiva teórica por la que me inclino y considero más adecuada para la gestión del fenómeno multicultural, esto es, el liberalismo multicultural. Así, la exposición irá de lo general a lo particular, abordando los siguientes tópicos: precisiones sobre el concepto de multiculturalismo; revisión del debate liberal-

¹⁵ El método comparativo tiene un valor en sí mismo o cognoscitivo en lo que sería su modo descriptivo. En ese sentido, véase: DAVID (2010), pp. 8-9; GUTTERIDE (1954), pp. 9-23; SOMMA (2015), pp. 11-15; BISCARETTI DI RUFFIA (1996), pp. 79-80.

¹⁶ Uno de los presupuestos del derecho comparado es que los objetos de estudio tengan una función similar, lo que se cumpliría en este caso, ya que ambos tribunales regionales (Corte IDH y TEDH) cumplen el cometido de la protección supranacional de los derechos humanos. Sin embargo, es relevante tener en consideración las diferencias entre ambos sistemas, las que tienen relación con: 1) la gran cantidad de casos que resuelve anualmente el TEDH en comparación con la Corte IDH; 2) el procedimiento directo que tiene el TEDH versus el filtro que realiza la CIDH en el caso interamericano; 3) las diferencias de texto entre la CADH y el CEDH; 4) las diferencias sociales y de estructura democrática entre ambos continentes. Al respecto, véase: GARCÍA ROCA (2016), pp. 540-541. Asimismo, véase: GARCÍA ROCA, NOGUEIRA y BUSTOS (2012), pp. 79-89.

¹⁷ Los “modelos implícitos” o “criptotipos” son los preceptos que presiden la distribución imperativa de valores y bienes, sin que sus destinatarios tengan plena conciencia de ellos y, en definitiva, sean el esquema o prisma por el cual los jueces resuelven un conflicto jurídico que es sometido a su autoridad. Al respecto, véase: SOMMA (2015), p. 160.

¹⁸ Sobre la finalidad práctica del derecho comparado, véase: GARCÍA PELAYO (1954), pp. 9-23; BISCARETTI DI RUFFIA (1996), pp. 80-81.

¹⁹ Sobre la finalidad unificadora del derecho comparado en términos jurisprudenciales, véase: SOMMA (2015), pp. 70-74. Para Javier García Roca una interpretación finalista del derecho comparado, aplicada a la relación entre la Corte IDH y el TEDH debiera tener por objetivo generar gradualmente un consenso intercontinental en la adjudicación de los derechos humanos. Al respecto, véase: GARCÍA ROCA (2016), pp. 535-536. En ese sentido, véase: AGUILAR (2014), pp. 191-249.

comunitario sobre el multiculturalismo; aspectos normativos del multiculturalismo; y una revisión de los principales aspectos del multiculturalismo en América y Europa.

En los capítulos segundo y tercero, analizaré la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH, respectivamente, sobre casos en los que el hecho multicultural es relevante para la resolución de estos. En ambos capítulos, la revisión de la jurisprudencia se hará en términos descriptivos y analíticos. La idea es visualizar los principales argumentos entregados por ambos tribunales internacionales en las sentencias que se analizarán, a la luz del marco teórico expuesto en el capítulo primero. La jurisprudencia la he dividido en tópicos que intento sean similares o espejo en cada tribunal, aunque tienen también diferencias ya que cada tribunal ha resuelto casos de diversas fuentes de multiculturalismo, razón por la cual los capítulos no logran tener una estructura idéntica.

Por su parte, en el capítulo cuarto, daré respuesta a las preguntas de investigación planteadas y realizaré un ejercicio de discusión teórico-jurisprudencial, por tribunal internacional y luego de forma comparada. Para ello, en primer lugar, determinaré los aspectos comunes de la jurisprudencia analizada. Luego, identificaré las principales diferencias y posibles explicaciones. Finalmente, señalaré las perspectivas y tensiones que genera el multiculturalismo, tanto en el espacio europeo como americano, de conformidad con la jurisprudencia revisada.

El interés en estos asuntos surge de una doble convicción y de una gran preocupación. En primer lugar, la convicción que la teoría del derecho puede ofrecer un esquema racional que incorpore la multiculturalidad como un factor relevante a considerar en la resolución de casos concretos y que con ello se pueda ir alcanzando una justicia material con individuos y grupos que se encuentran excluidos de la deliberación política y, por ende, su perspectiva social no logra ser incluida en los parámetros usuales de la justicia formal. En segundo lugar, escribo desde la convicción que tanto la Corte IDH como el TEDH cumplen un rol preponderante en la concreción de los derechos humanos de los grupos e individuos que forman parte de colectivos culturales, étnicos, nacionales y religiosos, debido a que a veces la protección de los derechos humanos con la que cuentan en el ámbito nacional no es suficiente para alcanzar el ideal de la justicia material. Finalmente, la preocupación que cruza las páginas de este trabajo tiene relación con el auge mundial de los

discursos y las prácticas políticas que promueven un discurso discriminatorio, irrespetuoso y (en algunos casos) directamente racista hacia inmigrantes, colectivos étnicos, minorías nacionales y religiosas²⁰, lo que trae graves consecuencias en la identidad de las personas y es el germen de posibles violaciones masivas a los derechos humanos, como las que ya hemos experimentado y lamentado tan profundamente en nuestra historia reciente.

²⁰ Sobre las lógicas del racismo y del discurso del odio a nivel político y mediático, véase: VAN DIJK (2003).

CAPÍTULO I: EL MULTICULTURALISMO EN LA TEORÍA POLÍTICA Y JURÍDICA

1.1. SOBRE EL CONCEPTO DE MULTICULTURALISMO

En la introducción señalé que el multiculturalismo, entendido como el pluralismo de las culturas al interior de una sociedad política, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan²¹, es considerado hoy un fenómeno, es decir, un hecho histórico que se encuentra presente en la gran mayoría de las democracias modernas. Sin embargo, el concepto de multiculturalismo se ha usado para dar cuenta de la diversidad cultural existente en las sociedades modernas, con múltiples acepciones y alcances. El concepto se utiliza para hacer referencia a grupos con características, necesidades y exigencias muy disímiles: mujeres, homosexuales, discapacitados, pueblos indígenas, niños, entre otros.²²

²¹ Cfr. VIOLA (2003), pp. 33-71.

²² A propósito del concepto de “grupo cultural” se ha generado un largo debate académico, transitando desde definiciones que centran el concepto de grupo en sus características subjetivas bajo la fórmula de la autoidentificación, es decir, que un grupo existe porque cree que existe [CONNOR (1998), pp. 86-90], a otras que contienen elementos subjetivos y objetivos y que Amy Gutmann ha definido como “grupo identitario” [GUTMANN (2008), pp. 62-65]. Para ejemplificar una definición de tipo subjetiva, Owen Fiss señala que un grupo cultural sería una entidad propia que tiene existencia distinta de la de sus miembros, siendo posible hablar del grupo sin referirse a los miembros particulares que lo componen, distinguiéndose por su interdependencia y por el hecho de que la identidad y la existencia del grupo dependen del hecho de que sus miembros individuales se identifiquen a sí mismos como pertenecientes al grupo [FISS (1999b), pp. 138-139]. Una definición de grupo que utiliza solo aspectos subjetivos no nos ayuda a entender el contenido de ese grupo, ya que la justificación de la existencia es de tipo circular y a la pregunta del por qué existe el grupo la respuesta será lo que el grupo cree sobre sí mismo. Este alcance lo desarrolla Luis Rodríguez Abascal para señalar los problemas que tiene una definición que se centra exclusivamente en rasgos subjetivos de lo que sería una “nación” [RODRÍGUEZ ABASCAL (2000), pp. 116-119]. Por otra parte, autoras como Amy Gutmann señalan que para identificar a un grupo cultural o identitario no sólo hay que tomar en consideración aspectos subjetivos o de autoidentificación, sino también de tipo objetivo y, principalmente, normativos. En ese sentido a todos los grupos identitarios se les podría caracterizar junto con sus aspectos “adscriptivos” tales como pertenencia a una etnia, minoría nacional, o cultura que les ofrece un punto de apoyo para su autoidentificación, también por aquellos de tipo normativo y que tienen relación con un proyecto político y demandas concretas [GUTMANN (2008), pp. 61-65]. Tal como señala Owen Fiss la categoría conceptual de grupo cultural o identitario en cualquiera de sus versiones no es algo que esté exento de problemas, lo que no le resta validez o importancia, sólo difumina sus extremos [FISS (1999b), p. 139]. De esta forma se ha entendido el concepto en el derecho internacional de los derechos humanos, que lleva las últimas cuatro décadas trabajando con la idea de grupo cultural y utilizando criterios subjetivos y objetivos para definirlo, por ejemplo, en el caso de un “pueblo indígena”.

Este uso amplio y vago del vocablo multiculturalismo²³, se debería, según Will Kymlicka²⁴, a la complejidad del término cultura²⁵. Así, el concepto es usado para nombrar las costumbres de grupos, y en otros momentos tiene como referente la civilización moderna, urbana y secular. Cuando el concepto se utiliza de forma tan amplia, trae por consecuencia la dificultad de saber con claridad a qué fenómeno social nos estamos refiriendo y, por ende, problemas de comunicación entre los interlocutores. Por ello, es necesario precisar el concepto y determinar con claridad los alcances del mismo.

De esta forma, distingo el multiculturalismo del pluralismo moral²⁶. Entiendo por pluralismo moral la existencia de múltiples valores que tienen los individuos y los grupos que conforman una sociedad y la imposibilidad de realizar conjuntamente algunos de ellos²⁷. En el pluralismo hay diversidad en el entendimiento de los valores que tienen los agentes de la sociedad, lo que genera, por una parte la imposibilidad de lograr una solución correcta cuando tenemos valores diferentes que aplicar y, por la otra, los valores en conflicto generan una situación sin solución única debido a la inconmensurabilidad entre ellos²⁸. En ese sentido, resulta relevante que para algunos autores el origen del pluralismo moral lo encontramos en las prácticas colectivas²⁹, aunque con la presencia

²³ Sobre las múltiples acepciones que se han utilizado para el concepto de “multiculturalismo”, véase: GIANNI (2001), pp. 17-30.

²⁴ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 25-45.

²⁵ Para un trabajo sobre la idea de cultura, entre otros, véase: CALVO (2015), pp. 25-78; PAREKH (2005), pp. 217-268. Un concepto de cultura que resulta útil para los fines de este trabajo lo da Luis Villoro, cuando señala que la cultura es un conjunto de relaciones entre sujetos y su mundo circundante, construido por sus creencias comunes y valoraciones compartidas, por sus formas de vida, comportamientos, costumbres y reglas parecidas de conducta. Estas disposiciones dan lugar a un mundo propio, a estructuras de relación conforme a reglas, animadas por un significado común, siendo un correlato colectivo de su conjunto de disposiciones intersubjetivas. Cfr. VILLORO (1998), p. 110.

²⁶ Para un análisis de las formas de pluralismo moral en autores tan influyentes como Vico, Montesquieu, Herder y Montaigne, véase: PAREKH (2005), pp. 87-128. Para Rawls el pluralismo moral es inevitable porque los seres humanos debido a sus capacidades racionales llegan a formarse concepciones diferentes de la vida buena que resultan en algunos casos antagónicas, pero igualmente plausibles. Asimismo, para Rawls el pluralismo moral sería deseable porque da cuenta de las capacidades racionales y la necesidad de interdependencia de los individuos para llevar a cabo sus diversos planes de vida. Cfr. RAWLS (1979), pp. 44-61. En un sentido similar de pluralismo moral, pero centrándose en el papel que juega la estructura social y la cultura en la autonomía y los planes de vida de los individuos, para Raz la cultura juega un papel central dentro del pluralismo. Cfr. RAZ (1998), pp. 177-179. Para un estudio de diferentes perspectivas del pluralismo moral, véase: ÁLVAREZ (2014a), pp. 180-186.

²⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 180.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 181.

²⁹ Cfr. RAZ (1998), pp. 177-179

de valores que no dependen de ellas, lo que sería significativo para entender los alcances del pluralismo.³⁰

Asimismo, debe distinguirse el multiculturalismo de la diversidad de preferencias individuales o colectivas. En esta clase de diversidad existe un consenso básico o fundante en el plano axiológico o al menos una forma de resolverlo (discurso racional) y, por ende, en su configuración normativa³¹. Hay diversidad en los fines pero se comparten los valores y principios de una cultura, resolviéndose las diferencias dentro del mismo imaginario cultural y esquema institucional.³²

Por multiculturalismo en un sentido comprensivo, se entendería el pluralismo moral entre agentes de diferentes culturas, en el cual existen códigos histórico-identitarios inconmensurables y visiones de mundo distintas. Con ello la relación en una sociedad multicultural se vuelve más compleja, los problemas que genera la convivencia de culturas distintas con estructuras morales diferentes trae tensiones constantes. Visto así, tanto el pluralismo como el multiculturalismo son situaciones de hecho, son conceptos descriptivos de la sociedad en la que se vive³³. Por ello, Amy Gutmann señala que todas las sociedades democráticas modernas contienen múltiples culturas en su interior y es en ese sentido directo, que las sociedades democráticas pueden llamarse multiculturales.³⁴

Tomando en consideración lo señalado y compartiendo la definición que ha dado Francesco Viola al respecto, podríamos señalar que: “el multiculturalismo es el pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política. No se trata, pues, del pluralismo de intereses, de las necesidades o de las preferencias, sino de las “culturas”, esto es, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan”.³⁵

³⁰ Estos alcances permitirían estructurar un pluralismo de tipo moderado, ya que contempla el “reconocimiento de la diferencia de valores que surge de las prácticas sociales y de los modelos culturales, al tiempo que aporta nuevas formulaciones de valores generales”. Cfr. ÁLVAREZ (2014a), p. 185.

³¹ En ese sentido, véase: KYMLICKA (1995), p. 36

³² Para Isaiah Berlin cuando hay acuerdo sobre los fines, los únicos problemas que restan son los referidos a los medios, y estos problemas no serían de tipo “político” sino técnicos. Cfr. BERLIN (2001), p. 43.

³³ Cfr. DE LUCAS (2001), pp. 63-64.

³⁴ Cfr. GUTMANN (2008), p. 68.

³⁵ Cfr. VIOLA (2003), pp. 33-71.

En un sentido similar, a Will Kymlicka le interesa centrarse en el tipo de “multiculturalismo” que resulta de las diferencias nacionales y étnicas, utilizando la idea de “cultura” como sinónimo de “nación” o “pueblo”, es decir, como una comunidad intergeneracional, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio y comparte un lenguaje y una historia específicas. De esta forma, un Estado sería multicultural si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (un Estado multinacional), o si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado poliétnico), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y la vida política.³⁶

Así para Kymlicka, las fuentes del multiculturalismo al interior de las comunidades políticas serían dos: 1) La coexistencia, dentro de un determinado Estado, de más de una nación; 2) La inmigración. En la primera fuente de multiculturalismo, Kymlicka entiende por nación, una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciada. Dicho concepto de nación estaría estrechamente ligado al de pueblo o de cultura, siendo una definición de tipo sociológica³⁷. En este concepto integra tanto a minorías culturales, como a pueblos (naciones) indígenas. Si bien comparto esta fuente del multiculturalismo, me parece que las definiciones que da Kymlicka tanto de nación como de minoría étnica son precarias. Sobre el concepto de nación me parece que la definición que entrega Luis Rodríguez Abascal contempla adecuadamente elementos objetivos y subjetivos dando cuenta no sólo de aspectos descriptivos sino también de las pretensiones normativas y políticas que tienen quienes se autoidentifican como parte de una “nación”, lo que nos permite visualizar mejor las tensiones que se generan dentro de una comunidad política cuando surgen grupos que reclaman ser considerados como una “nación”. Al respecto, el mencionado autor señala que nación sería: “(...) la unidad básica y necesaria a la que le corresponde legítimamente la titularidad del poder político último sobre cierto ámbito, la

³⁶ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 36.

³⁷ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 26. Para el desarrollo de dos modelos de la idea de nación (Alemania y Francia) y que han tenido un gran impacto en la construcción del Estado, véase: MARKO (2012), pp. 265-291. Una distinción similar es la que realiza Ignatieff entre nacionalismo cívico y étnico. Cfr. IGNATIEFF (2012), pp. 8-13. Para una visión general sobre el origen y la difusión de la idea de nación, véase: ANDERSON (1993). Para un estudio crítico sobre los presupuestos normativos del nacionalismo, véase: RODRÍGUEZ ABASCAL (2000).

soberanía originaria, fuente y origen de los demás poderes y normas y, por lo tanto, es un grupo dotado de autoridad o competencia legítima sobre cierto ámbito”.³⁸

Asimismo, tampoco comparto el criterio de Kymlicka al incorporar dentro de la noción de nación a los pueblos indígenas, asimilando o encasillando a éstos en una lógica que no les pertenece e ignorando las múltiples esferas de comunidad, autoridad e interdependencia que realmente existen al interior de la gran diversidad de pueblos indígenas que habitan en el mundo³⁹. En ese sentido, Pedro Garzón señala que no son conceptos equiparables, ya que la opresión a los pueblos indígenas va más allá del “autogobierno y la carencia de poder político, en virtud de que se concibe de manera estructural y multidimensional en la medida que la dominación se manifiesta en la educación, en el derecho, en las instituciones políticas y en las normas, valores, símbolos y actitudes de la cultura dominante”⁴⁰, a diferencia de lo que sucede con las minorías nacionales donde la tensión es de tipo política, por ello la reivindicación es la autodeterminación política, pero comparten un universo valorativo, cognitivo y normativo con el resto de la sociedad.⁴¹

Resulta importante la idea de que la incorporación de distintas naciones dentro de un solo Estado puede ser de tipo involuntaria (conquista, invasión o cesión de la comunidad de una potencia imperial a otra) o voluntaria (federación, Estado Plurinacional o multinacional). Existen varios ejemplos de democracias occidentales de tipo multinacional que se han formado voluntariamente: Canadá, España, Bélgica, Suiza y Bolivia.⁴²

³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ ABASCAL (2000), p. 122.

³⁹ Al respecto, véase: ANAYA (2005), pp. 141-149. En el mismo sentido, véase: GARZÓN LÓPEZ (2016), pp. 130-131. Por su parte, Kymlicka ha dado respuesta a las críticas que le formuló James Anaya, señalando que en sus planteamientos no ve que exista realmente una diferencia entre los pueblos indígenas y las minorías nacionales o étnicas. Agrega el autor, que no le convence que la diferencia esté radicada en el hecho de la reparación histórica, ya que, en algunos casos, ello también ocurre con ciertas minorías nacionales. Al respecto, véase: KYMLICKA (2003), pp. 167-184.

⁴⁰ Cfr. GARZÓN LÓPEZ (2016), pp. 211-212.

⁴¹ Pedro Garzón ubica la diferencia entre pueblos indígenas y minorías nacionales en el plano del pluralismo moral y no en el de las características de otros elementos (historia de opresión, existencia previa a la formación del Estado, no siempre son una población minoritaria, entre otros) que harían que las demandas indígenas tengan mayor legitimidad que las de las minorías nacionales. Comparto con Pedro Garzón que la diferencia de valores con la cultura dominante es el elemento diferenciador entre pueblos indígenas y minorías nacionales. Sobre quienes han señalado los otros elementos para diferenciar entre pueblos indígenas y minorías nacionales, véase: STAVENHAGEN (2002), pp. 192-193.

⁴² Todos los ejemplos dados constituyen diferentes tipos de Estados multinacionales. Canadá es una federación de tres grupos nacionales distintos: ingleses, franceses y aborígenes. España, es un Estado regional, de carácter unitario, que

La segunda fuente del multiculturalismo es la inmigración⁴³. Un país será multicultural si presenta un gran número de individuos de otras culturas o nacionalidades, que hubieran llegado al país producto de inmigración, a los cuales se les permita mantener algunas de sus particularidades culturales. Para Kymlicka, el concepto de inmigrante sobre el cual se debe trabajar normativamente es aquél que llega a un país con la voluntad de transformarse en ciudadano de forma legal.⁴⁴

Las formas de multiculturalismo precitadas, en cuanto a la composición del Estado, han implicado el surgimiento de nuevas categorías: los Estados multinacionales y Estados poliétnicos. Los Estados multinacionales, son aquellos constituidos por más de una nación y los poliétnicos, los que aceptan de manera amplia la inmigración de individuos de culturas diferentes a la hegemónica y que permiten expresar, promover y proyectar sus diferentes legados culturales (Estados Unidos y Canadá, son buenos ejemplos de Estados poliétnicos). Así, un Estado puede ser “a la vez multinacional (como resultado de la colonización, la conquista o la confederación de comunidades nacionales) y poliétnico (como resultado de la inmigración individual y familiar)”⁴⁵.

Entender el multiculturalismo desde la óptica del pluralismo de las culturas trae como consecuencia no incluir en el concepto los tipos de vida, movimientos sociales y asociaciones voluntarias de la sociedad civil, que otros sí incorporan⁴⁶. Estos grupos se pueden considerar de interés, a diferencia de los que surgen por las fuentes del multiculturalismo, que se denominarían grupos de tipo identitarios⁴⁷. Lo anterior se debe a que las demandas de los movimientos o grupos de tipo LGTBI, feministas, discapacitados y otros, son luchas más amplias para lograr una

en su seno alberga distintas nacionalidades. El caso de Bolivia, es un Estado Unitario que reconoce en su Constitución estar compuesto por distintas nacionalidades, cuyo origen principalmente se deriva de pueblos indígenas.

⁴³ El concepto literal de inmigrar coincide con el utilizado por Will Kymlicka, quien define al inmigrante como: “(...) aquellas personas que llegan en el período de vigencia de una política de inmigración que les da derecho a convertirse en ciudadanos tras un periodo de tiempo relativamente corto –digamos que comprendido entre los tres y los cinco años-, un derecho sujeto únicamente a unas condiciones mínimas (por ejemplo, al aprendizaje de la lengua oficial y al conocimiento de algunas nociones de la historia y las instituciones políticas del país)”. Cfr. KYMLICKA (2003), p. 183.

⁴⁴ En ese sentido Kymlicka señala: “No examino el caso de los inmigrantes ilegales o de los trabajadores invitados u otros inmigrantes cuya admisión no va asociada al derecho o a la expectativa de convertirse en ciudadanos. Michael Walzer llama a estos grupos «metecos», el término utilizado en la Antigua Grecia para referirse a las personas que residían permanentemente en Atenas, pero a los que se negaba la ciudadanía”. Cfr. *Ibíd.*, p. 187.

⁴⁵ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 34.

⁴⁶ Cfr. YOUNG (1989), pp. 250-274.

⁴⁷ Véase: GUTMANN (2008), pp. 61-126.

democracia más tolerante e inclusiva, transformándose en pretensiones transversales a todos los grupos de la sociedad. La exclusión y el menosprecio a las mujeres, los miembros de los grupos LGTBI y personas en situación de discapacidad atraviesa las fronteras culturales y nacionales, se da tanto al interior de grupos que conforman la diversidad cultural como en la sociedad mayoritaria.⁴⁸

Por tanto, para el desarrollo del presente trabajo, se utilizará un concepto de multiculturalismo de tipo operativo, que incorpora la pluralidad de culturas, derivadas de una fuente étnica o nacional, y de la inmigración. Así, ya señalado el concepto de multiculturalismo que se seguirá a lo largo del trabajo, el presente capítulo tiene por objeto, revisar el marco teórico en el cual se desarrolla el debate sobre el multiculturalismo en el plano de la filosofía política, tanto en sus aspectos normativos como en sus aspectos prácticos en el continente americano y europeo.

Para alcanzar el objetivo planteado, revisaré la discusión liberal-comunitaria sobre el multiculturalismo (1.2), tomando en consideración las etapas que ha tenido el debate (1.2.1), para ver si actualmente es posible hablar de que exista algún tipo de consenso teórico al respecto (1.2.2). Luego, analizaré los principales aspectos normativos del multiculturalismo (1.3), esto es: la relación entre la pretensión (ideal) de universalidad de los derechos humanos y el multiculturalismo (1.3.1); el debate sobre la existencia (o no) de los derechos de los grupos (1.3.2); la necesidad de una representación política especial en contextos multiculturales (1.3.3); el posible rol que puede jugar la óptica multicultural en la interpretación de los derechos humanos (1.3.4). Posteriormente, pasaré a la revisión práctica de las fuentes del multiculturalismo en América Latina (1.4), analizando en particular los derechos de los pueblos indígenas y su recepción normativa en el ámbito supranacional y constitucional. De la misma forma, revisaré en el plano práctico las fuentes del multiculturalismo en Europa y su recepción normativa (1.5). Concluiré el presente capítulo realizando un resumen y apuntando algunas conclusiones preliminares (1.6).

⁴⁸ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 36-37.

1.2. REVISIÓN DE LA DISCUSIÓN LIBERAL-COMUNITARIA SOBRE EL MULTICULTURALISMO

Desde mediados de la década de 1970, comenzó un movimiento en la filosofía política de revalorización del espacio común y de otorgar una creciente importancia moral e identitaria al grupo y la comunidad. En el plano de la filosofía política, y desde una óptica comunitaria, se inició con los ensayos de Vernon Van Dyke⁴⁹, quien criticó a John Rawls⁵⁰, en el año 1977, señalando que en su teoría de la justicia no existía cabida para los grupos sociales, que median entre el individuo y el Estado⁵¹. Coetáneamente, en Europa se observaba con atención el movimiento descolonizador en África, generándose a la par, movimientos de orientación nacionalista. La retórica de territorio ocupado, liberación nacional, opresión extranjera, son las consignas del discurso de los movimientos nacionalistas.

Dichos movimientos tuvieron (en general) una base ideológica de izquierda radical. Sostuvieron la tesis de que la “revolución” en el Estado unitario era muy complicada, se volcaron a los espacios locales y unidades territoriales-culturales más básicas. Para la izquierda radical, liderar un Estado pequeño nacionalista sería más fácil. Rompen con el ideal de la izquierda universal e internacionalista. Se produce una crítica genérica del individualismo, una vuelta a la solidaridad comunitaria. Hay una emergencia de movimientos nacionalistas de emulación a la descolonización de África y Asia.⁵²

⁴⁹ Cfr. VAN DYKE (1977), pp. 343-369.

⁵⁰ Cfr. RAWLS (1979).

⁵¹ Sumándose a las críticas y defendiendo una teoría de la justicia que parte desde los presupuestos del pluralismo moral, Michael Walzer en 1983 diría que: “La justicia es una construcción humana, y es dudoso que pueda ser realizada de una sola manera. En cualquier caso, he de empezar dudando, y más que dudando, de esta hipótesis filosófica estándar. Las preguntas que plantea la justicia distributiva consienten un agama de respuestas, y dentro de esa gama hay espacio para la diversidad cultural y la opción política. No es sólo cosa de aplicar un principio singular determinado o un conjunto de principios en momentos históricos distintos. Nadie negaría que hay una gama de aplicaciones morales permisibles. Yo pretendo añadir algo más que esto: que los principios de la justicia son en sí mismos plurales en su forma; que bienes sociales distintos deberían ser distribuidos por razones distintas, en arreglo a diferentes procedimientos y por distintos agentes; y que todas estas diferencias derivan de la comprensión de los bienes sociales mismos, lo cual es producto inevitable del particularismo histórico y cultural”. Cfr. WALZER (1993), p. 19. Para una revisión completa de las críticas que han formulado autores comunitaristas como Taylor, Sandel o Walzer a los presupuestos del liberalismo, principalmente, de Rawls, véase: VILLAVICENCIO (2014).

⁵² Mónica Quijada señala en ese sentido, que los procesos de descolonización en Asia y África y la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos, “modificaron muchas perspectivas de valoración de la diversidad. Surgió el relativismo cultural, se produjo una revalorización de las diferencias étnicas y finalmente, en ese mundo hegemónico de los derechos individuales, ha irrumpido la noción de los derechos comunitarios. De tal forma, frente a la

De la revalorización de los grupos sociales, se da paso a la atribución de los derechos a esos grupos y, luego, un rechazo de los derechos individuales. Esto tiene múltiples matices, variados lugares, y variopintas trincheras. El movimiento es heterogéneo, y da lugar al nacionalismo, multiculturalismo, políticas de la diferencia, indigenismo, etc⁵³. En América Latina, a finales de la década de 1980 y principios de la década de 1990, se produce la “emergencia indígena”, copando las agendas políticas y cuestionando las bases del Estado nacional, monocultural y unitario.

Todo lo anterior, configura en términos generales, el contexto histórico político, para el debate entre liberales y comunitaristas, que se lleva a cabo en la filosofía política y del cual daré cuenta a continuación. Para ello, y teniendo presente que el debate ha tenido distintos momentos históricos, utilizaré la división temporal y temática planteada por Will Kymlicka⁵⁴, dividiéndolo en tres fases, y un punto cuarto donde trato en extenso lo que se denomina “liberalismo cultural o multicultural”. El esquema se traduciría en: 1) Los derechos de las minorías entendidos desde la óptica del comunitarismo; 2) Los derechos de las minorías en el seno de un marco liberal; 3) Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional; 4) El culturalismo liberal o liberalismo multicultural.

1.2.1. Etapas de la discusión

1.2.1.1. Los derechos de las minorías entendidos desde la óptica del comunitarismo

Temporalmente, esta fase está compuesta por aquellos teóricos que desarrollaron el tema durante las décadas de 1970 y 1980, época en la cual, los derechos de las minorías fueron asumidos desde el comunitarismo⁵⁵. Para ejemplificar el punto, me centraré en la obra de Charles Taylor,

monocultura que se había asociado a los valores de la civilización occidental comenzó a imponerse una nueva perspectiva, la del «pluralismo cultural»”. En: QUIJADA (2007), pp. 72-73.

⁵³ Cfr. RODRÍGUEZ ABASCAL (2000).

⁵⁴ Cfr. KYMLICKA (2003), pp. 29-58.

⁵⁵ Para Alfonso Ruiz Miguel, por comunitarismo: “(...) ha de entenderse la reformulación de la moral como un conjunto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una comunidad concreta y determinada, que sólo tienen sentido dentro de ella, pues son aquellas pautas las que establecen el propio punto de vista moral, sitúan constitutivamente y motivan a los individuos dentro de un contexto moral determinado y configuran a los deberes hacia la respectiva comunidad como prioritarios sobre cualesquiera otros deberes y derechos. Los rasgos básicos del comunitarismo, así, resultan ser dos: el primero, relativo -por así decirlo- a las actitudes, el principio aristotélico de la prioridad del todo sobre las partes, esto es, de la ciudad sobre sus habitantes, del que Hegel hizo aplicación en el sometimiento del individuo al Estado frente a la subordinación mecánica del Estado a los derechos e intereses de los

quien en su libro titulado: *El multiculturalismo y la "Política del Reconocimiento"*, expresa con claridad los principales tópicos de la postura comunitaria al respecto.⁵⁶

La idea central de la política del reconocimiento, expuesta por Taylor, es que la identidad se moldea en parte por el reconocimiento⁵⁷ o por la falta de éste. Se incluye también la idea de un falso reconocimiento de otros, en el cual "un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, pueden ser una forma de opresión que subyugue a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido".⁵⁸

Como ejemplo de la falta de reconocimiento y atingente a la relación entre Europa y América, Taylor afirma que a partir de 1492 los europeos proyectaron una imagen de los pueblos indígenas como inferiores, "incivilizados", y mediante la fuerza de la conquista lograron imponer esa imagen a los conquistados⁵⁹. Dentro de esta perspectiva la falta de reconocimiento o el falso reconocimiento, no sólo es una muestra de falta de respeto, sino que pueden causar una herida profunda a las personas, generando en ella un odio a sí mismas. "El reconocimiento debido, no sólo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital".⁶⁰

individuos propia del iusnaturalismo racionalista; y, el segundo, relativo a las creencias, la presuposición de que las comunidades humanas son diversas y están sometidas a pautas culturales específicas y, por tanto, a criterios morales particulares que obligan sólo dentro de su seno. Aun con distintos matices, reflejan un punto de vista comunitarista posiciones como las de Alasdair MacIntyre, Charles Taylor o Michael Sandel". Cfr. RUIZ MIGUEL (1992), p. 98.

⁵⁶ Asimismo, véase: WALZER (1993), pp. 260-290; HONNETH (1997).

⁵⁷ Nancy Fraser, señala que el término "reconocimiento": "(...) proviene de la filosofía hegeliana y, en concreto, de la fenomenología de la conciencia. En esta tradición, el reconocimiento designa una relación recíproca ideal entre sujetos, en la que cada uno ve al otro como su igual y también como separado de sí. Se estima que esta relación es constitutiva de la subjetividad: uno se convierte en sujeto individual sólo en virtud de reconocer a otro sujeto y ser reconocido por él. Por tanto, el "reconocimiento" implica la tesis hegeliana, considerada a menudo opuesta al individualismo liberal, de que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad". En: FRASER (2006), pp. 17-88. Para Axel Honneth la falta de reconocimiento y el falso reconocimiento pueden originar la "reificación" del otro, es decir, su tratamiento como una cosa o una mercancía. Al respecto, véase: HONNETH (2007), pp. 129-148.

⁵⁸ Cfr. TAYLOR (1994), pp. 53-54.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 54. En el mismo sentido, véase: QUIJADA (2007), p. 73.

⁶⁰ Cfr. TAYLOR (1994), p. 55. Cabe en este punto, tener presente la crítica que realiza Nancy Fraser a la justificación que dan los teóricos del reconocimiento para distinguir las reivindicaciones de reconocimiento justificadas de las que no lo serían. Así, según Taylor y Honneth, la necesidad de reconocimiento, se encuentra ligada a la de identidad y, por ende, autoestima. Para Fraser ello es cuestionable y lo argumenta en cuanto a las identidades racistas. Por ello

Taylor apunta los principales cambios en la estructura societal, que dan sentido a las ideas señaladas. En primer lugar, se genera un desplome de las jerarquías sociales, que solían ser la base del honor, empleado en el sentido que tenía en el antiguo régimen, en el que estaba intrínsecamente relacionado con la desigualdad. Luego, en segundo lugar, contra el concepto del honor, se levanta el concepto moderno de la dignidad. La dignidad se entiende igual para todos los seres humanos, por ende es universalista e igualitaria. Esta es la premisa subyacente que todos comparten, la única compatible con una sociedad democrática y que implica formas de reconocimiento igualitario. El contenido de esta política fue la de igualar los derechos y los títulos creando una ciudadanía igualitaria, cuyo mayor triunfo fue el obtenido por el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos durante la década de 1960. En este tránsito⁶¹, Taylor ve una continuidad entre las formas de reconocimiento igualitario de las democracias modernas y las actuales exigencias de igualdad de estatus para las culturas y para los sexos. La importancia del reconocimiento igualitario se modificó e intensificó a partir de la nueva interpretación de la identidad individual, que surgió a finales del siglo XVIII, denominada “autenticidad”.⁶²

Taylor, siguiendo a Lionel Trilling, se refiere a la identidad como el ideal de la “autenticidad”⁶³. La fuente moral con la que se tiene que estar en contacto se encontraría dentro de nosotros, lo que forma parte del enorme giro subjetivo característico de la cultura moderna, es una nueva forma de interioridad con la que se llega a pensar en nosotros como seres con profundidad interna⁶⁴. La importancia de la fidelidad moral con uno mismo, aumenta cuando se incorpora el principio de originalidad, en el sentido de que cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. Así, ser fiel a uno mismo, significa ser fiel a su propia originalidad, siendo algo que sólo el individuo puede

propone, que: “(...) los reclamantes de reconocimiento deben demostrar que los acuerdos vigentes les impiden participar en la vida social en calidad de igualdad con los otros”. En: FRASER (2006), pp. 43-44.

⁶¹ Charles Taylor hace una cronología histórica que para Axel Honneth, resulta engañosa. Para Honneth, la política de la identidad no es un fenómeno nuevo, se pueden encontrar sus raíces a comienzos de 1800, en la época de los nacionalismos europeos del siglo XIX. Al respecto, véase: HONNETH (2006), pp. 89-148.

⁶² Anthony Appiah señala que la autenticidad no se construye exclusivamente por la persona, como piensa Lionel Trilling, a lo que se llamó esencialismo. La autenticidad, como rasgo de la identidad, se construye por el diálogo y el reconocimiento. Véase: APPIAH (1994), pp. 213-232.

⁶³ Para un análisis del concepto de identidad como categoría metafísica, es decir, en los términos en que lo estudia la filosofía de la mente y sus implicancias para la filosofía moral, en la propuesta de Parfit de teorías reduccionistas (que definen la identidad por referencias a hechos descritos de forma impersonal) y no reduccionistas (que definen la identidad de forma independiente de los actos del agente, es la idea cartesiana del ego como pura sustancia) y en la obra de comunitaristas como Taylor, MacIntyre y Sandel, véase: ÁLVAREZ (2002), pp. 155-227.

⁶⁴ Cfr. TAYLOR (1994), p. 58.

articular y descubrir. Taylor hace una prevención importante en el relato, señalando que Herder aplicó su concepción de originalidad en dos niveles, no sólo a la persona individual, sino que también a los pueblos que transmiten su cultura entre otros pueblos. Taylor identifica la idea de Herder, como seminal del nacionalismo (benigno y maligno) en la idea de que el colonialismo europeo debe extinguirse para dar a los pueblos del Tercer Mundo su oportunidad de ser ellos mismos, sin obstáculos. La idea de autenticidad es crucial para Taylor. Según él, el nacimiento de una sociedad democrática no anula por sí mismo el fenómeno del honor, pues las personas aún pueden definirse por el papel social que desempeñan. Sin embargo, lo que si socava en definitiva esta identificación derivada de la sociedad es el propio ideal de autenticidad.⁶⁵

La importancia de la fidelidad moral interna del individuo aumenta cuando se incorpora el principio de originalidad, en el sentido de que cada una de nuestras voces tiene algo único que decir. Así, ser fiel a uno mismo, significa ser coherente con su propia originalidad, siendo algo que sólo el individuo puede articular y descubrir⁶⁶. El punto central de Taylor en la idea de autenticidad y de identidad, es que ella no se produce por generación interna, sino que el rasgo decisivo es su carácter fundamentalmente dialógico⁶⁷, esto es que la génesis de la mente humana no es, en este sentido, monológica (no es algo que cada quién logra por sí mismo), sino dialógica.⁶⁸

⁶⁵ Cfr. TAYLOR (1994), pp. 61-62.

⁶⁶ Véase: TAYLOR (1997), pp. 31-57.

⁶⁷ Sobre la perspectiva comunitarista de la identidad y su crítica al atomismo liberal, desde una visión que cuestiona los presupuestos racionales de la misma, véase: ÁLVAREZ (2002), pp. 251-281.

⁶⁸ Cfr. TAYLOR (1994), p. 63. En un sentido similar, para Michael Sandel la comprensión de nosotros mismos es inseparable de nuestro entorno, donde la familia, la comunidad, la nación o el pueblo y la historia juegan un papel relevante. Cfr. SANDEL (2000), p. 122. Una de las consecuencias para Taylor de que la identidad se construya dialógicamente se ve en su idea de libertad, ya que “nuestras atribuciones de libertad tienen sentido en un marco de objetivos más o menos significativos, pues la cuestión de la libertad y su falta está ligada a la realización o frustración de aquellos. Además, nuestros objetivos significativos pueden frustrarse por obra de nuestros deseos, y cuando estos están sobre todo basados en una apreciación errónea, no los consideramos como realmente nuestros y los vivimos como impedimentos. En consecuencia, la libertad de un hombre puede ser restringida tanto por obstáculos externos como por obstáculos motivacionales internos (...) Esto se debe a que el sentido significativo de «libertad», el sentido por el cual la valoramos, en cuanto capacidad de actuar en función de nuestros objetivos importantes, el hombre que es víctima de impedimentos internos no es libre”. Cfr. TAYLOR (2005), pp. 278-279. En un sentido similar, señalando que existe una libertad “real” que se da en contextos “relacionales”, véase: HONNETH (2014), pp. 167-172. Por su parte, para Andrea Westlund existirá autonomía cuando una persona pueda justificar sus acciones en el marco de las relaciones en las que se desenvuelve y en la medida en que exista un marco dialógico, adscribiendo al concepto de “autonomía relacional”. Cfr. WESTLUND (2009), pp. 26-49. Para Silvina Álvarez, la autonomía es una capacidad gradual de desarrollo, la que esta dada por la racionalidad, la independencia y las opciones contextuales y relacionales relevantes. Cfr. ÁLVAREZ (2014b), pp. 52-79.

La identidad siempre se define en diálogo con las cosas que nuestros otros significantes desean ver en nosotros, y a veces en lucha con ellas, se define por los compromisos y las identificaciones que proporcionan el horizonte detro del cual puedo adoptar una posición moral, es decir, determinar caso a caso lo que considero bueno, valioso, lo que debo y no debo hacer y lo que apruebo en la conducta de los otros agentes⁶⁹. El ideal unidimensional esencialista, subestima gravemente el lugar que ocupa lo dialógico en la vida humana⁷⁰. Así, el reconocimiento igualitario depende del diálogo abierto y respetuoso y no de imposiciones morales de otros⁷¹, lo que Taylor considera fundamental para una democracia sana. Su rechazo puede causar daño a quienes se les niega y constituir una forma de opresión.⁷²

El reconocimiento igualitario tiene dos esferas. Primero, una íntima, donde se comprende que la formación de la identidad y del yo tiene lugar en un diálogo sostenido y en pugna con los otros significantes. Segundo, una esfera pública, donde la política del reconocimiento igualitario llega a desempeñar un papel cada vez mayor. El desarrollo moderno del concepto de identidad hizo surgir la política de la diferencia. Con la política de la dignidad lo que se establece pretende ser universalmente lo mismo, un cúmulo idéntico de derechos e inmunidades.

A diferencia de lo anterior, para Taylor el fin de la política de la diferencia es que se reconozca la identidad única del individuo o del grupo, el hecho de que es distinto de todos los demás. Ello sería lo que se ha pasado por alto, ha sido objeto de glosas y asimilada por una identidad dominante o mayoritaria, constituyéndose en el principal agravio contra el ideal de autenticidad.⁷³

En la política de la diferencia subyace el principio de igualdad universal, lo que otorga a dicho principio un punto de enclave en la política de la dignidad. Sin embargo, es compleja su compatibilidad con la política de la dignidad universal, ya que se exige reconocimiento y estatus a algo que no es universalmente compartido. La política de la dignidad universal busca la no discriminación, con formas ciegas a los modos en que se diferencian los ciudadanos. La política

⁶⁹ Cfr. TAYLOR (1989), p. 43.

⁷⁰ Cfr. TAYLOR (1994), p. 65.

⁷¹ Taylor plantea lo que denominó: “Algunas condiciones para una democracia viable”, dentro de las se encontrarían las que generan el sentimiento de igual respeto. Véase: TAYLOR (2012), p. 30.

⁷² En el mismo sentido, véase: WALZER (1993), pp. 260-291.

⁷³ Cfr. TAYLOR (1994), p. 71.

de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de estas distinciones la base de un tratamiento diferencial. Taylor pone como ejemplo un tratamiento diferente a los grupos aborígenes canadienses, señalando que reciben ciertos derechos y facultades de los cuales no gozan otros canadienses.

Taylor argumenta que los partidarios de la dignidad universal (liberales)⁷⁴, intentan justificar las políticas de la diferencia, sobre la base original de la dignidad, utilizando como idea la de “discriminación a la inversa o positiva”.

“La discriminación a la inversa es defendida como una medida temporal que gradualmente nivelará el campo de juego y permitirá que las viejas reglas “ciegas” retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie. Este argumento

⁷⁴ Taylor apunta que la política de la dignidad igualitaria surgió en la civilización occidental de dos modelos, creados por Rousseau y Kant. Analizando a Rousseau, señala que él tiende a oponer la condición de libertad en la igualdad a otra que se caracteriza por la jerarquía y la dependencia de los otros. Señala que la persona depende de otro, no sólo porque se ejerza un poder político o porque la necesite para su subsistencia, sino también porque anhela contar con su estima. Para Rousseau, el remedio no consistiría en rechazar la importancia de la estima, sino en entrar en un sistema totalmente distinto que se caracterice por la igualdad, la reciprocidad y la unidad de propósito. La unidad de propósito, entendida como voluntad general, se construye con la igualdad de estima. Así el silogismo de Rousseau, es que el “yo” es “nosotros” y “nosotros” el “yo”. En Rousseau, libertad entendida como no dominación, ausencia de roles diferenciados y un propósito común muy compacto, son aspectos inseparables de su teoría. Así todos debemos depender de la voluntad general para que no surjan formas bilaterales de dependencia. Véase: ROUSSEAU (1983), pp. 40-42. Para Taylor, lo planteado por Rousseau ha sido la fórmula para las formas más terribles de tiranía homogeneizante, comenzando por los jacobinos para terminar con los regímenes totalitarios del siglo XX. El modelo Kantiano de dignidad universal, separa de la triada Rousseauiana la libertad igualitaria, siendo ajeno a dicho sistema la idea de voluntad general. Sin embargo esta variante del liberalismo, “(...) sólo pueden otorgar un reconocimiento muy limitado a las distintas identidades culturales. La idea de que cualquiera de los conjuntos habituales de derechos puede aplicarse en un contexto cultural de manera diferente que en otro, que sea posible que su aplicación haya de tomar en cuenta las diferentes metas colectivas, se considera del todo inaceptable”. Para explicar esta forma de liberalismo, Taylor revisa lo planteado por Dworkin, señalando que todas las personas tienen opiniones sobre los fines de la vida, sobre lo que constituye una vida buena, pero se reconoce el compromiso de tratarnos recíprocamente en forma equitativa e igualitaria, cualquiera que sea el modo en que concibamos nuestros fines. El compromiso de trato igualitario y equitativo, es de tipo procesal, mientras que el compromiso con los fines de la vida, es de tipo sustancial. Dworkin afirma que una sociedad liberal es aquella que, como sociedad, no adopta ninguna opinión sustantiva particular acerca de los fines de la vida. Antes bien, la sociedad se une en torno a un poderoso compromiso procesal de tratar a las personas con igual respeto. “Hay suposiciones filosóficas muy profundas que subyacen en esta opinión del liberalismo arraigado en el pensamiento de Immanuel Kant. Entre ellas, destaca el de que esta opinión considera que la dignidad humana consiste en gran medida en la autonomía, es decir, en la capacidad de cada persona para determinar por sí misma su idea de la vida buena. La dignidad está menos asociada con cierta concepción particular de la vida buena (como que el que alguien se apartara de ella rebajaría su propia dignidad) que con la capacidad de considerar y adoptar para uno mismo alguna opinión u otra”. Cfr. TAYLOR (1994), pp. 69-88. Así, la sociedad neutral debe permanecer ante la o las concepciones de vida, y limitarse a garantizar que los ciudadanos se traten sin distinciones y el Estado los trate a todos por igual.

parece bastante convincente ahí donde su base fáctica es sólida; sin embargo, no justificará algunas de las medidas que hoy se piden en nombre de la diferencia, y cuyo objeto no es el de hacernos retroceder, a la larga, a un espacio social “ciego a la diferencia”, sino, por el contrario, conservar y atender a las distinciones, no sólo hoy, sino siempre. Al fin y al cabo, si la identidad es lo que nos preocupa, ¿entonces qué es más legítimo que nuestra aspiración a nunca perderla?”⁷⁵

Charles Taylor critica el argumento de Will Kymlicka⁷⁶ de defender la política de la diferencia en relación con los aborígenes en Canadá desde la teoría de la neutralidad liberal. Señala que el argumento de Kymlicka no integra las demandas reales hechas por los aborígenes de supervivencia de su cultura. Para Taylor, la “supervivencia cultural” es una meta colectiva que puede ser amparada y desarrollada por un gobierno. Para ejemplificar ello, señala que: “Para el Gobierno de Quebec, es axiomático que la supervivencia y el florecimiento de la cultura francesa en esta provincia constituye un bien”⁷⁷. Éste es uno de los puntos más discutidos en la teoría de Taylor. Amy Gutmann, concordando con Appiah en que hay objetivos colectivos legítimos cuya búsqueda hace necesario ponerles atención, señala que hay motivos para preocuparse por la demanda de la “supervivencia cultural” entendida como una garantía política para que una cultura siga existiendo por generaciones futuras indefinidas, por lo que la “supervivencia cultural” no estaría entre las metas colectivas que deberían tener una protección y reconocimiento normativo.⁷⁸

En un sentido similar, Habermas crítica la “supervivencia cultural” planteada por Taylor, señalando que la protección de las tradiciones y de las formas de vida que configuran las identidades y los diversos ideales de vida buena, sólo debe jugar un rol relevante para el reconocimiento de sus miembros, pero no para una suerte de protección administrativa u estatal de las especies o culturas. Así, “las tradiciones culturales y las formas de vida que en ellas se articulan se reproducen normalmente por el hecho de que convencen a aquellos que las abrazan y las graban en sus estructuras de personalidad, es decir, porque motivan a una apropiación productiva y una

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 73.

⁷⁶ Argumento utilizado en KYMLICKA (1989).

⁷⁷ Cfr. TAYLOR (1994), pp. 96-97.

⁷⁸ Cfr. GUTMANN (1994), pp. 11-13. Asimismo, véase: APPIAH (1994), pp. 149-163.

prosecución de las mismas. Desde los presupuestos del estado de derecho, sólo cabe posibilitar ese rendimiento hermenéutico de la reproducción cultural de los mundos de la vida, ya que una garantía de supervivencia habría de robarles a los miembros precisamente la libertad de decir sí o no, que hoy en día constituye una condición necesaria para la apropiación y preservación de una herencia cultural”.⁷⁹

La política de la diferencia también se fundamenta en un potencial universal, el de modelar y definir la propia identidad, como individuos y como cultura. Esta potencialidad debe respetarse en todos por igual y entre todas las culturas. Para Taylor, la arrogancia de superioridad cultural implica el rechazo al principio de la igualdad humana. El reproche que hace el liberalismo a la política de la diferencia es que viola el principio de no discriminación. La crítica de la política de la diferencia al liberalismo, es que niega la identidad cuando constriñe a las personas en un molde homogéneo que no les pertenece. Ya sería un problema si los moldes fueran neutrales, pero la queja va más allá, pues señala que el conjunto de principios supuestamente neutral, es en realidad el reflejo de una cultura hegemónica. Así, sólo las culturas minoritarias u oprimidas son constreñidas a asumir una forma que les es ajena.⁸⁰

Taylor plantea que las teorías de Rawls, Dworkin y Habermas, parten de la suposición que una de ellas es la correcta. Señala que estas teorías liberales son particularismos que se disfrazan de universalismos. Para Charles Taylor, el liberalismo clásico es intolerante con la diferencia, porque insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos sin excepción, y desconfía de las metas colectivas.⁸¹

En resumen, en esta primera fase del debate, desde la óptica liberal, la autonomía individual tiene un lugar central y, quizás, opuesta a los derechos de las minorías, los que no son considerados como algo necesario, ya que constituirían una peligrosa desviación a la centralidad que debe tener el individuo en el esquema normativo. Por el contrario, los comunitaristas ven los derechos de las

⁷⁹ Cfr. HABERMAS (1994), pp. 186-187.

⁸⁰ Cfr. TAYLOR (1994), p. 78.

⁸¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 81-82.

minorías como una forma apropiada de protección de las comunidades frente a los erosivos efectos de la autonomía individual y como un modo de afirmar el valor de la comunidad.⁸²

1.2.1.2. Los derechos de las minorías en el marco liberal

Durante la década de 1990, el debate da un giro, ya que teóricos del liberalismo reconocen que éste pueda dar cabida a derechos de las minorías. Will Kymlicka escribe varios trabajos al respecto, siendo el libro titulado “Ciudadanía multicultural” donde expone la tesis de compatibilidad entre liberalismo y derechos de las minorías, dando paso a lo que se denomina como “liberalismo cultural o multiculturalismo liberal”⁸³. Junto a los trabajos de Kymlicka, Joseph Raz, plantea una teoría de libertad, donde los bienes colectivos juegan un papel importante en una auténtica posibilidad de autonomía. Con la idea de bien común, Raz construye una teoría liberal de derechos colectivos que es entendida como moderadamente comunitarista.⁸⁴

Kymlicka analiza las demandas de los grupos etnoculturales y minorías nacionales, señalando que la mayoría⁸⁵ de ellos desean participar en forma plena e igualitaria en las sociedades liberales modernas. Algunos de ellos, desean la secesión de una democracia liberal, pero para la creación de su democracia liberal, no una sociedad de tipo comunitaria. Así, para Kymlicka, el debate en esta segunda fase, en especial el derecho de las minorías, queda reformulado como una cuestión

⁸² Cfr. KYMLICKA (2003), p. 32.

⁸³ El liberalismo cultural, busca en palabras de Kymlicka: “(...) demostrar que muchas (aunque no todas) las reivindicaciones de los grupos étnicos y nacionales son consistentes con los principios liberales de libertad individual y justicia social. No quiero decir con ello que estas cuestiones se puedan «resolver» de una manera definitiva; lo que está en juego es demasiado complicado para ello. Pero se pueden «gestionar», de manera pacífica y justa, si damos por supuesto que existe un cierto grado de buena voluntad”. Cfr. KYMLICKA (1995), p. 265.

⁸⁴ Véase: RAZ (1988), pp. 245-267. Con similitudes, Dworkin también participó del debate intentando compatibilizar la idea liberal de tolerancia con el fortalecimiento de la comunidad. Eso sí, para Dworkin la comunidad no puede ser entendida de forma abstracta y de la comunidad se excluye cualquier tipo de práctica que tenga que ver con la vida íntima de la personas. Al respecto, véase: DWORKIN (1989), pp. 479-509.

⁸⁵ No comparto la conceptualización que ha realizado de esta fase Miguel Carbonell (siguiendo a Will Kymlicka), debido a que afirma una demostración que Kymlicka asume como algo ejemplar, ya que Kymlicka no afirma categóricamente que haya demostrado que todos los grupos etnoculturales y minorías nacionales tengan ideales o demandas liberales. De hecho en su libro “La política vernácula”, en el punto 6 “Teoría de los derechos indígenas”, asume la tensión entre individuo y colectividad patente en los grupos indígenas. Sin embargo, cuando Carbonell hace un resumen de la segunda fase expuesta por Kymlicka, afirma que “[l]as minorías culturales dejan de ser vistas como grupos regresivos y anti-liberales porque se comprueba que la adhesión a los principios de la modernidad liberal es tan profunda e intensa como lo es en el caso de los grupos mayoritarios”. Ello es importante, ya que en el caso de los grupos indígenas sus demandas no se pueden acomodar en el Estado democrático liberal, ya que presentan una tensión importante con sus presupuestos. Cfr. CARBONELL (2004), pp. 21-80. Para una revisión de la tensión de los derechos de los pueblos indígenas con los presupuestos liberales, véase: GARZÓN LÓPEZ (2016), pp. 83-150.

inserta en la teoría liberal y el reto es poder incluir las demandas dentro del marco general del liberalismo.

Las preguntas que surgen en esta etapa, y a las que se busca dar respuesta desde el liberalismo, son: 1) Si las minorías culturales en su mayoría son liberales: ¿Por qué necesitan que se les reconozca un estatus jurídico particular? 2) ¿Por qué no pueden satisfacer sus expectativas de vida con los típicos derechos fundamentales asignados a todos? 3) ¿Cómo asegurar que el reconocimiento de un estatuto jurídico particular para las minorías no representará un quiebre con los postulados esenciales del liberalismo? 4) ¿Hasta dónde puede llegar ese reconocimiento sin situarse fuera del ámbito liberal?

Como respuesta a las preguntas planteadas, Kymlicka formula dos reglas que deberían respetar las minorías culturales para que sus derechos sean coherentes con el liberalismo cultural. Así, tendría sentido establecer derechos para las minorías si estos: 1) Protegiesen la libertad de los individuos dentro del grupo; 2) Promoviesen relaciones de igualdad o de no dominación entre los grupos o con la sociedad mayoritaria.⁸⁶

Este modelo distinguiría las libertades fundamentales, las que nunca deberían ser restringidas o infringidas, de los privilegios y las inmunidades que, a pesar de su importancia, se pueden revocar o restringir por razones de política pública.

Para Taylor, una sociedad con “poderosas metas colectivas puede ser liberal cuando también sea capaz de respetar la diversidad, en especial al tratar a aquellos que no comparten sus metas comunes, y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales”⁸⁷. Taylor termina este punto señalando que existen dos variantes de liberalismo, el primero que podríamos denominar como liberalismo clásico, y el segundo liberalismo que llamaré cultural.

⁸⁶ Con algún grado de concordancia, pero muchos matices, Taylor asume que una sociedad liberal podría organizarse sobre la base de una definición de vida o meta colectiva, siempre que se garanticen los derechos de los individuos que no comparten la definición pública de lo bueno. Cfr. TAYLOR (1994), pp. 95-97.

⁸⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 98. Ello no deja de ser contradictorio con su propuesta, ya que los derechos fundamentales de los individuos implican una valoración racional sobre los mismos y por ende determinar unos valores como principales por sobre otros.

Para Charles Taylor, el liberalismo clásico, es intolerante con la diferencia, porque: 1) insiste en una aplicación uniforme de las reglas que definen esos derechos, sin excepción; 2) desconfía de las metas colectivas⁸⁸. Sin embargo, existe una segunda versión del liberalismo, dentro de la cual está el liberalismo cultural que plantea Will Kymlicka⁸⁹ y el liberalismo nacionalista de Joseph Raz⁹⁰, que permiten un Estado comprometido con la supervivencia y el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, teniendo por condición que los derechos básicos de los ciudadanos que tienen diferentes compromisos, o que no los tienen en absoluto, estén protegidos.

Es importante observar que este liberalismo es tolerante y no determinado, están dispuestos a sopesar la importancia de ciertas formas de trato uniforme (de acuerdo con una poderosa teoría de los derechos) contra la importancia de la supervivencia cultural, y optan a veces por esta última. Para Michael Walzer el liberalismo multicultural es una opción residual y artificial, ya que los liberales siempre podrán volver al liberalismo clásico cuando crean que el reconocimiento de ciertas especificidades a grupos culturales puede amenazar los principios básicos de una sociedad liberal. Para el autor, los liberales en la práctica siempre terminan escogiendo el liberalismo clásico.⁹¹

Para Taylor, el liberalismo en cualquiera de sus variantes no constituye un campo de reunión posible para todas las culturas, sino que es la expresión política de cierto género de culturas, totalmente incompatibles con otras. Charles Taylor critica el liberalismo de los derechos, o denominado igualitario, ya que para él, no da una respuesta adecuada a sociedades que cada día se vuelven más multiculturales y porosas.

Junto a lo anterior, Taylor agrega que el liberalismo en cualquiera de sus variantes es un credo combatiente, que no se puede atribuir una completa neutralidad cultural⁹². Debido a ello el

⁸⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 100.

⁸⁹ Véase: KYMLICKA (1995), pp.57-64.

⁹⁰ Cfr. RAZ (1988), pp. 110-130.

⁹¹ Cfr. WALZER (1994), pp. 99-105.

⁹² Cfr. TAYLOR (1994), p. 102.

liberalismo, en cualquiera de sus variantes, permite la imposición de la cultura occidental por sobre las otras, basado en su supuesta superioridad moral.⁹³

Mientras la política de la dignidad universal luchaba por unas formas de no discriminación que eran enteramente “ciegas” a los modos en que difieren los ciudadanos, la política de la diferencia a menudo redefine la no discriminación exigiendo que hagamos de estas distinciones la base del tratamiento diferencial. Para Taylor, se trata de que reconozcamos el igual valor de las diferentes culturas, que no sólo las dejemos sobrevivir, sino que reconozcamos su valor. Aquí radica la diferencia fundamental entre la política del reconocimiento que plantea Taylor desde el comunitarismo, al resto de las políticas del liberalismo.

Charles Taylor aclara su diferencia con las teorías nihilistas, que él denomina neonietzscheanas, señalando que reducen todo el asunto a una cuestión de poder y contrapoder. Entonces, ya no se trata de respeto, sino de tomar partido. Sin embargo, esto no resulta una solución muy satisfactoria, porque al tomar posición se pierde la fuerza impulsora de este tipo de política, que es precisamente la búsqueda del reconocimiento y del respeto.⁹⁴

Otro grave problema, según Taylor, de la política del liberalismo cultural que plantea Kymlicka, radicaría en el hecho de que los juicios de valor favorables se realizan desde una óptica eurocentrista, hegemoneizante, pues implica que ya contamos con las normas para establecer dichos juicios. Así, los juicios favorables son condescendientes, donde se elogia al “otro” por ser como “nosotros”. Esto trae consecuencias complejas en el pluralismo jurídico y en su “armonización” con el sistema jurídico nacional. En el plano práctico, durante la segunda fase del debate, la presunción consiste en que los defensores de las minorías deben demostrar la existencia de sólidas razones para que el Estado se aparte de la norma de la neutralidad etnocultural.⁹⁵

1.2.1.3. Los derechos de las minorías como respuesta a la construcción nacional

⁹³ Cfr. *Ibíd.*, p. 103.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 113.

⁹⁵ Cfr. KYMLICKA (2003), pp. 38-39.

La tercera fase, sería la etapa actual del debate. En la fase anterior, según Kymlicka, se generó una suerte de consenso dentro del liberalismo en el “culturalismo liberal”, avanzando en la resolución de aspectos concretos de “inclusión” y reconocimiento a ciertos “derechos de las minorías”.

Desde el comunitarismo, la postura sigue en la crítica general al liberalismo, sin profundizar en los aspectos prácticos de sus planteamientos. Ello es entendible, ya que la crítica del comunitarismo es estructural y busca que los derechos de las minorías sean entendidos fuera del liberalismo, como un quiebre con dicha visión de la sociedad.

Volviendo al liberalismo, para Kymlicka, en esta etapa se supera la idea de neutralidad cultural del Estado y se pasa a la idea del Estado democrático protector de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior. Con un matiz, Jürgen Habermas plantea que la neutralidad se mantiene, pero no cimentada en un consenso sustantivo sobre valores, sino que a través de un consenso sobre el procedimiento legislativo legítimo y sobre el ejercicio del poder.⁹⁶

Will Kymlicka, para argumentar sobre lo inexacto que es la supuesta neutralidad cultural del Estado, utiliza el ejemplo del idioma esgrimido por Charles Taylor⁹⁷ para ilustrar la idea de que la construcción del contenido de la nación es realizada por la cultura mayoritaria, afectando gravemente a las minorías. Dicho ejemplo lo usa para analizar la supuesta neutralidad del Estado en cuanto a las minorías nacionales y a los inmigrantes. Si todas las instituciones públicas operan en una lengua o idioma que no les es propio las minorías étnicas, nacionales e inmigrantes, se ven marginadas respecto de ellas y enfrentadas a ésto, según Kymlicka⁹⁸, toman alguna de las siguientes opciones: 1) aceptar la integración en la cultura mayoritaria, aunque quizás tratando de negociar o renegociar los términos de la integración; 2) tratar de obtener los tipos de derechos y poderes de autogobierno que se necesitan para mantener su propia cultura societal, se embarcan

⁹⁶ Cfr. HABERMAS (1994), pp. 155-212.

⁹⁷ El argumento dado por Taylor y citado por Kymlicka para ello es: “Si una sociedad moderna tiene una lengua «oficial», en el más amplio sentido del término, es decir, una lengua y una cultura patrocinadas, inculcadas y definidas por el Estado, una lengua y una cultura en la que operan tanto la economía como el Estado, es obviamente una inmensa ventaja para las personas que esa lengua y esa cultura sean las suyas. Los hablantes de otras lenguas se encuentran en distintos grados de desventaja”. Véase: TAYLOR (2003), pp. 53-86.

⁹⁸ Cfr. KYMLICKA (2003), p. 43.

en la construcción de su propia nación y Estado, en algunos casos; 3) aceptar una marginación permanente, generando guetos y exclusión.

De esta forma, la discusión gira en torno a las formas de tutela a las minorías nacionales o étnicas y los inmigrantes. Se da un salto en el hecho de que la justicia social pueda ser definida en términos de reglas que hagan caso omiso de las diferencias, aceptando que las reglas puedan ser desiguales. El otro gran avance en el debate, es que la carga de la prueba ya no correspondería a quienes defienden los derechos de las minorías, sino de los que asumen que las reglas neutras no tienen ningún impacto para las minorías, ya que deben probar que el *status quo* no crea injusticias para los grupos minoritarios.⁹⁹

En el próximo punto revisaré con mayor detalle la idea de culturalismo liberal planteado por Will Kymlicka. Las críticas del comunitarismo fueron analizadas en la fase dos, las que durante la fase tres se mantuvieron formuladas en términos muy similares, por lo que me remito a lo ya expresado al respecto.

1.2.1.4. El liberalismo cultural

En los puntos anteriores revisé el desarrollo que han tenido las ideas sobre el multiculturalismo, recreándolo en el debate que ha existido al respecto entre liberales y comunitaristas. Durante el debate la posición dominante al interior del liberalismo exhibió un cambio, se pasó de una negación a la posibilidad de los derechos de las minorías nacionales o grupos etnoculturales, a la incorporación de dichas demandas en el marco teórico del liberalismo. Así, es posible preguntarse si acaso: ¿existe un consenso en el liberalismo acerca de la protección y la promoción de las culturas de minorías nacionales y grupos étnicos?

Para Kymlicka¹⁰⁰, pese a que el debate sobre el multiculturalismo y los derechos de las minorías es reciente, se podría detectar un consenso en el seno liberal al respecto, el que sería lo que denomina como: culturalismo liberal o liberalismo multicultural. Éste se “ha convertido en la

⁹⁹ Cfr. CARBONELL (2004), p. 28.

¹⁰⁰ Cfr. KYMLICKA (2003), pp. 59-71.

posición dominante en la bibliografía actual y que la mayoría de los debates se centran en cómo desarrollar y refinar la posición culturalista liberal, más que si debe aceptarse o no”.¹⁰¹

El culturalismo liberal se encontraría integrado por dos variantes del liberalismo, a las cuales Kymlicka ha identificado como nacionalismo liberal (J. Raz) y multiculturalismo liberal¹⁰². El culturalismo liberal sería la perspectiva que sostiene que los Estados liberales democráticos no sólo “deberían hacer respetar el familiar conjunto de habituales derechos políticos y civiles de ciudadanía que amparan todas las democracias liberales; también deben adoptar varios derechos específicos de grupo o políticas dirigidas a reconocer y a acomodar las diferentes identidades y necesidades de los grupos etnoculturales”.¹⁰³

El culturalismo liberal implica el paso de un Estado liberal neutro en lo cultural a uno protector de los grupos etnoculturales que viven en su interior, el cual adoptaría derechos específicos para los grupos¹⁰⁴ y políticas de reconocimiento¹⁰⁵. Kymlicka señala, a modo ejemplar, en qué consistirían estos derechos diferenciados y políticas de reconocimiento, siendo las siguientes: “Estas medidas van desde las políticas educativas multiculturales a los derechos lingüísticos, pasando por las garantías de representación política y por la protección constitucional de los tratados con los pueblos indígenas”.¹⁰⁶

El límite que impondría el culturalismo liberal estaría dado por: 1) la pertenencia a los grupos etnoculturales no debe ser impuesto por el Estado, sino que constituir un aspecto de auto identidad; 2) los miembros individuales de los grupos etnoculturales deben ser libres para cuestionar y

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 63.

¹⁰² Pese al consenso, Kymlicka señala que en la concreción de los derechos diferenciados aparecen diferencias. Así apunta: “no hay consenso sobre el estatus de los grupos no liberales en las democracias liberales (1º etapa); o sobre el vínculo entre cultura y libertad (2º etapa); sobre la relación entre los derechos de las minorías y los procesos de nation-building (3º etapa); o, finalmente, sobre el vínculo entre los derechos de las minorías y la estabilidad (4º etapa)”. Véase: KYMLICKA (2002), p. 45.

¹⁰³ Cfr. KYMLICKA (2003), p. 63.

¹⁰⁴ En el punto 1.5.2 del presente capítulo, analizaré los principales problemas teóricos que tienen los derechos de los grupos. Sin embargo, me interesa resaltar que para Kymlicka, existe un consenso en el culturalismo liberal, que es posible incorporar tales derechos en el marco de democracias liberales.

¹⁰⁵ Junto a los temas analizados, Ferrán Requejo argumenta que desde el campo de la legitimidad democrática el creciente pluralismo cultural de las sociedades exige al liberalismo adaptarse a un pluralismo normativo y a un reconocimiento ético de las identidades. Véase: REQUEJO (2002), pp. 157-175.

¹⁰⁶ Cfr. KYMLICKA (2003), p. 63.

rechazar cualquier identidad heredada, teniendo un derecho efectivo y protección para abandonar cualquier grupo de identidad; 3) los grupos etnoculturales no deben violar los derechos civiles o políticos básicos de sus miembros; 4) las adaptaciones multiculturales deben tratar de reducir las desigualdades de poder entre los grupos de la sociedad, no permitiendo que un grupo ejerza dominación por sobre otro. Para los culturalistas liberales, lo anterior es un aspecto de justicia que tiene por restricción las anotadas y que hacen posible que los miembros de los grupos étnicos y nacionales expresen y promuevan su cultura e identidad. Sin embargo, rechazan cualquier política que imponga a la gente la obligación de abrazarlas.¹⁰⁷

Kymlicka señala que muchos liberales temen que los derechos de grupo anulen derechos individuales, entendiéndolos contrarios a los mismos por definición. Así para muchos liberales sólo los individuos pueden poseer derechos¹⁰⁸. Sin embargo, para Kymlicka dicha dicotomía es falsa y, en conformidad a las ideas ya enunciadas, propone distinguir entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. La primera, la denomina restricción interna, siendo aquella que implica la reivindicación de un grupo para limitar o anular los derechos de sus miembros. Estas restricciones en principio no serían aceptables, aunque hay que tener cuidado en caer en la falacia de generalización, debiendo estudiarse cuidadosamente si la restricción interna es razonable o no¹⁰⁹. La evaluación que determine si una práctica cultural puede ser considerada una genuina restricción interna y no una forma diferente (pero válida) de

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 58.

¹⁰⁹ Cfr. Ibid., pp. 58-59. Sobre las restricciones internas Kymlicka realiza una prevención que resulta relevante, señalando que: “(...) estas restricciones internas no son el resultado del reciente cambio hacia una política de inmigración mas «poliétnica». Las excenciones legales concebidas a las sectas cristianas son muy anteriores a esta política, y los grupos inmigrantes recientes no gozan de tales excenciones. Por ejemplo, las democracias occidentales rechazan enérgicamente la idea de que los inmigrantes procedentes de países árabes o asiáticos deberían poder continuar prácticas tradicionales que implican restringir los derechos básicos de sus propios miembros, tales como los matrimonios concertados forzosos, o la discriminación sexual en la educación o el derecho familiar. Algunas veces, especialmente los dirigentes musulmanes en Gran Bretaña, esgrimen la idea de que la ley musulmana relativa al estatus familiar debería reconocerse legalmente. Pero nunca se ha producido ningún movimiento a favor del reconocimiento legal de los divorcios mediante el *talaq*, o a favor de que se exima a los musulmanes de la legislación civil relativa a la división equitativa de las propiedades matrimoniales”. Cfr. Ibid., pp. 66-67.

configuración o entendimiento de un derecho, debe ser realizada con un prisma que busque el dialogo entre las culturas, su entendimiento y desarrollo mutuo.¹¹⁰

La segunda reivindicación son las protecciones externas, que implican grados de resguardo del grupo contra la sociedad en la que está englobada. Para Kymlicka las protecciones externas, son relaciones intergrupales y se justificarían cuando ayudan a un grupo a situarse en un mayor pie de igualdad, reduciendo la vulnerabilidad del grupo menos aventajado y permiten proteger la libertad de los miembros en el seno del grupo¹¹¹. Así, para Kymlicka, el contenido del derecho colectivo que demanda el grupo cultural debe ser analizado para catalogarlo como una restricción interna o una protección externa. Siendo las restricciones internas, en principio, incompatibles con el liberalismo cultural.

Bhikhu Parekh complementa los criterios para determinar cuándo una protección externa o, incluso, una restricción interna nos podría resultar admisible, la que deberían cumplir alguna de las siguientes condiciones: 1) Que la colectividad tenga un gran valor para sus miembros, otorgándoles un estatus moral que quieran preservar; 2) Que la existencia de la comunidad sea fundamental para los intereses de sus miembros y que estos dependan de alguna protección externa hacia ella; 3) Que para la integración de la comunidad en la sociedad sea fundamental la protección externa o incluso el reconocimiento de ciertas restricciones internas como válidas; 4) Que “en el caso de una comunidad que haya estado durante mucho tiempo sometida a opresión sistemática, que carezca de confianza y la habilidad necesarias para competir con el resto de la sociedad y a la que haya que situar en plano de igualdad con ésta, adoptando medidas adecuadas de apoyo al grupo”¹¹². Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener en consideración que Kymlicka tiene presente que no siempre resulta claro delimitar las restricciones internas de las protecciones externas, más aún cuando ciertos grupos utilizan como un argumento para justificar una restricción interna el hecho de que poseen una protección externa.¹¹³

¹¹⁰ En ese sentido, véase: KYMLICKA (1995), pp. 70-71; PAREKH (2005), pp. 394-402. Para José María Sauca la propuesta de Kymlicka mantiene el centro de gravedad del liberalismo, esto es la autonomía individual para decidir planes de vida. Cfr. SAUCA (2010), p. 42.

¹¹¹ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 59-60.

¹¹² Cfr. PAREKH (2005), p. 323.

¹¹³ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 68-71.

Por su parte, Ammy Gutmann y Seyla Benhabid aunque discuten el valor que le asigna Kymlicka a la cultura y los grupos, comparten tres criterios que debieran contemplar las democracias y los arreglos institucionales en contextos multiculturales que permitan a los miembros de grupos culturales una integración mayor en pie de igualdad y reconocimiento. Estos criterios son: 1) Reciprocidad igualitaria, esto es que los miembros de grupos culturales no deben merecer menores derechos civiles, políticos, económicos y culturales que el resto de la sociedad. 2) Autoadscripción voluntaria, en el sentido de que ninguna persona puede formar parte de un grupo cultural u otro sin su expreso consentimiento. “Habrá muchos casos en los que dichas autoidentificaciones sean controvertidas, pero el Estado no debe simplemente otorgar el derecho a definir y controlar la pertenencia grupal a expensas del individuo. Sería conveniente que en cierto momento de sus vidas adultas, se les preguntase a las personas si aceptan continuar perteneciendo a sus comunidades de origen”¹¹⁴. 3) Libertad de salida y asociación, la que no debe estar sujeta a limitación alguna, aunque la salida pueda ir acompañada de la pérdida de ciertos tipos de privilegios formales e informales.¹¹⁵

Considero que los criterios que proponen Gutmann y Benhabid no aportan aspectos diferentes a los que ya contempla el esquema institucional de protección de los derechos humanos a través del principio de igualdad y no discriminación y las libertades de asociación y pensamiento, a diferencia de la estructura que plantea Kymlicka de protecciones externas y restricciones internas, que sirve de base para el reconocimiento de derechos de grupo y un esquema de evaluación de las prácticas de los grupos culturales que permita un diálogo cultural al interior de la sociedad.¹¹⁶

¹¹⁴ Cfr. BENHABID (2006), p. 51.

¹¹⁵ Al respecto, véase: BENHABID (2006), p. 51-55; GUTMANN (2008), pp. 132-139.

¹¹⁶ Martha Nussbaum en su propuesta de enfoque de capacidades, señala una serie de criterios como garantía al pluralismo, los que me parecen que podrían complementar la propuesta de Kymlicka. Estos criterios son: 1) la lista de las capacidades se encuentra siempre abierta y sujeta a revisión constante; 2) la lista de las capacidades para que sirva a nivel universal debe ser entendida en forma general y abstracta, para que pueda recibir especificaciones según cada comunidad política; 3) la lista esta formulada con un fin explícitamente político y sin recurrir a ideas metafísicas que puedan dividir a las personas en razón de su cultura o religión; 4) la lista de las capacidades esta formulada en función de la capacidad y no del funcionamiento, lo que le permite obtener un amplio acuerdo, debido a que muchas personas se opondrían si se instaurara como básico el funcionamiento asociado; 5) la libertad de expresión, la libertad de asociación y la libertad de conciencia son elementos centrales de la lista de las capacidades; 6) la lista de las capacidades sirve para la persuasión pero no para la intervención, lo que le permite ser una garantía adicional para el pluralismo. Al respecto, véase: NUSSBAUM (2007), pp. 88-92.

Sin embargo, y pese al entusiasmo que muestra Kymlicka sobre el “consenso liberal” que se habría alcanzado, hay autores de dicha tradición que mantienen una crítica fuerte y categórica, a la incorporación de la perspectiva multicultural en el liberalismo¹¹⁷. Su crítica, se basa principalmente en un escepticismo en el valor del grupo para los individuos y en una reafirmación de un liberalismo, donde el Estado neutral y una fuerte concepción de derechos fundamentales, permitiría gestionar de mejor forma la diversidad cultural¹¹⁸. Ernesto Garzón, analizando las demandas indígenas en México y las respuestas políticas y jurídicas que se dieron a su respecto¹¹⁹, propone como solución del problema ético-político que plantea la existencia de una sociedad pluriétnica, la puesta en práctica de dos medidas recíprocamente complementarias: 1) Deber de homogeneización; 2) Deber de dinamización.¹²⁰

El deber de homogeneización implica garantizar al individuo el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, independiente del grupo étnico al que pertenezca. Por su parte, el deber de dinamización, significa la disposición a cambiar de “contexto de elección”, por parte de los dirigentes e integrantes de las comunidades étnicas, cuando ello sea necesario, para poder hacer frente con éxito a una cultura que tiene en su interior relaciones antiliberales o asimétricas de sometimiento. Para estos autores, no sólo sería inútil hablar de derechos diferenciados para un grupo cultural, sino que ellos no serían posibles de conceptualizar en el marco del liberalismo.¹²¹

1.2.2. ¿Existe algún tipo de consenso teórico y que se exprese en políticas concretas?

El debate sobre el fenómeno multicultural en la filosofía política, ha sido la base para la formulación de una variada gama de políticas, las que se pueden agrupar en generales y específicas. Entiendo por generales, aquellas que buscan enfrentar las fuentes del multiculturalismo, desde una postura general, sin mayores matices al respecto. Estarían dentro de este punto, las políticas de

¹¹⁷ Véase: GARZÓN (1993), pp. 911-943. En el mismo sentido, entre otros, véase: BARRY (2005); COMANDUCCI (1996), pp. 13-26; RIVERA LÓPEZ (1995), pp. 95-115. Además, se debe considerar que el multiculturalismo liberal no ha alcanzado un consenso político e institucional, en ese sentido, véase: TORBISCO (2016), pp. 375-377. Asimismo, véase el punto 1.5.2 del presente capítulo.

¹¹⁸ Cfr. BARRY (2005), pp. 63-103.

¹¹⁹ Para arribar a sus conclusiones, analizó las perspectivas que dieron Taylor, Stavenhagen y Kymlicka, principalmente en lo que se refieren a la importancia del marco cultural, para el desarrollo de la identidad y el ejercicio de la libertad de la persona. Véase: GARZÓN (1993), pp. 921-941.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 941.

¹²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 942. En el mismo sentido: BARRY (2005), pp. 112-146.

reconocimiento y la interculturalidad. Por su parte, las políticas específicas, son aquellas que abordan el multiculturalismo, haciendo distinción de las fuentes del mismo y que buscan la integración con límites axiológicos y normativos claros.

Es importante considerar, que en este plano se analizan los principios que deben tener las soluciones políticas o normativas que se busquen para el multiculturalismo. Si bien ellas pueden estar inspiradas o comprometidas con una de las posiciones filosóficas ya revisadas, por lo general, existe una mezcla importante en el terreno práctico. Además, todas se han llevado a cabo dentro de Estados democráticos de derecho. Como políticas generales, podemos distinguir las siguientes: 1) Política del reconocimiento; 2) Políticas multiculturales; 3) Interculturalidad; 4) Asimilación. La principal característica de estas políticas, es que intentan establecer un principio general, que se utiliza como guía para la elaboración de la regulación específica de las situaciones y fuentes del multiculturalismo.

La política del reconocimiento fue planteada por Charles Taylor, y ya expuesta en sus principales aspectos en el presente capítulo, por lo que me remito a lo ya señalado al respecto. Desde un punto de vista práctico, Taylor da muy pocas luces sobre su aplicación, por lo que la política del reconocimiento es utilizada más en el plano discursivo que en el concreto. En ese sentido, Axel Honneth ha planteado la idea de que el reconocimiento tiene “patrones”, basados en el daño psíquico que tendrían los individuos debido a la falta de reconocimiento o al falso reconocimiento. Estos patrones de reconocimiento intersubjetivo son el amor (entendido en el sentido de cuidado y atención), el reconocimiento social o la solidaridad y el derecho¹²². El reconocimiento en el patrón del derecho es –quizás- el fundamental en la teoría de Honneth, debido a que es el encargado de fundar los criterios universales desde los cuales se puede establecer lo igual y lo diferente, reafirmando o creando el tipo de valoración social que reciben personas o grupos. Además, el derecho no sólo se compone de criterios universales, sino que también

¹²² Cada uno de estos patrones corresponde a algún tipo de daño, por ejemplo: el maltrato, la violación, la tortura y la muerte en la esfera del amor. Por su parte, la discriminación, la injuria y la estigmatización en la esfera del derecho y de la solidaridad social. Estos daños quebrantan alguna forma de autorrelación del individuo consigo mismo, por ejemplo, la autoconfianza en la primera de las esferas, el autorrespeto en la segunda y la autoestima en la última. Al respecto, véase: HONNETH (1997), pp. 114-159.

condiciona el patrón del reconocimiento social, lo cual supone un marco cultural interpretativo determinado.¹²³

En el caso de las políticas multiculturales, estas se encuentran imbuídas de la matriz que ha entregado el liberalismo cultural y han adoptado una multiplicidad de formas según cada Estado y fuente del multiculturalismo que aborden¹²⁴. De todas formas, para Kymlicka un Estado que aplique políticas multiculturales implicará, al menos, los siguientes aspectos: 1) El repudio a la idea tradicional de que el Estado y la sociedad se encuentran constituidos y les pertenece a un único grupo nacional, dando paso a un Estado y una sociedad que les pertenezca al conjunto de grupos culturales que componen su sociedad; 2) El rechazo a una política de construcción societal que excluya a miembros de una minoría o grupo cultural, para pasar a la integración de los grupos culturales en la deliberación política en pie de igualdad considerando su adscripción cultural o identitaria; 3) El reconocimiento de la diversidad cultural de la sociedad, lo que implica el establecimiento de varias lenguas oficiales y de políticas de enseñanza y cultura en dicho sentido; 4) El reconocimiento de la injusticia histórica que se cometió en contra de minorías y grupos culturales (especialmente pueblos indígenas) a través de las políticas de asimilación y de exclusión, proponiendo medidas de reparación concretas.¹²⁵

Por otra parte, la interculturalidad¹²⁶ parte de una crítica común al comunitarismo y al liberalismo (principalmente al multicultural), señalando que ambos tienden a eliminar la diversidad cultural, y a obtener la homogeneidad y la uniformidad cultural. El enfoque intercultural tiene distintas versiones, presentando diferencias internas importantes y contextos políticos. Así,

¹²³ Cfr. TELLO (2011), p. 55.

¹²⁴ Kymlicka realiza una sistematización de lo que han implicado las políticas multiculturales según las diversas fuentes del multiculturalismo, esto es en el caso de pueblos indígenas, minorías nacionales y grupos de inmigrantes. Al respecto, véase; Cfr. KYMLICKA (2009), pp. 80-90. Sobre las diferentes variantes del multiculturalismo como política, véase: VERTOVEC y WESSENDORF (2010), pp. 2-4.

¹²⁵ Cfr. KYMLICKA (2009), pp. 80-81. Asimismo, para un detalle de lo que implicarían las políticas liberales multiculturales para sus tres fuentes, véase: KYMLICKA (2010), p. 33-37.

¹²⁶ Uno de los principales exponentes de la “interculturalidad” es James Tully, quien fue el primero en plantear la idea del Constitucionalismo del derecho consuetudinario [TULLY (1995), pp.117-157]. Asimismo, véase: SORIANO (2004); CRUZ RODRÍGUEZ (2014), pp. 243-269; CANTLE (2012), pp. 141-175; BOUCHARD (2011), pp. 435-468; MEER y MODOOD (2012), pp.175-196.

podemos anotar al menos tres variantes del interculturalismo: canadiense¹²⁷, europeo¹²⁸ y latinoamericano¹²⁹. Una definición que engloba las diferentes versiones del interculturalismo, la podemos encontrar en la Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), en el artículo 4.8 define a la interculturalidad como “la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”¹³⁰. La interculturalidad busca, en síntesis, que el encuentro de las culturas que supone la sociedad multicultural, se defina por una relación simétrica, donde la visión del otro sea realizada con respeto, tolerancia y sin establecer superioridades axiológicas.¹³¹

La definición anterior expresa en terminos generales el significado de una política intercultural en Europa¹³² (en el punto 1.5.2 analizaré con mayor detención el interculturalismo europeo), sin embargo, en América Latina el interculturalismo ha tenido un significado mas profundo y radical. En un trabajo reciente y teóricamente esclarecedor de las diferencias teóricas del enfoque intercultural con el liberalismo cultural de fuente anglosajón y europeo, Edwin Cruz señala que:

“La categoría de interculturalidad se elaboró en una crítica al multiculturalismo anglosajón que comprende cuatro aspectos: una crítica metodológica contra la concepción esencialista de la identidad colectiva y el supuesto de que la desigualdad

¹²⁷ Al respecto, véase: BOUCHARD (2011), pp. 435-468. Realizando una acertada definición del modelo intercultural canadiense de raíz quebequense Isabel Wences señala que: “Este modelo enfatiza en el respeto a la diversidad; en la salvaguardia del principio del reconocimiento; en la integración con medidas que eviten la exclusión y la desigualdad social; en lógicas de armonización intercultural con base en el principio de la reciprocidad; en el diálogo entre identidades culturales; y en la construcción de una ciudadanía activa. Pero además apuesta por la reivindicación de elementos contextuales que autoricen la justificación de algunas dinámicas propias de una lógica particular, consistente en ser una condición minoritaria hacia el exterior –Quebec frente al Canadá anglófono y a una cultura anglosajona dominante en América del Norte– y mayoritaria hacia el interior –Quebec posee un grupo cultural francófono dominante–”. Cfr. WENCES (2016), p. 117.

¹²⁸ Al respecto, véase: SORIANO (2004); CRUZ RODRÍGUEZ (2014), pp. 243-269; CANTLE (2012), pp. 141-175; MEER y MODOOD (2012), pp.175-196.

¹²⁹ Al respecto, véase: CRUZ RODRÍGUEZ (2014), pp. 243-269; VILLAVICENCIO (2012), pp. 31-44; RUIZ Y GARCÍA DE LA HUERTA (2014), pp. 85-86; GARZÓN LÓPEZ (2016), pp. 52-58; MIGNOLO (2003), pp. 1-26.

¹³⁰ Sobre la Convención de la UNESCO y sus efectos en la protección de la diversidad cultural, véase: LENZERINI (2013), pp. 240-272.

¹³¹ Para un panorama general de la interculturalidad y el Derecho en Europa, véase: CASTRO (2013).

¹³² Tal como señala Kymlicka (2012) en términos teóricos no existe una diferencia importante entre las políticas multiculturales de las interculturales, sin embargo, en el punto 1.5 del presente capítulo revisaré las implicancias políticas y normativas que ha tenido que Europa haya pasado de una política multicultural a una intercultural a partir del año 2008.

entre las culturas se explica por su tamaño, para sugerir una idea relacional de la identidad y una concepción de la desigualdad entre culturas basada en la relación dominación/subalternidad. Una crítica a la concepción del otro implícita en el enfoque multicultural que propugna por ir más allá de sus horizontes normativos, la tolerancia y la coexistencia, para construir el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo entre culturas. Una crítica a la concepción formal de justicia que abandera el multiculturalismo, en favor de una justicia sustancial que vaya más allá del reconocimiento de derechos grupales para incluir cambios estructurales que ataquen las causas de la desigualdad y articulen la justicia cultural con la justicia social. Finalmente, una crítica a la concepción supremacista del multiculturalismo, que sostiene que las relaciones entre culturas se deben desarrollar en el marco liberal estableciendo *a priori* una desigualdad entre ellas”.¹³³

Por su parte, Carlos Ruiz y Marcos García de la Huerta en un esfuerzo por construir y rescatar un pensamiento filosófico político latinoamericano proponen el “diálogo intercultural”, el que “(...) supone, por de pronto, un concepto extenso de filosofía, que incluye las ideas morales, religiosas y políticas: lo que se suele llamar visión del mundo o cosmovisión (Weltanschauung). Se contraponen esta noción extensa, desde luego, al logocentrismo europeo, que suele estar sobreentendido en distintas formas y modalidades en la tradición”.¹³⁴

¹³³ Cfr. CRUZ RODRÍGUEZ (2014), pp. 243. Con una visión que combina las propuestas de Parekh y Kymlicka y se ancla en la democracia deliberativa, entendiéndola como un diálogo “intercultural”, Luis Villavicencio construye una idea de interculturalismo que busca superar -desde un prisma liberal- la crítica al monismo liberal. Al respecto, véase: VILLAVICENCIO (2012), pp. 31-44. Por su parte Walter Mignolo señala que: “Cuando la palabra interculturalidad la emplea el Estado en el discurso oficial, el sentido es equivalente a multiculturalidad. El Estado quiere ser inclusivo, reformador, para mantener la ideología neoliberal y la primacía del mercado. Pero, en todo caso, es importante reconocer las reformas que se pueden realizar a través de las políticas de Estado. En cambio, el proyecto intercultural en el discurso de los movimientos indígenas está diciendo otra cosa, está proponiendo una transformación. No está pidiendo el reconocimiento y la inclusión en un Estado que reproduce la ideología neoliberal y el colonialismo interno, sino que está reclamando la necesidad de que el Estado reconozca la diferencia colonial (ética, política y epistémica). Cfr. MIGNOLO (2003), p. 9.

¹³⁴ Cfr. RUIZ Y GARCÍA DE LA HUERTA (2014), pp. 85-86.

Revisando los aspectos centrales del interculturalismo, en su versión latinoamericana, surge la siguiente pregunta: ¿Tiene el interculturalismo algo nuevo en términos teóricos que ofrecer a las soluciones liberales y comunitarias de gestión de la diversidad cultural?

En su versión latinoamericana, el “interculturalismo” no pareciera algo diferente a lo que han defendido en otras latitudes los partidarios del comunitarismo. De hecho, las críticas que realiza el interculturalismo sistematizadas por Edwin Cruz, parecieran elaborados al liberalismo cultural más que al entendimiento del fenómeno multicultural realizado por parte de los comunitaristas. Así, la primera crítica, la denominada “metodológica contra la concepción esencialista de la identidad colectiva y el supuesto de que la desigualdad entre las culturas se explica por su tamaño, para sugerir una idea relacional de la identidad y una concepción de la desigualdad entre culturas basada en la relación dominación/subalternidad”, podemos apreciar que es similar a la realizada por los comunitaristas y ya formulada por Taylor al liberalismo y su imposibilidad para reconocer la diversidad cultural en su seno.

La segunda crítica, esto es a la concepción del otro implícita en el enfoque multicultural que propugna ir más allá de sus horizontes normativos, la tolerancia y la coexistencia, para construir el respeto, la convivencia, el diálogo y el aprendizaje mutuo entre culturas, también ha sido largamente formulada por comunitaristas y, en particular, por Taylor cuando formula la política del reconocimiento.

La tercera crítica a la concepción formal de justicia que abandera el multiculturalismo liberal, en favor de una justicia sustancial que vaya más allá del reconocimiento de derechos grupales para incluir cambios estructurales que ataquen las causas de la desigualdad y articulen la justicia cultural con la justicia social, también ha sido realizada por los comunitaristas e incluso por los liberales culturales, cuando dirigen sus dardos a la concepción de neutralidad en el derecho.

Finalmente, la crítica a la concepción supremacista del multiculturalismo liberal, que sostiene que las relaciones entre culturas se deben desarrollar en el marco liberal estableciendo *a priori* una desigualdad entre ellas, es una de las principales críticas comunitaristas al liberalismo en sus diferentes variantes. Así las cosas, pareciera que el “interculturalismo” no se diferencia mayormente del comunitarismo en sus críticas al liberalismo y su incapacidad para reconocer la

diversidad cultural de las sociedades modernas. Sin embargo, el “interculturalismo” no se hace cargo de las críticas que se le han formulado al comunitarismo en el largo debate entre liberales y comunitaristas.

Sin perjuicio de lo anterior, en la interculturalidad hay dos aspectos importantes desde el punto de vista normativo. El primero que se ha denominado como constitucionalismo del derecho consuetudinario y el segundo como “pluralismo jurídico”. James Tully plantea que el constitucionalismo del derecho consuetudinario se opone al constitucionalismo moderno y se entronca con una perspectiva de derecho consuetudinario que encuentra su origen en el diálogo intercultural que se sostuvo entre los pueblos indígenas y los representantes de la Europa imperial¹³⁵. En ese “diálogo”, Tully ve acuerdos de mutuo reconocimiento, consentimiento y continuidad. Ellos serían los principales elementos normativos del constitucionalismo de derecho consuetudinario¹³⁶, los que serían aplicables tanto a las comunidades culturales como a las personas.

El pluralismo jurídico, como creación doctrinaria emerge en América Latina en la última década del siglo XX, como una forma diferenciada de justicia para los pueblos indígenas, el que convive con el sistema jurídico estatal. Así, el pluralismo jurídico “(...) no es otra cosa que la coexistencia de concepciones y formas jurídicas que son el resultado de visiones particulares y diferentes del mundo y de la organización social (...) El pluralismo jurídico constituye una posibilidad de comprender la complejidad de las prácticas e instituciones jurídicas derivada de la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos en una misma unidad política, mismo ámbito de tiempo y de espacio;

¹³⁵ Sobre los parlamentos realizados en Chile y su consecuencia en el derecho, véase: CLAVERO (2007), pp.107-128.

¹³⁶ El planteamiento del constitucionalismo de derecho consuetudinario, ha sido objeto de críticas tanto por los exponentes del liberalismo como del comunitarismo. La principal objeción que se hace a Tully, es que los criterios normativos que propone se apliquen tanto a comunidades culturales como a personas, siendo en este punto similar a la teoría de Kymlicka, sobre restricciones internas y externas. El principal aporte de Tully, a mi juicio, es el de visibilizar la homogenización que produce el discurso oficial en el ámbito multicultural, así su contribución es más de carácter descriptivo que normativo. Dicho debate puede ser apreciado en: BONILLA (2006), pp. 89-92. La propuesta de Tully sobre el constitucionalismo de derecho consuetudinario, entroncaría en varios de sus aspectos con lo que James Anaya denomina como “nuevo derecho consuetudinario internacional”. Al respecto, véase: ANAYA (2005), pp. 102-132.

alude a la convivencia, junto al derecho estatal, de otros sistemas de regulación social y de resolución de conflictos que operan en la práctica”.¹³⁷

En un plano absolutamente opuesto, la asimilación es aquel proceso por el que los diferentes grupos étnicos y culturales son absorbidos con la intención de hacerlos iguales al resto de la sociedad que se supone que es homogénea. Esta postura parte del supuesto de que la cultura receptora y dominante es superior a las demás y, por lo tanto, es la única que debe sobrevivir en la confrontación. El asimilacionismo implica la idea de que el Estado debe ser un Estado-nación, por ende la realidad multicultural se debe resolver mediante la igualación del otro(s) al grupo cultural (nación) dominante. Éste ha sido el camino de varias democracias occidentales para el tratamiento de su realidad multicultural, en la actualidad por ejemplo: Francia, Bélgica, Chile, entre otros.¹³⁸

Si bien la gran mayoría de los Estados modernos se construyeron sobre la base del Estado-nación, durante el siglo XX y por las presiones multiculturales, se ha cuestionado la idea mono nacional y se han adoptado políticas integradoras y de reconocimiento en algunos casos, indistintamente. Las políticas específicas, si bien pueden enmarcarse dentro de una política general, tienen la particularidad de que han sido diseñadas especialmente para distinguir un tratamiento particular a las distintas fuentes de la multiculturalidad. No buscan tratar el fenómeno multicultural de la misma forma. Para el caso de los grupos etnoculturales, minorías nacionales o inmigrantes, se proponen distintas soluciones. Así, lo que se busca es acomodar el Estado liberal democrático al fenómeno multicultural, planteando medidas específicas en función de la

¹³⁷ Cfr. CASTRO y VERGARA (2009), pp. 28-29.

¹³⁸ Kymlicka da ejemplos de las políticas que se han llevado a cabo y que tienen una inspiración asimilacionista, cuyo objetivo es la centralización del poder político y legal en instituciones dominadas por los grupos culturalmente más poderosos y que crean y recrean la cultura mayoritaria. A modo de ejemplo, estas políticas serían: 1) El establecimiento de una lengua oficial la que coincide con la del grupo mayoritario; 2) Un sistema nacional de enseñanza de carácter homogéneo y centrado en la lengua, historia y cultura del grupo mayoritario; 3) La centralización del poder político, eliminando cualquier forma de autonomía local preexistente (indígena); 4) La difusión cultural a través de instituciones estatales de la cultura del grupo mayoritario; 5) La adopción de símbolos e hitos históricos que conmemoran la historia, héroes y cultura del grupo mayoritario; 6) La construcción de un sistema jurídico unitario y la abolición de cualquier sistema jurídico preexistente (justicia indígena); 7) La aplicación de medidas de asentamiento territorial o colonización en territorios tradicionalmente habitados por otros grupos minoritarios o pueblos indígenas; 8) Políticas migratorias que tiene por requisito previo el conocimiento y manejo de la lengua oficial y de la cultura del grupo mayoritario; 9) La usurpación de tierras o recursos naturales que pertenecieron a grupos minoritarios o pueblos indígenas. Cfr. KYMLICKA (2009), p. 76-77.

pertenencia grupal, existiendo al menos tres formas de derechos particulares: 1) Derechos de autogobierno. 2) Derechos poliétnicos. 3) Derechos especiales de representación.¹³⁹

Los derechos de autogobierno, están pensados para los Estados multinacionales, dentro del cual las naciones que lo componen pueden demandar: 1) Secesión; 2) Autogobierno; 3) Autonomía política o jurisdiccional territorial. La respuesta más clásica al fenómeno de Estados multinacionales ha sido el federalismo, siendo posible éste en su versión constitutiva y cuando las naciones tienen un territorio claro y determinado.

Por derechos poliétnicos se entienden las reivindicaciones de los inmigrantes, con el objetivo de que éstos en el país de acogida no abandonen todos los aspectos de su herencia étnica o nacional. Las reivindicaciones más controvertidas en el plano de los derechos poliétnicos, son las relacionadas con la exención de leyes y disposiciones que les perjudican, según sus prácticas religiosas¹⁴⁰. Ejemplos de ello hay varios, quizás el más actual y conocido es el uso del velo árabe por niñas en las escuelas públicas de Europa, en particular el caso de Francia, Bélgica y España.

Finalmente, los derechos especiales de representación buscan que el proceso político de representación integre a las minorías nacionales, grupos etnoculturales y otros grupos sociales que se consideren en desventaja. Ello, porque se entiende que el Congreso o Parlamento, se encuentra dominado por personas que representan al grupo cultural dominante, que suelen ser hombres blancos, de clase alta y que no padecen de ninguna discapacidad.

Como se puede apreciar, a pesar de que en el plano teórico el liberalismo cultural ha sido el discurso dominante en las últimas décadas, en su traducción en políticas concretas, existe una amplia gama de enfoques tanto generales como particulares y de medidas que ha adoptado los Estados para la gestión del fenómeno multicultural. Por ello, para una análisis mas fino y luego comprender el contexto en el cual los tribunales regionales de protección de los derechos humanos toman sus decisiones debemos revisar y caracterizar tanto las políticas generales como la recepción normativa del multiculturalismo tanto en América Latina como en Europa.

¹³⁹ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 47.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 53.

Así, en los próximos puntos analizaré los aspectos normativos relevantes del multiculturalismo (punto 1.3), para luego caracterizar tanto las políticas generales como las específicas del multiculturalismo, para con sus dos fuentes, esto es por un lado la inmigración, por otro lado los pueblos indígenas y las minorías nacionales, al momento de revisar el multiculturalismo en América Latina (punto 1.4) y en Europa (punto 1.5).

1.3. ASPECTOS NORMATIVOS DEL MULTICULTURALISMO

En los aspectos normativos, revisaré cuatro puntos que cobran relevancia para los fines de este trabajo, los que son: 1) la discusión sobre los derechos humanos en contextos multiculturales y en especial acerca de la universalidad de ellos; 2) la discusión en torno a la existencia, justificación y reconocimiento normativo de los derechos de los grupos; 3) las justificaciones y precauciones que se han entregado para establecer una representación política especial para grupos identitarios, minorías nacionales o étnicas en contextos multiculturales; 4) la interpretación de los derechos humanos en casos que involucren grupos identitarios, étnicos o migratorios y la incidencia que tiene (o no) el fenómeno multicultural en el proceso de adjudicación.

La revisión de estos temas nos permitirá tener una visión panorámica de los principales aspectos normativos que se discuten en la doctrina y que los tribunales nacionales e internacionales tienen en consideración al momento de resolver casos que directa o indirectamente abordan estos aspectos. Debido a ello, he dejado fuera del análisis un aspecto normativo relevante como es el pluralismo jurídico¹⁴¹, debido a que no ha tenido -hasta el momento-¹⁴² un correlato en la

¹⁴¹ Por pluralismo jurídico, en sentido amplio, se entiende: “(...) la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, siendo el derecho estatal uno más de los derechos existentes en la realidad social. Esta concepción alternativa del derecho pone en cuestión la concepción clásica del mismo, legitimada en la soberanía estatal en virtud del cual se justifica el monopolio exclusivo del Estado en la producción y aplicación del derecho”. Cfr. GARZÓN LÓPEZ (2013), p. 186. Para estudios acabados sobre el pluralismo jurídico, entre otros, véase: MELISSARIS (2009); GRIFFITHS (1986), pp. 1-55; ENGLE (1998), pp. 2-55; TAMANAHA (1993), pp. 192-217.

¹⁴² Probablemente debido al reciente reconocimiento del pluralismo jurídico de fuente indígena en algunas Constituciones Latinoamericanas (Bolivia, Ecuador, México, Guatemala, Colombia) puedan surgir reclamos en el SIDH por asuntos que tengan relación con las clásicas garantías del debido proceso y el acceso a la justicia que en el caso de la justicia indígena se pueden ver relativizadas. Sobre el reconocimiento del pluralismo jurídico de fuente indígena como una clave para el proceso de descolonización del derecho, véase: GARZÓN LÓPEZ (2016). A modo de ejemplo para tener en cuenta las dificultades para compatibilizar la jurisdicción estatal con la indígena, véase: ROA (2014), pp. 101-121.

jurisprudencia de los tribunales internacionales que son el objeto final de análisis del presente trabajo.

1.3.1. Los derechos humanos y el multiculturalismo

Los derechos humanos a lo largo del tiempo han sido objeto de una serie de conceptualizaciones¹⁴³ y fundamentaciones¹⁴⁴ y han sido positivizados en un amplio número de instrumentos jurídicos internacionales, siendo la DUDH su instrumento troncal y el CEDH y la CADH los principales instrumentos internacionales de carácter regional¹⁴⁵. En general, la idea que caracteriza a los derechos humanos es que estos serían aplicables en cualquier lugar, no dependiendo de un sistema político o cultura específica y que su valor es independiente de cualquier tipo de estructura social, política, cultural y que estos deben ser protegidos y respetados

¹⁴³ Sobre la historia de los derechos humanos y su desarrollo, véase: HIERRO (2016), pp. 59-115.

¹⁴⁴ Sobre el fundamento de los derechos humanos, siguiendo la sistematización realizada por Pérez Luño, podemos encontrar los siguientes planteamientos: a) Las posturas realistas, que señalan que la pregunta sobre el fundamento de los derechos humanos carece de sentido, o las positivistas y neopositivistas que descartan la pregunta por ser irresoluble; b) Posturas que admiten la posibilidad de dar un fundamento, ya que reconocen la existencia de un orden de valores que poseen una validez objetiva, absoluta y universal, con independencia de la experiencia de los individuos, o de su conciencia valorativa y que corresponde a la posición objetivista (con sus variantes cristianas, aristotélicas, naturalistas) de los derechos humanos; c) Posturas subjetivistas (Popper y Hayek) que enfatizan la autonomía individual como fuente de todos los valores, reposando el fundamento de los derechos humanos en una visión individualista de la sociedad y, por ende, centrada en la idea de defensa de la libertad; d) La posición contractualista de Rawls y Dworkin, en la que los individuos racionales y libres en una posición original, interesados en sí y bajo el velo de la ignorancia, acuerdan las bases de su convivencia futura mediante principios de justicia acordados por consenso y como normas perpetuas de una sociedad bien organizada; e) La corriente intersubjetiva, conformada por las posturas que conciben a los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, esto es: categorías que por expresar necesidades social e históricamente compartidas, permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación (Habermas, Alexy (libertad jurídica y fáctica) y Bockenforde (condición necesaria), las escuelas marxistas de la necesidad y los constructivistas que ven la posibilidad de alcanzar un consenso intersubjetivo a través del discurso racional (como Nino y los seguidores de la democracia deliberativa). Cfr. PÉREZ LUÑO (1984), pp. 132-187. A su vez, Francisco Laporta ha sostenido una fundamentación de los derechos humanos como "(...) una forma de expresión de los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual, o, para utilizar un lenguaje kantianizado, de las condiciones de posibilidad del mundo moral". Cfr. LAPORTA (1987), p. 44. En el mismo sentido, para Liborio Hierro el fundamento de los derechos humanos es de tipo moral, conceptualizando a los mismos de la siguiente forma: "Los derechos humanos son aquellas libertades, inmunidades, pretensiones y potestades que corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral y cuya satisfacción es condición necesaria y suficiente para justificar la existencia, el origen y el contenido de un sistema jurídico". Cfr. HIERRO (2016), p. 131.

¹⁴⁵ Para un estudio acabado de las fuentes convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase: DE SCHUTTER (2010), pp. 11-31; CASADEVANTE (2007), pp. 65-96.

incluso en aquellos lugares en que sus sistemas normativos no hacen referencia a ellos o explícitamente los deniegan.¹⁴⁶

Así, se ha sostenido que los derechos humanos poseen tres características que los distinguen del resto de los derechos, esto es, que son universales¹⁴⁷, absolutos¹⁴⁸ e inalienables¹⁴⁹. La discusión que se da en el marco del multiculturalismo en relación con los derechos humanos, se ha centrado en la universalidad (o no) de éstos, debido a que las distintas versiones del liberalismo

¹⁴⁶ Cfr. ROY y ANNICCHINO (2013), p. 13.

¹⁴⁷ Para Francisco Laporta, la universalidad significa que los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos, independiente de sus circunstancias, condiciones y contextos, lo que trae una serie de consecuencias. Si se admite el rasgo de la universalidad se debe sacar a los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo (primera consecuencia), debiendo hacerse caso omiso de instituciones (segunda consecuencia) y roles (tercera consecuencia) “para poder adscribir los derechos morales a todos al margen de su circunstancia vivencial o contextual”. Cfr. LAPORTA (1987), p. 33. En el mismo sentido, véase: PÉREZ TRIVIÑO (1995), pp. 471-472. Por su parte, para Alfonso Ruiz Miguel del entendimiento de los derechos humanos como criterios morales que fundamentan de manera última tanto la existencia de deberes morales, como la necesidad del poder político, la característica de universalidad aparece en dos sentidos: 1) “*Universalidad del Punto de vista* o pretensión pragmática de validez general de los criterios adoptados, lo que alude a su imparcialidad y a su vocación de aceptabilidad como justos para todos: el estado de naturaleza, el imperativo categórico o la posición original de Rawls pueden verse como constructos teóricos predispuestos para buscar esta universalidad del punto de vista a través de un procedimiento imparcial que pasa siempre por la aceptabilidad individual, si bien de un individuo caracterizado por ciertos rasgos relativos al conocimiento, el desinterés, las actitudes, etc.”; 2) “*Universalidad de los sujetos* establecidos como titulares de los derechos, según suele expresarse en la fórmula canónica «todos los hombres...»: esta universalidad de los sujetos beneficiarios de los derechos se suele considerar lógicamente correlacionada con la universalidad de los sujetos obligados a cumplir tales derechos -esto es, de los destinatarios de los deberes correlativos-, lo que no deja de tener importancia, como después se verá, en los problemas de garantía efectiva de los derechos humanos”. Cfr. RUIZ MIGUEL (1992), pp. 98-99. Para Jack Donnelly la universalidad puede ser: fundacional, conceptual y estructural. La universalidad fundacional se refiere a que todos las personas *per se* poseen derechos humanos como herramientas que dignifican su existencia. En el plano conceptual, la idea de universalidad debe responder la pregunta de si los derechos humanos son iguales o tienen los mismos elementos constitutivos en las diferentes áreas geográficas del mundo. La universalidad estructural se refiere al contenido de cada derecho humano. Así, si se asume que todo derecho humano es estructuralmente universal, éste debiera tener el mismo tratamiento normativo en cualquier parte. Cfr. DONNELLY (1984), pp. 400-419.

¹⁴⁸ Que los derechos humanos sean absolutos significa que tienen una exigencia moral fuerte, un carácter urgente, exigente e intransigente. En ese sentido Francisco Laporta señala que: “(...) creo que los derechos humanos pretenden obtener su fuerza característica de que son expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos (...) Cuando decimos que los derechos humanos son derechos “absolutos” lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que, caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer”. Cfr. LAPORTA (1987), p. 39. Luego, Laporta detalla el significado de absoluto, señalando que en realidad los derechos humanos tienen una preferencia *prima facie* ya que en caso de conflicto con otras demandas morales que no tienen igual entidad las desplazan pero en caso de colisión con otros derechos humanos el asunto se vuelve mas complejo y se tendrá que recurrir a la ponderación, al contexto, entre otras. Cfr. *Ibid.*, p. 41.

¹⁴⁹ Que los derechos humanos sean inalienables dice relación con que estos no pueden ser renunciados por parte de sus propios titulares. En ese sentido, Laporta señala que: “Igual que todos tienen la obligación de respetar el derecho de cada uno o carecen de la facultad de alterar ese derecho, el propio titular está obligado a respetar sus propios derechos o está inmunizado normativamente frente a sí mismo”. Cfr. *Ibid.*, p. 44.

han defendido la universalidad como un atributo fundamental del concepto de derechos humanos y, por su parte, los comunitaristas lo ponen en duda, señalando que cada sociedad puede establecer sus valores primarios de conformidad con sus creencias y principios, los que serían inconmensurables con los que pueda establecer otra comunidad, sin que exista una pauta moral que pueda considerarse independiente a la que establece cada comunidad en su seno.¹⁵⁰

En este sentido, resulta útil distinguir los distintos niveles de análisis de esta cuestión, ya que permite clarificar el asunto y revisar los argumentos que se utilizan al respecto identificando de forma más adecuada el impacto de los mismos. Así, podemos distinguir un nivel socio-cultural, otro normativo y uno metaético¹⁵¹. En el nivel socio-cultural los comunitaristas y relativistas morales sostienen una tesis de carácter empírico fundada en investigaciones de antropólogos, sociólogos y psicólogos, en la que constatan el hecho de que las personas y los distintos grupos sociales difieren en sus creencias morales, no existiendo un único sistema de juicios morales compartidos por todas las sociedades, sino más bien se puede realizar un juicio fáctico que muestra una diversidad de concepciones morales que existen en las diferentes sociedades¹⁵². Para los

¹⁵⁰ Cfr. RUIZ MIGUEL (1992), p. 97. Para Bhikhu Parekh se han dado tres respuestas a la pregunta sobre la “universalidad” de los derechos humanos, estas son: la relativista, la monista y el universalismo plural. En ese sentido, señala: “Resumiendo y simplificando, el relativista afirma que, puesto que los valores morales están culturalmente determinados, y puesto que cada cultura es un todo en sí misma, los valores son relativos a cada sociedad y la búsqueda de valores morales universales es una tarea lógicamente incoherente. El monista adopta el punto de vista opuesto. Puesto que los valores humanos derivan de la naturaleza humana, y puesto que esta última es universal y común, no es ya que podemos deducir los valores adecuados a partir de ésta, sino que conocerla es dar con la mejor forma de combinarlos. El universalista plural se sitúa en la posición intermedia, afirmando que sí podemos llegar a conocer una serie de valores universales, pero que son muy pocos y sólo constituyen una especie de umbral moral a partir del cual todas las sociedades gozan de lo que Stuart Hampshire denomina ‘licencia a la diferencia’”. Cfr. PAREKH (2005), p. 195. Esta idea de un núcleo más reducido de valores compartidos por la humanidad en su conjunto se puede ver en: LENZERINI (2014), pp. 245-248. Sobre la posición comunitarista, véase: MACINTYRE (1987); SANDEL (2000); WALZER (1993); TAYLOR (1989).

¹⁵¹ Véase la distinción en: PÉREZ TRIVIÑO (1995), pp. 477-478. Eduardo Rivera López realiza una distinción similar entre el liberalismo y el comunitarismo sobre el ideal de universalidad, pero sólo en dos planos, estos son el normativo y el metaético. Cfr. RIVERA LÓPEZ (1995), pp. 95-115.

¹⁵² En ese sentido, Federico Lenzerini realiza un interesante análisis de la práctica de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos y de la forma en la que están integrando la diversidad cultural en sus decisiones. En este punto, analiza la práctica de: 1) la Corte Internacional de Justicia; 2) el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; 3) el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 4) el Comité de Derechos del Niño de la Convención sobre Derechos del Niño; 5) el Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 6) el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; 6) la práctica de Tribunales Arbitrales Internacionales y del Banco Mundial; 7) la Corte IDH y la CIDH; 8) el Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos; y, 9) el TEDH. Para el autor, la variedad de la práctica de los organismos internacionales analizados y la diversidad de casos expuestos, son suficientes para ilustrar que existe una creciente culturalización de los derechos humanos, al punto que la cultura juega

comunitaristas, la explicación de esta diversidad de creencias morales se basa en los diferentes condicionamientos sociales y culturales que rodean a los diversos grupos o sociedades.¹⁵³

En el ámbito normativo, los comunitaristas se sitúan en el nivel prescriptivo de la ética y suponen que en cada caso la corrección de cualquier acto de un miembro de una cultura dada está justificado por referencia a lo que de hecho piensa que es correcto o no, por lo que no existe un criterio moral que supere a los que cada comunidad posee que sirva de evaluación de dicha conducta¹⁵⁴. En el plano metaético, los comunitaristas¹⁵⁵ defienden el subjetivismo que afirma que los juicios morales describen actitudes de los sujetos en el marco de su cultura comunitaria lo que las vuelve en observaciones de tipo autobiográficas, por lo que no puede haber juicios de valor que

un papel importante en la definición, realización y práctica de los derechos humanos. Cfr. LENZERINI (2014), pp. 116-212.

¹⁵³ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO (1995), p. 477.

¹⁵⁴ Cfr. Ídem.

¹⁵⁵ Resulta útil la distinción que hace Eduardo Rivera López entre la posición comunitarista débil (Taylor y Walzer) y la fuerte (MacIntyre). Al respecto, señala: “El comunitarista débil sostiene, como vimos, una posición relativamente modesta. Él no defiende determinados valores, en contraposición con los valores liberales, sino que subraya solamente la vinculación necesaria entre los valores constitutivos del yo moral, y los valores del entorno o marco al cual ese yo pertenece. Este marco es constitutivo, en el sentido de que determina la concepción del bien y los fines últimos de cada individuo. Este marco puede ser, naturalmente, liberal o no serlo. Si lo es, como es el caso del entorno de los propios comunitaristas, entonces dado que el marco es «inescapable», estaremos determinados a ser liberales. Si, además, no queremos engañarnos, y creer que somos liberales por alguna razón universal y neutral, seremos liberales en el nivel sustantivo y, simultáneamente, comunitaristas en el plano metaético (...) Podría sostenerse que el comunitarista fuerte no posee el problema del débil. Él sostiene que un comunitarista *no* puede defender los valores o principios de la teoría liberal sustantiva. El comunitarista fuerte critica la teoría liberal, tanto en su nivel metaético como en el nivel sustantivo, pretendiendo sustituir los valores constitutivos de la concepción del bien liberal (individualismo, egoísmo, etc.) por una concepción del bien comunitaria (solidaridad, patriotismo, lazos comunitarios, etc.). Esto parece ser más coherente, dado que el comunitarista fuerte es un particularista moral (niega el universalismo y el neutralismo liberal) que además niega las normas liberales sustantivas. Esto parece funcionar bien, en la medida que el propio marco constitutivo sea comunitario; pero, ¿qué ocurre si el mismo es liberal? Ocurre, nuevamente, una situación muy paradójica. Por un lado, el comunitarista fuerte es un particularista moral, es decir, sostiene que el yo moral (es decir los valores y normas a las que uno adquiere) está constituido por el marco o tradición al que uno pertenece. Ésta es la crítica metaética, que el comunitarista fuerte comparte con el débil. Pero, por otro lado, ocurre que el propio marco puede ser liberal, como es el caso, según lo que ya hemos visto, de los propios comunitaristas. Sin embargo, el comunitarista fuerte, a diferencia del débil, rechaza este marco, rechaza estos valores individualistas y egoístas. Pero entonces, ¿de dónde proviene esta posición crítica hacia su propia comunidad? ¿Cómo es que no se ve «capturado» por el vocabulario liberal? El comunitarismo no es algo que pertenezca a su marco constitutivo; su marco es liberal. Curiosamente, el comunitarista fuerte requiere razones neutrales para rechazar determinado tipo de concepción del bien (liberal), y abrazar determinado *otro* tipo (comunitaria). Necesita dar razones por las cuales una sociedad liberal no promueve verdaderas virtudes y sí lo hace una sociedad comunitaria. No puede buscar las razones en su marco comunitario, porque éste es, para su desgracia, liberal. Esta capacidad de alejarse del propio marco es, precisamente, lo que afirma la tesis metaética neutralista. Y esta capacidad es lo que el comunitarista fuerte necesita para criticar su propio marco. Nuevamente, para poder defender la posición comunitarista, es necesario abrazar una tesis profundamente anticomunitarista: la tesis de que no estamos (al menos, *tan*) «capturados» por nuestro marco o tradición, y que este marco no es (*tan*) constitutivo”. Cfr. RIVERA LÓPEZ (1995), pp. 105-107.

sean verdaderos u objetivamente justificables de forma independiente a la cultura de la que forman parte.¹⁵⁶

Así, para las diferentes variantes del liberalismo (crítica que comparto), la posición normativa y metaética del comunitarismo niega o pone en duda (en su versión de baja intensidad) la posibilidad de universalidad de los derechos humanos y -quizás- la idea de los derechos humanos en su esencia. Además, la concepción comunitaria sobre la imposibilidad fáctica, normativa y metaética de la universalidad de los derechos humanos tiene consecuencias prácticas en, al menos, tres campos: 1) Las relaciones entre los Estados, ya que para fortalecer la comunidad política estatal se ha tendido a no intervenir en situaciones internas que puedan violar gravemente los derechos humanos; 2) en las relaciones entre los pueblos, cuando se anteponen a los principios morales otros de consideración práctica (económicos) en el abordaje de asuntos comunes como en el caso de la inmigración; 3) en las relaciones entre generaciones (presentes y futuras) en cuanto a los aspectos ambientales, donde una visión universalista permitiría una preocupación por ello¹⁵⁷. En estos tres aspectos están en juego criterios y decisiones que para asegurar un ideal universal de los derechos humanos implica -necesariamente- tomar decisiones que tengan en consideración aspectos particulares de lugar y de tiempo pero que logren un mayor nivel de abstracción y consideren a la humanidad en su conjunto como una gran comunidad.

Ahora bien, el hecho de aceptar tanto en el plano normativo como metaético el ideal de la universalidad de los derechos humanos, no implica que no se pueda plantear que la diversidad cultural juega un rol importante en la determinación del contenido de los derechos humanos¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cfr. PÉREZ TRIVIÑO (1995), p. 478. Para ejemplificar las posiciones comunitaristas, véase: TAYLOR (1989), pp. 25-32; MACÍNTYRE (1987), pp. 219-221.

¹⁵⁷ Cfr. RUIZ MIGUEL (1992), p. 113.

¹⁵⁸ Al respecto, véase: KYMLICKA (2009), pp. 41-69; PAREKH (2005), pp. 195-209; CHRÍOCHÁIN (2012), pp. 291-311; TORBISCO (2016), pp. 372-375. En ese sentido, para Luis Villavicencio es posible compatibilizar la importancia normativa que los comunitaristas le dan a la cultura con una tesis metaética que contemple el ideal de universalidad de los derechos humanos. Al respecto, véase: VILLAVICENCIO (2014), p. 214. Para Lenzerini el factor cultural en la determinación del contenido de los derechos humanos no solo es relevante en un sentido normativo sino también práctico, por las siguientes razones: 1) los derechos humanos se vuelven “cercanos” y entendibles para las comunidades, es decir, se concretizan desde la teoría; 2) la culturalización de los derechos humanos, aumenta la legitimidad y la efectividad de los mismos; 3) aumenta el compromiso de los gobiernos con los derechos humanos; 4) al integrar la diversidad cultural en la interpretación de los derechos humanos se realiza una “mejor” ponderación de los derechos humanos involucrados en los casos de conflicto; y, 5) aumenta la tolerancia, el entendimiento mutuo, la

Para ello, en primer lugar, se debe aceptar que actualmente existe una gran dispersión en el plano *fáctico* tanto en la positivización¹⁵⁹ como en la adjudicación¹⁶⁰ de los derechos humanos, fenómeno que se ha denominado como la “culturalización” de los derechos humanos¹⁶¹. En segundo lugar, se ha de defender el ideal de la universalidad de los derechos humanos como meta, la que debe ser desarrollada bajo una perspectiva *de lege ferenda* que incluya el actual proceso de culturalización de estos y un proceso continuo de diálogo -en pie de igualdad¹⁶²- entre las diferentes culturas y sujetos y grupos tanto al interior de las comunidades políticas (sentido interno) como entre ellas

seguridad y la paz entre los pueblos y las comunidades culturales. Cfr. LENZERINI (2014), pp. 217-226. Asimismo, véase: OTTO (1997), pp. 1-46.

¹⁵⁹ La culturalización de los derechos humanos en términos positivos se ha dado a causa de un fenómeno general, como de dos particulares. El de tipo general se debe a la proliferación de normas que son entendidas como derechos humanos, lo que según Laporta aporta a una trivialización de estos [LAPORTA (1987), p. 39]. Un primer factor específico ha sido la transformación del derecho internacional de los derechos humanos desde uno con acento en lo universal a uno que pone su atención en la protección de las minorías [KYMICKA (2009), pp. 41-69; MARKO (2012), pp. 265-291; PENTASSUGLIA (2013), pp. 73-116]. Un segundo factor específico ha sido la diferencia de conceptualización de los derechos humanos en los tres sistemas regionales de protección (Europa, América y África). Por ejemplo, en el sistema africano se reconocen expresamente la existencia de derechos colectivos, mientras que en América su reconocimiento ha venido de la mano de la jurisprudencia y en Europa no se reconoce tal posibilidad [LENZERINI (2014), pp. 131-144]. Un tercer factor que ha jugado un papel relevante en la culturalización positiva de los derechos humanos ha sido la práctica de las reservas a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos por parte de los Estados [DONDEERS (2013), pp. 205-239]. Un cuarto factor es la presencia en los propios tratados regionales de protección de los derechos humanos, como la CADH y el CEDH de cláusulas que reconocen la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos humanos por la utilización de conceptos indeterminados como la “moral” [PÉREZ TRIVIÑO (1995), pp. 469-490].

¹⁶⁰ En la adjudicación de los derechos humanos podemos encontrar el fenómeno de culturalización de los derechos humanos dado por: 1) La diversa práctica cultural de los órganos de protección de los derechos humanos de carácter general como los tribunales regionales [LENZERINI (2014), pp. 116-212; BANTEKAS y OETTE (2016), pp. 35-40]; 2) La utilización de herramientas hermenéuticas como la doctrina del margen de apreciación que robustece las prácticas culturales de ciertas comunidades al interior de los Estados [BRAUCH (2005), pp. 113-150; LETSAS (2007); GARCÍA ROCA (2010), pp. 107-108; SENDEN (2011)]; 3) La diversidad de entendimientos jurisprudenciales al interior de los órganos de protección de los derechos humanos sobre un mismo derecho o su contenido, siendo un ejemplo de ello las diferencias que existen entre la Corte IDH y la CIDH en la conceptualización del derecho a la propiedad comunal indígena [GAJARDO FALCÓN (2014a), pp. 139-165]. Sobre la propuesta que realizo para la interpretación de los derechos humanos en contextos multiculturales, véase el punto 1.3.4 del presente capítulo.

¹⁶¹ Sobre la culturalización de los derechos humanos en términos generales, véase: KYMLICKA (2009), pp. 41-69; MARKO (2012), pp. 265-291; PENTASSUGLIA (2013), pp. 73-116; LENZERINI (2014).

¹⁶² Pedro Garzón López le ha denominado a este diálogo en pie de igualdad como uno de tipo intercultural/decolonial en el que las relaciones, negociaciones e intercambios culturales, se realiza admitiendo que existen asimetrías sociales, históricas, económicas, de poder e institucionales que limitan el reconocimiento del “otro” como un sujeto capaz de construir una concepción de la vida buena que sea “comparable” con la cultura dominante. Cfr. GARZÓN LÓPEZ (2016), pp. 52-66. Sobre el interculturalismo/decolonial, véase: WALSH (2009); FANON (2009). Desde otra óptica (feminismo) Seyla Benhabib defiende el ideal de un universalismo que sea interactivo, conector de las diferencias entre géneros, sensible al contexto y no indiferente a las diversidades. Cfr. BENHABIB (1992), pp. 16-17. Asimismo, véase: HÖFFE (2008), pp. 165-184.

(sentido externo)¹⁶³. Como podremos apreciar en la evaluación de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos objetos de este trabajo, los aspectos recién señalados son fundamentales para lograr una efectiva protección de los derechos humanos de los individuos y grupos culturales que componen la diversidad étnica y cultural de nuestras sociedades.

1.3.2. Los derechos de los grupos

Los derechos de los grupos, entendidos como aquellos que pertenecen a las colectividades humanas como tal (a los que se ha denominado también como derechos colectivos¹⁶⁴), es un concepto controvertido dentro de la teoría del derecho. Se debate sobre la naturaleza de los derechos colectivos. Acerca de si es posible que los grupos sean sujetos de derecho, dentro de un Estado democrático con raíces liberales. Se discute en cuanto a si se puede entender que los “grupos” tengan intereses, voluntad, motivaciones morales válidas, etc. Se polemiza sobre la utilidad de tener derechos de grupos y su compatibilidad con los derechos individuales. En fin, el concepto de derechos de grupos, es controversial y los académicos liberales y comunitaristas, lo han usado como un aspecto central para argumentar sus teorías.

Debido al debate entre liberales y comunitaristas, la idea de derechos de los grupos se encuentra muy influenciada (contaminada) con la postura filosófica que uno tome al respecto¹⁶⁵. De esta forma, el reconocimiento de derechos a ciertos grupos culturales implicaría aprobar la crítica comunitarista del liberalismo, y la visualización de los grupos (y sus derechos) como entes cohesionados. O en su defecto, si uno no considera la utilidad de los derechos de grupo, implicaría entender que el único sujeto moral válido para la asignación de derechos es el individuo, negando la importancia del grupo en la construcción de la identidad y en el ejercicio de la libertad.

¹⁶³ Sobre la integración de las perspectivas de los sujetos y grupos que componen la diversidad cultural, véase el punto 1.3.3 del presente capítulo.

¹⁶⁴ Para Bhikhu Parekh, el concepto de “derechos colectivos” es genérico y los derechos de los grupos son especies que pertenecen a ese género. Asimismo, realiza una distinción entre derechos colectivos derivados y primarios, basada en la forma o naturaleza de su adquisición. Cuando los individuos ponen en común sus derechos o los ceden a la colectividad, se habla de derechos colectivos derivados. Si los grupos adquieren derechos por lo que son y no de forma derivada, estaríamos en presencia de un derecho colectivo primario, que sería el que interesaría para el presente trabajo. Cfr. PAREKH (2005), p. 317.

¹⁶⁵ Véase: ESCUDERO (2008), pp.37-53.

Para los teóricos liberales clásicos, los derechos colectivos y los derechos individuales son profundamente incompatibles. Subrayan que una nueva categoría de derechos es innecesaria para adaptarse a las demandas de las minorías culturales o de otro carácter. En este sentido, los derechos y libertades fundamentales, tal como están, proporcionan un marco lo suficientemente flexible para garantizar la coexistencia pacífica de los diferentes grupos en las sociedades democráticas. Así, la doctrina liberal de la tolerancia, junto con el principio de neutralidad del Estado, ofrece un marco adecuado para abordar la diversidad y dar cabida a las minorías.¹⁶⁶

Como se ha podido observar, el debate sobre los derechos de las minorías nacionales, inmigrantes y pueblos indígenas, se encuentra estrechamente ligado al valor que se le asigne al grupo dentro de la sociedad. Para los comunitaristas, el grupo tiene un valor central en la definición identitaria de la persona, por lo cual, el ordenamiento jurídico debiera procurar la supervivencia de los mismos, esto es, tratando de “(...) garantizar que seguirá existiendo en el futuro una comunidad de gente que querrá aprovechar esa oportunidad. Las políticas que buscan la supervivencia tratan activamente de crear miembros de la comunidad, por ejemplo, asegurando que las generaciones sucesivas seguirán identificándose como francófonas o como lo que sea”.¹⁶⁷

En un plano diametralmente opuesto, las democracias liberales, se han cimentado en el individuo, desconfiando de los grupos intermedios y de su función en la sociedad. En una democracia liberal, el compromiso básico es la libertad y la igualdad de sus ciudadanos individuales, lo que se refleja en derechos constitucionales, que garantizan los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, independientemente de su pertenencia de grupo. De hecho, la democracia liberal surge en parte como reacción contra la forma en que el feudalismo definía los derechos políticos y las oportunidades económicas de los individuos en función del grupo al que pertenecían.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Al respecto, véase: TORBISCO (2006), pp. 5-8.

¹⁶⁷ Cfr. TAYLOR (1999), p. 59.

¹⁶⁸ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 57.

Así, la realidad multicultural, enfrenta un dilema con consecuencias normativas y prácticas¹⁶⁹ cuando se habla sobre los derechos de los grupos. Luis Rodríguez Abascal, luego de analizar los derechos de los grupos en tres niveles (conceptual, normativo y práctico) señala que es posible argumentar razonablemente que éstos podrían tener una justificación conceptual y salvar sus dificultades normativas y prácticas.¹⁷⁰

Desde otro prisma, buscando superar la forma clásica en que se ha abordado el debate de los derechos de los grupos, y entendiendo que éstos pueden ser necesarios para una teoría de la justicia liberal, Neus Torbisco argumenta que: “(...) a diferencia de lo que se afirma desde el liberalismo más ortodoxo, los derechos colectivos no remplazan a los derechos individuales sino que los complementan a fin de honrar tres valores que distinguen a la teoría de la justicia liberal: la autonomía, la igualdad y la justicia”.¹⁷¹

A continuación, revisaré las propuestas que hacen Luis Rodríguez Abascal y Neus Torbisco sobre los derechos de los grupos. Ambos planteamientos nos ilustran los principales aspectos teóricos acerca de los derechos de grupo.

Distinguiendo niveles de análisis¹⁷², Luis Rodríguez Abascal argumenta a favor de los derechos de los grupos, luego de analizar las críticas que han tenido desde la filosofía política liberal, en tres

¹⁶⁹ En dicho sentido, (apunta Torbisco) es que la relevancia de este debate no es meramente teórica. El problema no es sólo que muy pocos Estados tienen hoy en día una ciudadanía culturalmente homogénea, sino que el hecho sorprendente es que las tensiones multiculturales se hayan convertido en una fuente importante de conflicto político y violencia en el mundo. La mayoría de los conflictos de nuestro tiempo son conflictos internos debido a las tensiones étnico-culturales, que poseen un carácter omnipresente y que ha generado violaciones masivas de los derechos humanos. Véase: TORBISCO (2006), p.1. En el mismo sentido: KYMLICKA (1995), p. 13.

¹⁷⁰ Cfr. RODRÍGUEZ ABASCAL (2002), pp. 409-434. Asimismo, véase: RODRÍGUEZ ABASCAL (2003), pp. 101-110.

¹⁷¹ Cfr. TORBISCO (2006), pp. 243-247. En un sentido similar, aunque agregando que los derechos colectivos amplían la dimensión sustancial de un Estado constitucional de derecho, véase: GIL (2005). Finalmente, un interesante análisis de los derechos colectivos, desde una óptica del constitucionalismo español en: SOLOZÁBAL (2001), pp. 79-115.

¹⁷² En un trabajo previo al de Luis Rodríguez Abascal, el año 2000, Nicolás López Calera, buscó dar una respuesta a la pregunta sobre si existían derechos de grupo o no. Para ello, se planteó tres preguntas. La primera sobre la existencia del sujeto colectivo. La segunda sobre la fundamentación de la actividad moral de los sujetos colectivos. La tercera, sobre la correlación de derecho colectivo como derecho moral. Es decir, sus interrogantes buscaron, examinar el concepto de derecho de grupo a la luz de los parámetros de los derechos individuales, entendidos desde una óptica clásica. Si bien el trabajo de López Calera queda inconcluso, ya que no da respuesta satisfactoria a su pregunta central, es interesante, porque se puede ver la influencia del debate liberal-comunitario en su forma de abordar el tema, con un esfuerzo por compatibilizarlo con los presupuestos de la teoría liberal. Al respecto véase: LÓPEZ (2000). Para consultar trabajos críticos de la obra de Nicolás López Calera, véase: PECES-BARBA (2001), pp. 67-76; RODRÍGUEZ URIBES (2001), pp. 291-294.

planos: conceptual, normativo y práctico. Diferenciar los planos desde los cuales se habla del tema y entenderlos como filtros consecutivos nos permite, según Rodríguez Abascal, que:

“Al pasar cada filtro, quedará descartado que algunas reclamaciones pueden ser entendidas como derechos de grupo. En cada uno de esos terrenos el debate tiene un objeto diferente. En el terreno conceptual se discute si, dado el concepto de «grupo» y el concepto de «derecho» que manejamos, se puede hablar de los grupos como titulares de derechos y, en todo caso, qué concepto de «grupo» y de «derecho» serían preciso para que pudiéramos hablar de derechos de grupo. En el terreno normativo se discute cuál es la importancia moral de ciertos grupos humanos y si esa importancia o alguna de las circunstancias en que se encuentran esos grupos justifica la asignación de derechos al grupo. En el terreno pragmático se discute cuáles son los requisitos que deben cumplir ciertos grupos para que los derechos que se predicán de ellos puedan ser llevados a la práctica”.¹⁷³

En este sentido, el primer obstáculo que deben sortear los derechos de los grupos, es si éstos pueden considerarse derechos en un sentido subjetivo. Utilizando un concepto de derecho subjetivo funcional¹⁷⁴, sería posible que los grupos tuvieran derechos como tal¹⁷⁵. Luego: ¿Tienen los grupos razones para tener derechos? Esta pregunta, en el plano conceptual, admitiría una respuesta positiva, tanto desde la teoría del interés defendida Ihering, Bentham, y Raz, como desde la teoría de la voluntad planteada por Hart.¹⁷⁶

Así, los derechos de los grupos no tendrían objeciones analíticas¹⁷⁷, para que se puedan considerar derechos desde un punto subjetivo. Sin embargo, para que consideremos derechos de

¹⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ ABASCAL (2002), p. 414.

¹⁷⁴ Para Rodríguez Abascal, siguiendo a Alf Ross, usar un derecho subjetivo puramente funcional sería entender que: “(...) un derecho es un expediente lingüístico de presentación que sirve de eslabón intermedio con el que el hablante conecta uno o varios estados de cosas con una o varias consecuencias normativas”. Cfr. *Ibid.*, p. 415. Sobre el concepto de derecho subjetivo en la obra de Ross, véase: ROSS (2005), pp. 211-231.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 415.

¹⁷⁶ Al respecto, véase: RODRÍGUEZ ABASCAL (2003), pp. 101-110.

¹⁷⁷ Si bien, no es una objeción propiamente analítica la realizada por Nancy Fraser a los derechos de los grupos se puede considerar de tipo conceptual. Para ella se debe intentar no constitucionalizar o institucionalizar los derechos de los grupos, porque al ser distinciones de “estatus” pueden resultar muy difíciles de modificar. Al respecto ver: FRASER (2006), p. 79.

grupo propiamente tal, se deberán entender aquellos derechos que no puedan ser descompuestos en derechos individuales, ya que de lo contrario no serían derechos de grupo, sino que individuales asignados a grupos de personas¹⁷⁸. Los derechos de autogobierno y de representación, podrían considerarse verdaderos derechos de grupo y que cumplen con todos los requisitos conceptuales para ello.

En este plano, se han realizado al menos cinco objeciones, para las pretensiones que aspiran convertirse en derechos de grupo. Sin embargo, dichos obstáculos son salvables, no sólo para los derechos de los grupos, sino que también para otras situaciones jurídicas. Se ha planteado, en primer lugar, que las pretensiones que aspiran a convertirse en derechos de grupo, no cumplen con el supuesto de que el grupo lo podamos considerar un agente moral. Esta crítica está realizada desde un concepto de individualismo ético, donde el individuo es el único al que podríamos conceder valor moral. Esta objeción es posible salvarla de dos formas. La primera, por el hecho de que “para concebir que algunos grupos podrían ser titulares de derechos sólo sería necesario admitir algún modo válido de formar la voluntad colectiva”¹⁷⁹. La segunda, en el sentido de que para ser sujeto de derechos morales no es necesario ser agente moral. En ese sentido, Rodríguez Abascal señala que: “[s]i para ser titular de derechos exigiésemos ser un agente moral, responsable de sus actos, entonces no sólo los derechos de los grupos quedarían descartados, sino también los derechos de los niños, los derechos de los disminuidos psíquicos, o los derechos de los animales (...)”¹⁸⁰. Concebir derechos de grupo, puede implicar rechazar que sólo el individuo es agente moral, por ende criticar el individualismo ético. Sin embargo, se puede aceptar el individualismo ético y afirmar los derechos de los grupos, ya que sólo basta para ello señalar que para tener derechos legales no es preciso ser agente moral.¹⁸¹

Como segunda objeción, se ha planteado que los derechos de los grupos no son necesarios normativamente hablando, porque ellos no tienen un valor diferente al de sus miembros. Esta crítica, se supera desde que se entiende que el grupo tiene un valor moral fundamental en la

¹⁷⁸ Luis Rodríguez Abascal señala que en éste punto coinciden tanto los partidarios de los derechos de los grupos, como sus detractores. Cfr. RODRÍGUEZ ABASCAL (2002), p. 416.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 418.

¹⁸⁰ *Ídem.*

¹⁸¹ *Ibíd.*, pp. 418-419.

formación de la identidad del individuo (Taylor y Raz), con lo que tendría un valor en sí mismo. En el mismo sentido, el grupo es el lugar donde el individuo ejerce su autonomía¹⁸². Finalmente y como tercer contra argumento, no todos los bienes o intereses son posibles de reducir a la suma de bienes o intereses individuales.¹⁸³

Una tercera crítica a los derechos de los grupos, dice relación con la idea de que otorgar dichos derechos, puede implicar la opresión a los miembros de los grupos. Por lo anterior, sería más aconsejable garantizar derechos individuales a miembros de grupos oprimidos que al grupo. Esta crítica general, es poco clara al ser analizada según el tipo de derecho de grupo que se trate. Por ejemplo, si hablamos de derechos especiales de representación, no se vislumbra como ello podría implicar la opresión de los individuos de ese grupo. En este punto, resulta útil lo planteado por Kymlicka, en cuanto a que, los derechos de los grupos se debieran conceptualizar como una protección externa del mismo¹⁸⁴, versus el grupo dominante de la sociedad. Ello teniendo presente que las “restricciones internas”, esto es, aquellas que limiten derechos fundamentales de parte del grupo a sus individuos, no se toleran como parte de los derechos legítimos del grupo.¹⁸⁵

¹⁸² Amy Gutmann, argumenta los siguientes aspectos para fundamentar el valor de los grupos culturales dentro de la sociedad: “¿Qué bien común importante para la sociedad ofrecen los grupos culturales? Uno de esos bienes es un contexto de elección. Las culturas proporcionan contextos dentro de los cuales los individuos ejercen su libertad y sus oportunidades (...) Más allá de proveer el contexto de elección libre, los grupos culturales también pueden proporcionar a sus integrantes seguridad social, debido a la condición de bien implícito que supone toda cultura. La identidad cultural es “una cuestión de pertenencia, no de merecimiento” (...) Otro de los bienes sociales que la identidad cultural puede ayudar a garantizar es la autoestima, que va más allá de la seguridad (...) La autoestima, así entendido, es una condición necesaria para que las actividades de la vida de una persona tengan significado. Sin auto respeto, las elecciones (la libertad) de las personas tendrían un valor mucho menor. Con auto respeto, a las personas les importa mucho más su vida”. Cfr. GUTMANN (2008), pp. 66-69.

¹⁸³ Para Kymlicka, el debate no tiene sentido en el plano de las protecciones externas y que serían el fundamento principal de su idea de derechos diferenciados de los grupos. El debate tiene implicancias en cuanto a las restricciones internas, sin embargo, con el criterio que utiliza de que ellas sólo son admisibles cuando no limitan arbitrariamente o afectan la esencia de los derechos fundamentales de sus miembros, el debate también se vuelve estéril. Véase: KYMLICKA (1995), p. 75.

¹⁸⁴ Véase: KYMLICKA (1995), pp. 57-76.

¹⁸⁵ Aunque se muestra más escéptico de la existencia de derechos a los grupos, Liborio Hierro señala que: “(...) cuando realmente se defienden derechos morales de un grupo humano como derechos de titularidad y ejercicio colectivo, como el supuesto derecho a la subsistencia de la identidad cultural de un cierto grupo humano, lo deberes que podemos justificar para proteger esa identidad nunca pueden competir con los derivados de los derechos morales básicos de las personas y ello quiere decir que, por ejemplo, un grupo no tiene derecho a imponer su identidad cultural por encima de la libertad religiosa de sus miembros”. Cfr. HIERRO (2016), p. 155.

En cuarto lugar, se ha señalado que los derechos de los grupos generan problemas muy graves de cooperación social. Ello debido a que al establecer derechos de grupos, los individuos tenderían a asociarse para formar parte de grupos, lo que produciría tensión y fragmentación social. Ello implicaría entender que la sociedad no se encuentra fragmentada y que otorgar derechos de grupo produciría la misma. Sin embargo, quienes argumentan en favor de los derechos de grupo, señalan que la sociedad ya se encuentra fragmentada y que ellos sólo buscan equilibrar las relaciones sociales e intergrupales dentro de las democracias multiculturales.

Como quinto problema, los detractores de los derechos de los grupos, señalan que su consagración es inoficiosa, debido a que los supuestos beneficios que ellos traerían consigo no se encuentran garantizados. Esta crítica de carácter especulativo y general, queda superada desde el momento en que se acepta que el sólo hecho de reconocer derechos de grupo tiene un valor intrínseco.

Como se puede apreciar, reconocer derechos de los grupos, tanto desde un punto de vista conceptual como normativo, sería posible (en el esquema utilizado por Rodríguez Abascal), lo que nos lleva a revisar sus posibles problemas prácticos. En este plano, para poder construir derechos de los grupos, se deben superar una serie de dificultades. Primero, problemas para determinar los límites del grupo, es decir, en algunos casos cuesta establecer sus miembros. En algunos casos el grupo para el que se buscan asignar derechos alberga en su interior otros grupos¹⁸⁶, con ello, la definición del grupo puede traer inconvenientes de infrainclusión o suprainclusión.

Segundo, todo grupo cultural está compuesto de miembros de otros grupos que los conforman. Por ejemplo los pueblos indígenas, poseen en su interior miembros de grupos de mujeres, discapacitados, minorías sexuales, entre otros. A diferencia de lo expresado por Rodríguez Abascal, esta complejidad no la veo como tal, desde el momento en que se ha especificado el rango de acción del multiculturalismo a los grupos etnoculturales, minorías nacionales e inmigrantes, dicho problema se resuelve. Sin embargo, podría presentar problemas especiales, en los casos de

¹⁸⁶ Ver los ejemplos que entrega, en: RODRÍGUEZ ABASCAL (2002), p. 427.

derechos de representación en su sentido clásico¹⁸⁷, si se otorgan derechos de representación para los pueblos indígenas y para las mujeres en el congreso. Pienso en el caso de la mujer indígena, que en un supuesto que exista representación especial para ambos grupos, podría producirse una situación de doble representación, sin embargo ello es un aspecto que se puede revisar a la luz de las propuestas de Iris Young sobre derechos especiales de representación¹⁸⁸. De todas formas, como veremos en el punto siguiente, lo importante en un análisis que se centra en las justificaciones y principios, no se debería detener ante desacuerdos en este plano.

Tercero, señala la dificultad que presenta el dinamismo de los grupos, es decir, que éstos se transforman e incluso desaparecen. Creo que ello es correcto para los grupos de interés, en el caso de los grupos culturales (minorías nacionales, indígenas e inmigrantes) presentan una estabilidad bastante importante. En el caso de los pueblos indígenas, la estabilidad es mayor y anterior a la del propio Estado nacional.¹⁸⁹

Rompiendo con la forma de enfocar el tema hasta ahora y centrándose en las demandas de las minorías culturales, Neus Torbisco sostiene que los derechos de grupo no son intrínsecamente contrarios a los derechos individuales, sino que los complementan, con el fin de honrar algunos valores fundamentales que caracterizan las teorías liberales.¹⁹⁰

Neus Torbisco, explora su tesis central fuera de los límites que ha puesto el debate entre liberales y comunitaristas sobre los derechos colectivos. Critica la correlación entre los derechos individuales y el liberalismo y el comunitarismo y los derechos de grupo, por ser engañosas. Esta analogía no sólo se basaría en dudosas premisas teóricas, también desvía la atención de las cuestiones normativas pertinentes. El hecho de que las minorías y grupos culturales expresen sus demandas en términos de derechos colectivos o de grupo propicia un análisis que se centra fundamentalmente en los problemas formales implícitos en esta categoría de derechos, dejando las cuestiones normativas importantes sin explorar.

¹⁸⁷ Sobre el concepto de representación, véase: PITKIN (1985). Sobre los principios del gobierno representativo, véase: MANIN (2010).

¹⁸⁸ Sobre las formas de representación de los grupos culturales y sociales, véase: YOUNG (2000), pp. 148-153.

¹⁸⁹ Al respecto, véase: BENGUA (1999 y 2007); CLAVERO (2007), pp.107-128.

¹⁹⁰ Véase: TORBISCO (2006), pp. 243-247.

Para Neus Torbisco, siguiendo el análisis de Kymlicka, la mayoría de los debates sobre derechos de las minorías no son cuestiones entre una mayoría liberal y minorías comunitarias, sino entre liberales sobre el significado del liberalismo¹⁹¹. Es decir, se trata de debates entre los diferentes grupos y personas que están en desacuerdo sobre la interpretación de los principios liberales democráticos en las sociedades multiétnicas y multiculturales.¹⁹²

Para fundamentar sus conclusiones, Neus Torbisco, comienza analizando el concepto jurídico de minoría, ya que en dicho espacio se centró desde 1970 el debate sobre los derechos colectivos, y propone que dicho concepto sea entendido como uno de tipo controvertido, siguiendo lo que entiende Jeremy Waldron¹⁹³ al respecto. Así, carecería de sentido tratar por separado la cuestión de definir a una minoría del problema de la atribución de derechos específicos para ésta. La existencia de desacuerdos sobre el significado de este término no constituye una razón suficiente para eludir el tema de los derechos de grupo. Lo central no son los aspectos prácticos, sino los principios que se encuentran en juego.¹⁹⁴

Como se puede apreciar, en el punto de partida, se ve un contraste importante con el trabajo de Rodríguez Abascal, ya que, es justamente en el plano de análisis práctico, donde él visualiza las mayores dificultades para los derechos de los grupos, en cuanto a qué entendemos, cómo limitamos, cómo conformamos y proyectamos los grupos o minorías. Sin embargo, para Neus Torbisco, lo central no es el aspecto práctico, sino los principios que se encuentran en juego.¹⁹⁵ Lo importante, radica en enfocarse en la legitimidad moral y política de los derechos de los grupos y las demandas de las minorías culturales desde el liberalismo¹⁹⁶. Así, luego de analizar principalmente los trabajos de Taylor, Raz y Kymlicka, la autora concluye que la pertenencia individual a un grupo cultural constituye un interés legítimo fundamental para el bienestar

¹⁹¹ Neus Torbisco, entrega argumentos, sobre lo que denomina como la falacia de generalización en la que caen autores liberales al analizar algunas de las demandas de grupos culturales. Al respecto ver: *Ibíd.*, pp. 65-77.

¹⁹² *Ibíd.*, pp. 36-37.

¹⁹³ Véase: WALDRON (1994), pp. 509-540.

¹⁹⁴ Cfr. TORBISCO (2006), pp. 19-42.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 28.

¹⁹⁶ En un sentido similar, Parekh argumenta que lo importante es centrarse en las demandas de los grupos, y preguntarse qué colectividades deberían tener derechos y bajo qué condiciones. Véase: PAREKH (2005), p. 322.

individual, que los catálogos de derechos individuales civiles y políticos no pueden proteger adecuadamente, ni de forma directa ni indirecta.

Basándose en las críticas formuladas por Taylor y Kymlicka, al enfoque tradicional del liberalismo sobre la diversidad cultural, Neus Torbisco argumenta que el substrato del que debería nutrirse una teoría de los derechos colectivos de las minorías culturales, va más allá del modelo de tolerancia y no discriminación propio de los derechos individuales, pero fundamentado en los mismos principios de libertad, igualdad y dignidad que postula una vertiente igualitaria del liberalismo.¹⁹⁷

Justamente, de Taylor y Kymlicka, obtiene la idea de una intrínseca conexión interna entre libertad y autonomía, y la necesidad de reconocimiento de la identidad, fruto o influida por el grupo o contexto social, dependiendo de la visión del autor que se utilice¹⁹⁸. Luego, para fundamentar sus planteamientos de los derechos colectivos, utiliza una combinación de las propuestas de Kymlicka y la política del reconocimiento de Taylor, que le permiten argumentar que la pertenencia cultural es un bien básico, sin caer en un discurso esencialista de la identidad que lleva a la defensa de un derecho a la supervivencia cultural. Por ello, los derechos de grupo no deben servir para reproducir artificialmente elementos culturales que ya se han perdido, o para limitar la libertad de los miembros de las minorías culturales que optan por asimilarse a la cultura dominante. La correlación entre el reconocimiento de la identidad, la autoestima y la dignidad humana justifican así la importancia del derecho a la propia cultura, incluso cuando la asimilación a la cultura dominante no plantea excesivos problemas.¹⁹⁹

Por tanto, para Neus Torbisco, los derechos de los grupos como derechos fundamentales se justifican, por la relevancia moral intrínseca de la pertenencia cultural. En dicho sentido apunta

¹⁹⁷ Cfr. TORBISCO (2006), pp. 189-190. Cabe hacer presente, que Neus Torbisco, llama a las teorías de Taylor y Kymlicka, como vertientes de un “social liberalism”, que para efectos de que exista una coherencia en el uso del lenguaje en el presente trabajo, traduzco como liberalismo cultural, usando el termino acuñado por Kymlicka y caracterizaría a la fase actual del liberalismo, ya revisada en el punto 1.2.2. del presente capítulo.

¹⁹⁸ Las diferencias sobre la importancia de la cultura societal en la formación de la identidad, es un punto en el cual Kymlicka y Taylor tienen diferencias importantes. Además, ambos tienen distintas concepciones de la sociedad liberal y de las consecuencias de la neutralidad. Sin embargo, coinciden en que la identidad de los seres humanos, nace y se forma dentro de una cultura, que proporciona una gama de significados. Por lo cual, se preocupan por garantizar la preservación y el acceso a los recursos necesarios para el mantenimiento de dicho marco. *Ibíd.*, p. 190.

¹⁹⁹ *Ídem.*

que: “(...) minority cultures in multinational or multiethnic states have a justifiable claim that constitutional provisions should explicitly recognize a number of group rights that may be invoked to justifying state obligations”²⁰⁰. Su fundamentación de los derechos de grupo es de tipo sustancial, diferenciándose de las que denomina instrumentales, que sólo enfatizan la relevancia de la pertenencia cultural, para garantizar la realización de otros valores.²⁰¹

Finalmente, es importante señalar que los derechos de los grupos, han alcanzado un reconocimiento normativo y jurisprudencial en el contexto latinoamericano. En el plano interno las constituciones latinoamericanas han reconocidos derechos de grupo y en el plano internacional, tanto con el reconocimiento del Convenio N° 169 de la OIT, como con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se han conceptualizado como derechos humanos propiamente tales²⁰². Incluso, en la reciente DADPI de la OEA existe una conceptualización y reconocimiento normativo expreso a los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas.²⁰³

1.3.3. La representación política en contextos multiculturales

En una sociedad democrática²⁰⁴, es fundamental que el procedimiento de toma de decisiones

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 191.

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 190-191.

²⁰² Véase: GAJARDO FALCÓN (2014a y 2014b).

²⁰³ La DNUPI se refiere en dos partes a los derechos colectivos. En primer lugar, en el preámbulo cuando reconoce que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos y en el artículo 40 que señala que los pueblos indígenas tienen derecho a “procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”. En segundo lugar, en el artículo VI de la Declaración, el que señala: “Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas”.

²⁰⁴ Parto de la base de una sociedad democrática fundamentalmente representativa. Pueden en su interior configurarse mecanismos de democracia directa y tal como señala Young, en una democracia fuerte dichos mecanismos son necesarios. Cfr. YOUNG (2000), p. 124. A mi juicio la representación es necesaria por dos motivos. El primero es de carácter fáctico: “Representation is necessary because the web of modern social life often ties the action of some people and institutions in one place to consequences in many other places and institutions. No person can be present at all the decisions or in all the decision-making bodies whose actions affect her life, because they are so many and so

sea equitativo, lo que implica, entre otras cosas, escuchar y tener en cuenta los intereses y las perspectivas²⁰⁵ de las minorías y los grupos etno-culturales²⁰⁶. Según Will Kymlicka, para lograr este objetivo los derechos políticos clásicos que proporcionan los derechos comunes de ciudadanía son importantes, pero no suficientes.²⁰⁷

Luego de entregar una serie de datos sobre la exclusión del proceso político de grupos culturales y étnicos desaventajados de la sociedad²⁰⁸, Kymlicka sostiene que a “consecuencia de ello, en todas las democracias occidentales muchas personas consideran que el proceso electoral y legislativo es poco representativo, en tanto que no logra reflejar la diversidad de la población”.²⁰⁹

dispersed. Though her aspirations are often disappointed, she hopes that others will think about situations like hers and represent them to the issue forum”. Cfr. YOUNG (2000), p. 124. El segundo argumento es de tipo sustancial y dice relación con el valor intrínseco y auto realizador que se le da a la participación. Se vincula la participación con la virtud y por ende tiende a un ideal de “excelencia humana”, construye un sistema de tipo perfeccionista, que atenta contra la “autonomía personal” del individuo. Sobre los modelos de virtud cívica y una recopilación de ellos en: OVEJERO LUCAS (2005), p. 99-125. Sobre los ideales “perfeccionistas” y su limitación de la autonomía personal, entre muchos, véase: NINO (1996). Sobre el concepto de representación y sus entendimientos, véase: PITKIN (1985). Finalmente, sobre las mutaciones del gobierno representativo, véase: MANIN (2010).

²⁰⁵ Utilizo la idea de “perspectiva” que plantea Iris Young. Al respecto señala: “Social perspective is the point of view group members have on social processes because of their position them. Perspective may be lived in a more or less self-conscious way. The cultural experiences of distinct peoples or religious groups, as well as groups responding to a history of grievance or structural oppression, often offer refined interpretations of their own situation and their relations to others. Perspective may appear in story and song, human and word play, as well as in more assertive and analytical forms of expression”. Cfr. YOUNG (2000), p. 137.

²⁰⁶ Para Amy Gutman los grupos de identidad son no sólo legítimos, sino a menudo importantes, incluso valiosos, para la política democrática. Ello, primero, porque los grupos identitarios pueden tener influencia significativa sobre la identidad de los individuos en concordancia con la libertad individual. Segundo, “porque la libertad de asociación es una de las libertades básicas. Las personas se asocian (y se expresan) libremente, formando grupos identitarios, entre otros arreglos con trascendencia política; esos grupos no definen todo el alcance de la identidad de los individuos, pero, no obstante, tienen influencia importante en su identidad”. Cfr. GUTMANN (2008), pp. 20-21. Asimismo, véase: VERSTICHEL (2009), pp. 656-671.

²⁰⁷ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 183-184. Asimismo, en general para Anne Phillips, Melissa Williams, Lani Guinier, Jane Mansbridge y Annelies Verstichel con la configuración clásica de los derechos políticos no se logra la incorporación real a la deliberación política de quienes se han encontrado históricamente marginados, oprimidos y dominados, tanto desde un punto de vista individual como de los grupos de los cuales forman parte. Al respecto, véase: WILLIAMS (1998); PHILLIPS (1995); YOUNG (2000); GUINIER (1994); MANSBRIDGE (2000), pp. 99-123; VERSTICHEL (2009), pp. 48-74.

²⁰⁸ Al respecto apunta: “(...) diversos grupos siguen teniendo muy poca representación en el legislativo, aunque los derechos políticos de sus miembros individuales no sufran restricción alguna. Por ejemplo, los afroamericanos constituyen el 12,4% de la población estadounidense, pero únicamente ocupan el 1,4% del total de los cargos electos; es decir, que solamente poseen una novena parte de los cargos que deberían tener en función de su peso democrático (lo que se ha llamado su «representación electoral proporcional»). Los hispanos constituyen el 8% de la población, pero únicamente ocupan el 0,8% de los cargos electos; es decir, una décima parte de su representación electoral proporcional (...)”. Cfr. KYMLICKA (1995), p. 184.

²⁰⁹ Cfr. Ídem.

Para remediar lo anterior, se han planteado una serie de fórmulas, siendo la más común la que afirma que el legislativo debería reservar determinado número de escaños para los miembros de los grupos marginados o desfavorecidos²¹⁰. Otras opciones que se han barajado, son las de modificar los distritos electorales en los lugares donde las minorías étnico-culturales se encuentran condensadas²¹¹ o establecer sistemas proporcionales de elección parlamentaria.²¹²

En ese sentido, es importante considerar, que no todos los grupos étnico-culturales se encuentran aislados en un sector territorial y que por otra parte, aunque exista un sistema de elección proporcional, ellos no logran llegar al parlamento, principalmente por la falta de reconocimiento –en el sentido que Taylor atribuye a la idea- que tienen de la sociedad.²¹³

Debido a lo anterior, Kymlicka analiza la representación política de los grupos étnico-culturales como tales. Sostiene que la representación de grupo no necesariamente es una desviación radical de las concepciones de democracia representativa existentes, que socave los principios más preciados de la democracia liberal, como los derechos individuales y la ciudadanía responsable. La representación de grupo puede ser una extensión lógica de los principios y mecanismos de representación existentes, y ser coherente con las características de la cultura política democrática liberal en un sentido amplio.²¹⁴

²¹⁰ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 184. Para un panorama general de la representación especial para grupos culturales minoritarios o estructuralmente marginados de la deliberación política, tanto a nivel internacional como en cuanto a medidas nacionales, véase: VERSTICHEL (2009), pp. 199-506. Para un estudio de las medidas que se han tomado a nivel comparado para garantizar la participación política de los pueblos indígenas, véase: PNUD (2016).

²¹¹ Al respecto y la experiencia en los Estados Unidos, véase: KYMLICKA (1995), pp. 184-185.

²¹² Con una visión contextual de la representación de los grupos etno-culturales, Iris Young revisa las alternativas que se han barajado en el debate filosófico político. Al respecto, véase: YOUNG (2000), pp. 148-153.

²¹³ En el informe del PNUD sobre los mecanismos de representación política que existen en materia indígena, se puede constatar la dificultad que tienen los miembros de los pueblos indígenas para llegar a los diversos órganos de representación política debido a la “asimilación” que realiza el propio sistema político de dichos mecanismos (siendo el caso de Perú paradigmático en ese sentido). Esto contrasta con la realidad de países como Bolivia, donde los mecanismos especiales de representación política se encuentran ligados al ejercicio de una fuerte política de reconocimiento cultural. Al respecto, véase: PNUD (2016), pp. 27-38.

²¹⁴ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 187. Hay que tener presente los matices que propone Kymlicka, señalando: “Algo hay de cierto en ambas perspectivas. Por una parte, la representación de grupo es una desviación radical del sistema de candidato único y de electorados geográficamente definidos que se emplea en diversas democracias angloamericanas. Y, por otra parte, plantea un profundo reto a nuestro concepto tradicional de representación (...) Pero también es cierto que la representación de grupo presenta cierta continuidad con determinadas características largo tiempo arraigadas en el proceso electoral. Por ejemplo, la representación de grupo se puede considerar una extensión de la antigua práctica establecida en muchos países mediante la cual se trazan los límites de los electorados locales de manera que

Kymlicka tiene presente que la representación de grupo o especular, como teoría general de la representación, parece acabar con la posibilidad misma de la representación.²¹⁵ Al respecto, apunta: “Si «ningún tipo de reflexión o de comprensión, por muy profunda y sincera que sea, puede saltar las barreras de la experiencia» entonces, ¿Cómo podría alguien representar a otras personas?”²¹⁶ Estas dificultades y otras²¹⁷ sugieren que se debería prescindir de la idea de la representación especular como teoría general de la representación y limitarla a los casos en que: 1) sea necesario para incluir grupos etno-culturales que estructuralmente se encuentran al margen del proceso político; 2) su “perspectiva” represente una visión societal considerable en la sociedad política y, por ende, fundamental para la deliberación política. Así la representación de grupo, puede jugar un papel importante en la inclusión de grupos estructuralmente marginados y en la calidad deliberativa de las democracias. Con ello se da por justificada y su pregunta se traslada hacia: ¿Qué grupos deberían estar justificados para tener una representación de tipo especular?²¹⁸

Para Kymlicka los grupos que tendrían justificada una representación política especular se

reflejen «comunidades de intereses»”. Cfr. KYMLICKA (1995), p. 187. Asimismo, Kymlicka señala que en EEUU y Canadá la preocupación por la representación de las comunidades de intereses demuestra que “(...) la política nunca se ha basado en una concepción meramente individualista del derecho al voto o de la representación. Según la perspectiva individualista, lo único que importa es que los individuos tengan un voto igual en circunscripciones iguales. Esto es todo lo que se requiere para satisfacer el principio según el cual cada individuo tiene igual derecho al voto, y en la medida en que las circunscripciones electorales son iguales, debería resultar indiferente cómo se trazaron los límites de las mismas. Pero esto no tiene en cuenta que los individuos votan en su calidad de miembros de comunidades de intereses, y que desean que se les represente como tales”. Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 190-191.

²¹⁵ Para una revisión del amplio debate acerca de la representación política de grupos culturales minoritarios, véase: VERSTICHEL (2009), pp. 56-94.

²¹⁶ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 195.

²¹⁷ Young, profundiza los problemas que provoca entender la representación política en términos exclusivos como representación especular. Al respecto ver: YOUNG (2000), pp. 133-148. Kymlicka hace una recopilación de las críticas que recibe una teoría general de representación especular, ver: KYMLICKA (1995), pp. 193-195.

²¹⁸ Considero acertado el criterio general que propone Amy Gutman para evaluar la pertinencia de un grupo etno-cultural. Al respecto señala: “Para evaluar en términos generales el fenómeno de los grupos identitarios, debemos evitar definirlos sobre la base de criterios tan estrechos que incluyan solamente a los grupos que propician la justicia democrática, o bien solamente a los que la obstaculizan, y buscar una definición que abarque a ambos. Si comenzamos con una definición no polémica, estaremos en mejores condiciones de entender qué inclina a los grupos identitarios, ya sea intencionalmente o no, a favor o en contra de la justicia democrática”. Asimismo, señala un criterio general para desconfiar de ciertos grupos, en particular aquellos que anteponen “(...) la identidad compartida a las consideraciones de justicia implica poner algo que no es moralmente primordial por encima de algo que lo es. La identidad de grupo no es moralmente primordial. Si lo fuera, los grupos podrían subordinar el trato justo a los individuos (integrantes del grupo y no integrantes por igual) a la identidad e intereses del grupo (...) Los grupos de identidad deben tenerse por poco confiables cuando incitan a sus integrantes a pasar por alto las consideraciones de justicia con el fin de apoyar al grupo, despreocupándose de ese modo de cualquier injusticia que presente su causa (...) Los grupos identitarios son poco dignos de confianza desde el punto de vista ético cuando ponen la identidad grupal por encima de las consideraciones de justicia”. Cfr. GUTMANN (2008), pp. 31-33.

podrían obtener de la aplicación de dos reglas alternativas, aunque el tema dependerá mucho del contexto y de la valoración del grupo en particular. En primera instancia, la representación especular de un grupo etno-cultural sería aceptable, cuando sus miembros están sometidos a desventajas sistémicas en el proceso político. Asimismo, es posible una representación especular cuando los miembros del grupo tienen derecho al autogobierno.²¹⁹

Iris Young concuerda con las dos alternativas que plantea Kymlicka sobre representación especular, profundizando las ideas sobre grupos desaventajados y problematizando la representación política de los grupos que tienen derecho al autogobierno²²⁰. Sobre la representación especular de los grupos desaventajados, Young señala que la desigualdad estructural tanto social como económica, generalmente produce desigualdad política y la exclusión de la deliberación política a grupos etno-culturales que históricamente han gozado de una falta de reconocimiento. Debido a ello, una forma importante de promover una mayor inclusión de los miembros de los grupos sub representados socialmente es a través de las instituciones políticas y asociativas, reformando sus diseños específicamente para aumentar su participación en el proceso político.²²¹

Para Iris Young, en las minorías nacionales con pretensiones de autogobierno también suelen permanecer las relaciones estructurales de desigualdad o dominación potencial con otros grupos. Por ello, Iris Young problematiza la representación especular de los grupos etno-culturales que pretenden el autogobierno y plantea su representación política en organizaciones federadas²²². La inclusión de una representación política de los grupos etno-culturales en los procesos políticos,

²¹⁹ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 200-201.

²²⁰ Cfr. YOUNG (2000), pp. 145-148.

²²¹ Cfr. YOUNG (2000), pp. 141-143. Propone un amplio espectro de grupos que podrían considerarse desaventajados y que por ende tendrían justificada una representación especular. Ellos serían los grupos derivados de la: 1) Explotación; 2) Marginación; 3) Impotencia; 4) Imperialismo cultural; 5) Violencia aleatoria y acoso motivado por aborrecimiento o temor al grupo. Al respecto véase: YOUNG (2000), p. 141. También en: YOUNG (1989), pp. 250-274. Para Kymlicka, el espectro de grupos desaventajados que plantea Young es muy amplio, por lo que se podría caer en la paradoja de rechazar una teoría general de representación de tipo especular, pero ampliar tanto los grupos desaventajados que tendrían opción de ella que la convertiría en la general. Me parece una crítica acertada por parte de Kymlicka. Véase: KYMLICKA (1995), p. 202.

²²² Véase: YOUNG (2000), pp. 236-275.

puede contribuir a mejorar la calidad de las decisiones²²³. Si la “perspectiva” de estos grupos no se integra en los procesos de deliberación política como una forma de deferencia debida hacia una visión diferente, difícilmente se encontrará presente al momento de la toma de decisiones, entendidos en su globalidad y no sólo en cuanto a los órganos legislativos.²²⁴

En ese sentido, Amy Gutman, contestando a quienes plantean que la representación política de los grupos identitarios es peligrosa para la “democracia”²²⁵, señala que:

“Si se visualiza una democracia despojada de grupos identitarios como el camino hacia la justicia igualitaria, podríamos parafrasear la opinión de Madison sobre las facciones políticas en *El federalista*, x: Sería una locura tratar de abolir los factores que causan la formación de los grupos identitarios (las identidades grupales particularistas de los individuos y el derecho a la libre asociación), como lo sería “desear la desaparición del aire, indispensable a la vida animal, porque comunica al fuego su energía destructura”. Lejos de ser la antítesis de la democracia representativa, la política basada en la identidad es una manifestación importante

²²³ Ello puede ser fundamental si lo que se busca como sociedad es lo que se ha denominado el ideal de la democracia deliberativa y se toma en serio su valor epistémico. Al respecto véase: ELSTER (2001). Asimismo, véase: HONGJU y SLYE (2004); NINO (1996), pp. 270-293.

²²⁴ El Convenio N° 169 de la OIT, en sus artículos 2 y 6, establece el mecanismo de la consulta y participación efectiva de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones políticas que les afecten. Este mecanismo busca que en los procesos políticos, al momento de la deliberación, se tome en consideración la perspectiva de los pueblos indígenas, para lo cual los Estados deben contemplar los mecanismos necesarios para que la consulta sea efectiva y de buena fe. Sobre el Convenio N° 169 de la OIT en el marco del reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas, ver: ANAYA (2005), pp. 96-102. Una revisión exhaustiva del convenio y sus implicancias jurídicas, véase: GOMÉZ RIVERA (2006), pp. 133-152. Sobre la representación de la perspectiva social no sólo en los órganos legislativos, Young señala: “Legislatures are not the only governmental bodies, however, in which arguments for group representation can and should be applied. Courts, public hearings, appointed committees and commissions, and consultative processes are among the other deliberative and decision-making bodies that should be candidates for inclusive representation, even when citizens do not directly vote on their composition. In recent decades more attention has been devoted to the representation of diverse groups in bodies and procedures such as these. A more democratic representative government would have various layers and sites of elected, appointed, and volunteer bodies that discuss policy options, make policy decisions, or review policy effectiveness. In such bodies it is possible and desirable to give specific representation to particular social group perspectives which might not otherwise be present. If more attention had been paid to special representation of oppressed or disadvantaged groups in the process of setting up the citizens discussions that led to Oregon’s health care rationing plan in 1990, for example, those discussion groups would probably not have been so dominated by white middle-class college-educated perspectives”. Cfr. YOUNG (2000), pp. 152-153.

²²⁵ Amy Gutman, critica a Brian Barry en este punto. Sobre las críticas de Barry a la inclusión de los grupos identitarios en la democracia representativa, debido a que estos debilitan las garantías de igualdad de derechos que las democracias liberales deberían proporcionar, véase: BARRY (2005), pp. 326-327.

de la libertad individual que existe dentro de la democracia. Mucho mejor es considerar los efectos negativos de la política de grupos identitarios de un modo acorde con la libertad de asociarse que tratar de suprimir los grupos identitarios. En casos significativos, los grupos identitarios fueron efectivos en su tratamiento de la desigualdad”.²²⁶

Lo que he buscado con este apartado, es entregar los principales argumentos de quienes entienden que la representación de grupo no es intrínsecamente antiliberal o antidemocrática, sino que puede ser una ampliación plausible de las tradiciones democráticas existentes y en determinadas circunstancias son la mejor manera de asegurar que las minorías puedan expresar adecuadamente sus intereses y sus aspiraciones²²⁷. Ello además, tomando en cuenta que resulta importante que las minorías dispongan de procedimientos justos para que se escuche su voz en el proceso político, siendo, precisamente, las propuestas orientadas a lograr la representación de grupo las que les proporcionan tales procedimientos²²⁸.

En el punto 1.3.1 señalaba que el ideal de universalidad de los derechos humanos en contextos multiculturales es posible y deseable, pero que la diversidad cultural juega un papel relevante en la determinación del contenido de los derechos humanos tanto en un plano *fáctico* como bajo una perspectiva de *lege ferenda* . Para que ello sea posible, los distintos mecanismos de representación política especial son fundamentales, ya que permiten presentar la “perspectiva social” de los grupos étnicos y culturales que han sido históricamente excluidos de la deliberación política y, por ende, influir concretamente en la culturalización de los derechos humanos. Parafraseando a Roberto Gargarella, podríamos señalar que la representación política especial de los grupos étnicos y

²²⁶ Cfr. GUTMANN (2008), p. 40.

²²⁷ Comparto la defensa contextual de Gutmann a la representación política de los grupos identitarios, al señalar: “(...) como la presencia de los miembros del grupo no garantiza la igual consideración, y su ausencia no descarta un resultado justo, los argumentos a favor de la deliberación inclusiva son necesariamente contingentes y probabilísticos. Un fundamento contingente y probabilísticos no es menos importante para invocarlo en defensa de un proyecto de representación democrática, en especial si ese proyecto de representación democrática, es especial si ese proyecto es coherente con la expresión de igualdad civil. Una manera de expresar la igualdad civil de las personas es incluir a integrantes de minorías culturales desfavorecidas en los cuerpos deliberativos y decisorios, de manera que cuando debaten los diversos reclamos culturales, como en el caso de los padres somalís, haya más probabilidades de que reciban igual consideración”. Cfr. GUTMANN (2008), p. 110.

²²⁸ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 208-209.

culturales es la “sala de maquinas” para su debido reconocimiento.²²⁹

1.3.4. Interpretación de los derechos humanos en contextos multiculturales

Con lo revisado hasta el momento, se puede apreciar que el fenómeno multicultural plantea una serie de dificultades para acomodar la diversidad cultural a los modelos clásicos del Estado constitucional y a las instituciones internacionales que protegen los derechos humanos, dentro de las que se encuentran los tribunales regionales como la Corte IDH y el TEDH. Sin embargo, las propuestas que se han formulado entendidas contextualmente pueden ayudar a la superación de dichos inconvenientes.

Concordando con lo apuntado por Ignacio Gutiérrez, considero que el desafío del multiculturalismo depende, a la postre, de las posibilidades abiertas a la plena participación de todos, principalmente, de aquellos que han sido histórica y estructuralmente excluidos del proceso democrático y, por ende, de la deliberación política²³⁰. Para ello, junto con fórmulas nuevas que se incorporen a la democracia representativa que permitan la inclusión de perspectivas sociales de los grupos etno-culturales desaventajados²³¹, también puede jugar un papel importante la incorporación de la perspectiva multicultural en la interpretación de los casos difíciles que conozcan los tribunales nacionales e internacionales que involucren derechos humanos.²³²

²²⁹ Véase: GARGARELLA (2013).

²³⁰ Cfr. GUTIÉRREZ (2007), p. 20. Asimismo, véase: TULLY (2007), p. 22; PENTASSUGLIA (2009), pp. 195-198.

²³¹ En ese sentido, Denninger señala que: “El camino de la integración mediante el Derecho es rico en presupuestos. Exige el reconocimiento de todos los miembros de la sociedad como libres e iguales, tanto el reconocimiento recíproco de los miembros entre sí como también ese reconocimiento en la relación de los individuos con el Estado. Y exige ante todo acordar conjuntamente y reconocer reglas de procedimiento, que han de ser respetadas por todos, para la generación de «Derecho». No significa otra cosa el consenso democrático fundamental que idealmente precede a todos los esfuerzos en favor de un «Derecho correcto» desde el punto de vista material: el acuerdo sobre la procedimentalización que ha de seguirse para la creación del Derecho, por ejemplo mediante decisiones mayoritarias de los órganos «representativos» convocados al efecto. Si este acuerdo no se logra, el proceso de integración no saldrá de una situación de guerra civil latente, aunque no se llegue a uso alguno de la fuerza”. Cfr. DENNINGER (2007), pp. 37-38.

²³² Denninger, luego de analizar dos casos alemanes (uno sobre un grupo Musulmán y otro Testigo de Jehova), señala que es necesario un criterio flexible de interpretación de las cláusulas democráticas, señalando que: “Para la pacífica convivencia democrática de los ciudadanos, dice el Tribunal Constitucional, es suficiente con el acatamiento de la Ley que prestan por principio, con el respeto a los principios constitucionales fundamentales (art. 79.3 de la Ley Fundamental), a los derechos fundamentales de los demás y a los principios fundamentales que inspiran en un régimen de libertad el Derecho eclesiástico y la regulación jurídica de la religión. Lo decisivo estaría en el comportamiento efectivo de los titulares del derecho fundamental, no en investigar sus convicciones. La Ley Fundamental no exige una lealtad al Estado que vaya más allá de esto. La democracia liberal espera ciertamente de los ciudadanos que

En general, las constituciones políticas o los convenios internacionales tales como la CADH o el CEDH no reconocen derechos humanos que incorporen derechos de identidad grupal o protejan expresamente a ciertas minorías culturales²³³, por lo cual las consideraciones de la óptica multicultural han venido principalmente al momento de la interpretación de los derechos²³⁴, siendo los límites y la legitimidad de la revisión judicial un asunto largamente discutido en el debate académico.²³⁵

En la práctica interpretativa los tribunales constitucionales e internacionales de Derechos Humanos han oscilado vacilantemente con sus sentencias, desde la búsqueda de la asimilación

participen las elecciones políticas en medida suficiente, pero con buenos motivos no ha configurado dicha «expectativa» como deber jurídico, por tanto con carácter vinculante”. *Ibíd.*, pp. 39-41. También puede jugar un papel importante el principio de deferencia legislativa, cuando en la deliberación política han participado los grupos étno-culturales. En ese sentido y sobre la decisión del Tribunal Constitucional Alemán, en el “caso del velo”, véase: *Ibíd.*, pp. 42-43. En el debate de la revisión judicial en los Estados Unidos, John Hart Ely ha señalado que la intervención judicial es legítima y no antidemocrática cuando corrige un proceso político defectuoso por no considerar la participación de minorías o grupos que se encuentran al margen de la deliberación política. Al respecto, véase: ELY (1980), p. 136. En el mismo sentido, pero llevando la propuesta de Ely a los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, véase: POLLIER y VAN DE HEYNING (2017), pp. 5-23.

²³³ En América Latina, con el fenómeno de la constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas, se ha incorporado la identidad grupal y protección a determinados grupos en la configuración de especiales derechos fundamentales. Siendo paradigmático en ello la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. Otro ejemplo interesante, es el artículo 27 de la Constitución canadiense que señala que toda la interpretación de la misma debe concordar con el objetivo de promover el mantenimiento y la valoración del patrimonio multicultural de los canadienses. Dicho artículo ha permitido generar la herramienta hermenéutica de la “acomodación razonable” la que “supone la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas y razonables para evitar que discriminaciones indirectas puedan suponer una vulneración al principio de igualdad en ámbitos laborales, educacionales, sanitarios, etc.”. Cfr. CAICEDO (2015), p. 44.

²³⁴ En ese sentido, Dieter Grimm señala que “[E]l derecho fundamental a la libertad de asociación no puede incorporar tal función; al margen de que está reservado a los nacionales [alemanes], no proporciona ningún argumento en el ámbito preciso de la garantía de la identidad en el seno de un ordenamiento jurídico determinado por otros valores y tradiciones. Asegura ante todo el derecho de los individuos a asociarse con otros para los fines que ellos mismos determinen. La protección se extiende ciertamente también a la asociación, pero no permite ampliar su marco jurídico de acción: también las asociaciones deben respetar lo que está mandado o prohibido con carácter general”. Cfr. GRIMM (2007), p. 57.

²³⁵ Para una defensa en términos teóricos de la revisión judicial debido a la textura abierta y la idea de que las normas constitucionales deben tener una “lectura moral”, entre otros, véase: DWORKIN (1984) y PERRY (2007). Para una crítica de la revisión judicial centrada en la idea de que los desacuerdos morales se deben resolver en el debate democrático en el parlamento y no en sede judicial, entre otros, véase: WALDRON (2005); ATRIA (2016), pp. 219-342. Para una defensa de la revisión judicial de tipo procedimental o que busque corregir los defectos del proceso democrático en términos de inclusión de personas y grupos que se encuentran al margen de la deliberación política, véase: ELY (1980) y HABERMAS (1998). Por su parte, para Gaetano Pentassuglia y James Tully, en sociedades multiculturales, la revisión judicial tiene un doble propósito. En primer lugar, generar correcciones en el proceso democrático de elaboración normativa, dando lugar a las perspectivas de individuos y grupos culturales que se encuentran excluidos del proceso político. En segundo lugar, la revisión judicial debe ser un mecanismo que permita ampliar el diálogo multicultural. Al respecto, véase: TULLY (2007), p. 22; PENTASSUGLIA (2009), pp. 196-198. Para una crítica de la función judicial de los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, véase: ATRIA (2014), pp. 467-484.

cultural al relativismo cultural. Como punto intermedio y buscando superar esas lógicas de entendimiento del fenómeno multicultural, Dieter Grimm plantea una solución contextual al problema, que busca la integración cultural y se encuentra cercana a los planteamientos del liberalismo multicultural.²³⁶

Para Dieter Grimm, con quien concuerdo, la óptica multicultural hay que integrarla a los criterios de ponderación²³⁷, que conduce siempre a respuestas orientadas al caso concreto y que al procesar los problemas individualmente, permite aminorar el material conflictivo y aumenta la posibilidad de encontrar soluciones susceptibles de ser aceptadas por mayores sectores de la sociedad.²³⁸

En el sentido de la interpretación contextual, una medida procesal que se ha ensayado y que puede tener importantes consecuencias prácticas, es la inversión de la carga de la prueba, cuando un grupo o individuo miembro de un grupo desaventajado solicita protección de sus derechos fundamentales, por sentirse agraviado por algún acto de autoridad pública o de algún privado, sean estos últimos los que tengan la carga de la prueba. Así, la inversión de la carga de la prueba permitiría evaluar de mejor forma las razones para la actuación pública y someterla a una evaluación más severa. Este tipo de razonamiento, como veremos en los capítulos siguientes del presente trabajo, es más común en la interpretación y ponderación que realiza la Corte IDH, a diferencia del TEDH que es más reacio a invertir la carga de la prueba a favor de los peticionarios y de hecho presenta mayor deferencia, a través de la doctrina del margen de apreciación, a la actividad de los organismos públicos nacionales.²³⁹

²³⁶ Si bien se está refiriendo a la integración de los inmigrantes, *mutatis mutandis*, su idea es utilizable para los propósitos del presente trabajo. *Ibid.*, pp. 60-61.

²³⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 60-68.

²³⁸ En un sentido similar y abogando por una interpretación contextualizada, véase: ÁLVAREZ (2014a), pp. 179-212. Asimismo, Will Kymlicka señala que: “Some critics accept that the justice of multicultural demands must be evaluated on case-by-case basis, and so focus on the potential injustices of particular multicultural proposals in particular contexts, rather than making global claims about the inherent injustice of group-specific policies. These sorts of context-specific arguments are, I think, essential, and reflect real progress in the debate. At the level of particular cases, the debate focuses, not on whether multiculturalism is right or wrong in principle, but rather on a range of more practical issues about the distribution of the benefits and burdens of specific policies”. Cfr. KYMLICKA (1999), p. 114.

²³⁹ La jurisprudencia del TEDH ha mostrado una tendencia a invocar la doctrina del margen de apreciación para tener una mayor deferencia con la actividad estatal. Para un ejemplo de ello, véase: GAJARDO FALCÓN (2015b), pp. 769-783. Sin embargo, hay algunos ejemplos de un incipiente uso de la interpretación contextual por parte del TEDH, al

De forma más concreta, en un trabajo reciente, María José Añón plantea criterios interpretativos complementarios, ya que para ella el derecho antidiscriminatorio no ha sido suficiente para lograr superar la “discriminación estructural” en la que se encuentran ciertos individuos y grupos culturales²⁴⁰. El enfoque de la discriminación estructural como criterio interpretativo sitúa el origen del estado de privación en el que se encuentran la mayoría de grupos marginados en los procesos sociales y en las prácticas culturales que definen su estatus, condicionando sus opciones vitales. Así, plantea que “la desigualdad estructural es algo distinto de la idea de desventajas transitorias y fortuitas que podrían ser el producto de la mala suerte o derivar de decisiones individuales desacertadas. En este sentido, el enfoque desde la discriminación estructural puede ser entendido como un criterio interpretativo de apoyo de la discriminación indirecta, porque para comprender el sentido o para valorar, en este caso, el consentimiento de los padres encontramos razones de mayor peso o más justificadas si el argumento que aporta la discriminación indirecta se auxilia de otras razones de apoyo que se encuentran en el concepto de discriminación estructural”.²⁴¹

En ese sentido, el enfoque desde la discriminación estructural puede ser entendido como un estándar interpretativo adicional a la discriminación indirecta, debido a que además de las razones que nos da la discriminación indirecta le sumamos o le incorporamos otras razones de apoyo (más generales y de mayor peso) que se encuentran en el concepto de discriminación estructural²⁴². Los criterios interpretativos complementarios son los siguientes: la perspectiva de la discriminación estructural y el enfoque de la interseccionalidad²⁴³. Para la autora, el concepto de discriminación

respecto, véase: GAJARDO FALCÓN (2014e), pp. 273-286. Asimismo, el TEDH ha invertido la carga de la prueba en casos de “discriminación múltiple”, por ejemplo en la sentencia del caso “B.S.C. con España” conocido como “Solomon con España”. Al respecto véase: STEDH (2012). B.S.C con España. Para un análisis de la sentencia, véase: ABRIL (2013), pp. 309-326.

²⁴⁰ Para una crítica a los presupuestos formales del derecho antidiscriminatorio, véase: BARRÈRE y MORONDO (2011), pp. 15-42.

²⁴¹ Cfr. AÑÓN (2013), p. 147.

²⁴² Cfr. AÑÓN (2013), p. 147.

²⁴³ Para María Caterina La Barbera, el enfoque de la interseccionalidad se refiere a los procesos complejos que se derivan de la interacción de factores sociales, económicos, políticos, culturales y simbólicos de cada contexto. La interseccionalidad es fundamental para examinar las diferentes dimensiones de la vida social que resultan distorsionadas cuando se adopta solo un eje de análisis o se le miran desde una sola perspectiva. Cfr. LA BARBERA (2011), p. 2191. En ese sentido, la discriminación interseccional se daría cuando: “(...) dos o varios campos de discriminación se dan simultáneamente e interactúan potenciándose los efectos. Este efecto no se puede ver haciendo un análisis separado de cada uno de los campos, sino que debe verse en su contexto dado que la discriminación observada solo puede ser apreciada en su totalidad”. Cfr. ABRIL (2013), p. 321.

estructural es una propuesta doctrinal dirigida a redefinir el concepto jurídico tradicional de discriminación y a dar cabida en su seno a la noción de opresión intergrupal en términos sistémicos²⁴⁴. Así, señala que:

“Con esta expresión podemos hacer referencia a aquellas situaciones de desigualdad social, de subordinación o de dominación, en las que no es posible individualizar una conducta determinada o identificar un trato al que se imputa la prohibición jurídica de discriminación, siendo, por tanto, situaciones que quedan fuera del concepto jurídico de discriminación. Es un tipo de desigualdad basada en el estatus, el poder de definición de identidades y la toma de decisiones. Se trata de dinámicas sociales reiteradas que llevan a la persistencia de estructuras de subordinación y resultados sistemáticamente desventajosos para ciertos grupos, incluso en ausencia de motivos discriminatorios explícitos amparados por el derecho. En este caso, de modo similar al supuesto de discriminación indirecta, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos o pruebas estadísticas que demuestren este sesgo “invisible” en la toma de decisiones”.²⁴⁵

Asimismo, acertadamente y tomando en consideración lo anterior, la autora señala que: “(...) desconocer u ocultar los patrones de discriminación estructural puede llevar a presentar como una decisión libre, algo que, en realidad, no es sino una preferencia adaptativa o una decisión marcada por un estado de necesidad que invalida la presunción de consentir de manera libre e informada”.²⁴⁶

De lo anterior, como una práctica de desventaja masiva o estructural que puede reducir significativamente la autonomía relacional de las personas, pone como ejemplo el caso D.H. contra la República Checa, resuelto por el TEDH en el año 2007 y que trata sobre el consentimiento formal que daban los padres de hijos gitanos para que estos asistieran a escuelas donde sólo iban niños de etnia romaní²⁴⁷. En ese sentido, propone como criterio interpretativo la idea del umbral, donde el consentimiento de los padres es importante, pero sólo más allá de un umbral que marcaría

²⁴⁴ Cfr. AÑÓN (2013), p. 147.

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 148.

²⁴⁶ *Ídem.*

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 149. Para un análisis crítico de estas soluciones jurisprudenciales, véase: CARMONA (2014), pp. 587-612.

la línea por debajo de la cual se puede ocasionar un daño inasumible a los niños. Comentando esto, María José Añón señala que el problema es definir dónde se sitúa el umbral, aunque es algo que se debería establecer a través de una deliberación política amplia y sobre cada caso particular.²⁴⁸

El enfoque de la interseccionalidad debería entenderse de forma complementaria al anterior y tiene por objeto:

“(…) fortalecer los argumentos que sirven para identificar los patrones de discriminación de las normas que son consideradas como discriminatorias. Fundamentalmente porque es un punto de vista que permite dar cuenta de estructuras de discriminación en los sistemas de opresión o subordinación. La perspectiva que proporciona la discriminación entrecruzada o interseccional consiste precisamente en hacernos reflexionar sobre tres aspectos importantes: a) cuestionar los modos dominantes de pensar la discriminación, al considerar que los sistemas jurídicos sólo parcialmente reconocen las estructuras de discriminación; b) explicitar cómo los sistemas jurídicos esbozan sus propias normas antidiscriminatorias a través de tipos y paradigmas de trato desigual que se muestran incapaces de identificar correctamente las categorías específicas de quienes son discriminados; c) determinar la desventaja como forma de identificación de categorías o clases de sujetos”.²⁴⁹

Así, en relación con los criterios y enfoques mencionados, considero relevante señalar lo siguiente: en primer lugar, ambos criterios de interpretación se entienden mejor, en relación con las diferencias culturales o grupos étnicos o nacionales, si se aceptan los presupuestos teóricos del liberalismo cultural o del interculturalismo y, además, requerirían la aceptación o el reconocimiento de cierto tipo de derechos de grupo. A mi juicio, ello es complejo, ya que uno de los aspectos más discutidos en el plano multicultural son los derechos colectivos o de grupo. En ese sentido, la idea de interpretación contextualizada me parece más fácil de ser compartida por

²⁴⁸ Cfr. AÑÓN (2013), p. 150.

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 151.

un espectro más grande, ya que puede funcionar sin que exista una total necesidad de aceptar teóricamente los derechos de grupo.

En segundo lugar, la principal limitación de las propuestas revisadas, tiene que ver con lo general de las mismas y la dificultad que pueden tener para una aplicación efectiva y uniforme. En ese sentido, la idea de la interpretación contextualizada necesita de una mayor refinación de sus características y aspectos, ya que en términos tan generales puede correr el riesgo, que pese a ser un concepto necesario, se diluya en una utilización dispar de la misma. En ese sentido, un primer paso puede ser la utilización de la inversión de la carga de la prueba cuando quien solicita protección de sus derechos fundamentales sea un grupo que claramente pueda ser identificado como desaventajado en términos culturales o un miembro de dicho grupo en sus relaciones externas. En las relaciones internas de los grupos se debe tener mucho cuidado, teniendo presente la idea de Kymlicka sobre el límite del liberalismo cultural, en cuanto a protecciones externas versus restricciones internas.

Por su parte, los criterios complementarios que plantea Añón, si bien se encuentran más desarrollados doctrinariamente, aunque no lo señala expresamente, pareciera que utiliza la idea de grupo desaventajado de Iris Young²⁵⁰ la que ha sido criticada por ampliar desmesuradamente el concepto de grupo, pasible de aplicarse a muchas colectividades y, por ende, diluyendo la idea misma de grupo desaventajado. Aunque, una forma de salvar dicha crítica sea la reducción de su campo de aplicación (por ejemplo, a los grupos culturales), Añón no profundiza lo suficiente sobre los problemas de definición, alcance, permanencia y estabilidad de un grupo desaventajado, aspectos necesarios para aplicarles una deferencia interpretativa.

La interpretación contextualizada y los criterios complementarios que plantea Añón me parece que con su debido refinamiento, pueden ser muy útiles en la comprensión de grupos desaventajados que son bivalentes (en la terminología que ha utilizado Nancy Fraser²⁵¹), esto es, grupos que tienen una condición de desaventajados tanto en un plano económico como identitario. En América Latina, dicha característica la encontramos en los pueblos indígenas, donde la

²⁵⁰ Véase, YOUNG (2000).

²⁵¹ Véase, FRASER (2006).

combinación de ambos criterios puede dar paso a las necesidades de reconocimiento y redistribución que requiere este tipo de colectivos para gozar de un pleno ejercicio de la igualdad material.

Llevando las ideas señaladas a la práctica, la Corte Constitucional colombiana ha generado una serie de criterios para interpretar la Constitución y, al mismo tiempo, ser deferente con la autonomía y los derechos de los pueblos indígenas de dicho país, en especial al resolver casos que tienen relación con los límites de competencia de las jurisdicciones indígenas²⁵². En ese sentido, para la Corte Constitucional, estos casos deben ser resueltos a través de la ponderación de los principios en colisión y siendo deferentes con la autonomía de las comunidades indígenas²⁵³. Sin embargo, para la Corte Constitucional la autonomía de las comunidades indígenas reconoce límites, aunque la carga de la prueba la tiene el que quiera restringir la autonomía de las comunidades, debiendo demostrar que: 1) busca la protección de un interés de mayor entidad que la diversidad cultural y étnica; 2) que se está escogiendo la alternativa que menos impacta en la autonomía de las comunidades indígenas.²⁵⁴

Asimismo, para la Corte Constitucional colombiana los conflictos entre la jurisdicción indígena y la justicia nacional deben resolverse bajo los siguientes parámetros: 1) análisis caso a caso teniendo especial consideración por el contexto del mismo; 2) la autonomía de las comunidades y la conservación de sus usos y costumbres tienen una relación directamente proporcional; 3) los derechos fundamentales son el límite en las relaciones al interior de las comunidades; 4) las normas imperativas, por regla general, priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas; 5) las normas dispositivas, por regla general, ceden ante los usos y costumbres de las comunidades indígenas.²⁵⁵

Además, la Corte Constitucional colombiana establece reglas para realizar la labor de adjudicación y resolver los casos en que están en juego los derechos fundamentales de los

²⁵² Véase, ROA (2014), pp. 101-121. Estos criterios los ha ido construyendo la Corte Constitucional colombiana en los siguientes fallos: 1) T-254 de 1994; 2) T-349 de 1996; 3) C-139 de 1996; 4) T-523 de 1997; 5) T-510 de 1998; 6) T-1127 de 2001; 7) T-048 de 2002; 8) T-001 de 2012.

²⁵³ Cfr. ROA (2014), p. 110.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 110-111.

²⁵⁵ *Ídem.*

miembros de las comunidades indígenas. Así, en primer lugar construye una serie de criterios para analizar el contexto del caso, esto es: 1) determinar la cultura que se encuentra involucrada; 2) el grado de aislamiento o integración de la cultura en cuestión con la sociedad mayoritaria; 3) el grado de afectación de los derechos individuales de los miembros de la comunidad indígena²⁵⁶. Luego, como segundo paso, determina un conjunto de derechos fundamentales que operan como límite concreto a la autonomía indígena: 1) el derecho a la vida; 2) la prohibición de la esclavitud; 3) la prohibición de la tortura; 4) la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa; 5) la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas; 6) la proscripción del destierro, la prisión perpetua, la confiscación y la responsabilidad objetiva; 7) la interdicción de la arbitrariedad.²⁵⁷

Como se puede apreciar, la Corte Constitucional colombiana nos entrega una guía para incorporar el contexto en los casos de tipo multicultural y reglas para ser deferentes con la cultura y la autonomía de los grupos étnicos y culturales. Asimismo, incluye la inversión de la carga de la prueba, llevándola a quien busca limitar la autonomía de las comunidades indígenas. Finalmente, la Corte Constitucional colombiana establece una serie de derechos fundamentales que operarían como límite absoluto a las prácticas culturales, dejando un amplio campo de derechos fundamentales en los que cabría un entendimiento diferente y, por ende, un culturalización de los mismos.

De forma similar, la Corte IDH ha utilizado la idea del estereotipo²⁵⁸, desde la sentencia en el caso conocido como Campo Algodonero con México del año 2009²⁵⁹, para resolver casos que envuelven una discriminación estructural en contra de las mujeres²⁶⁰. La forma de razonamiento utilizada por la Corte IDH para establecer la existencia de un estereotipo y luego evaluar si la práctica estatal se vio influenciada por este, es una forma de decantar y aplicar concretamente los presupuestos de la discriminación estructural. Para esto la Corte IDH, en primer lugar, en el caso

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 111.

²⁵⁷ *Ídem.*

²⁵⁸ Para Rebecca Cook y Simone Cusak un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción sobre atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir, por ejemplo en el caso de las mujeres, lesbianas o adolescentes. Al respecto, véase: COOK y CUSACK (2010), p. 11.

²⁵⁹ Al respecto, véase: SCRIDH (2009). Caso González y Otras con México.

²⁶⁰ Sobre la sentencia de la Corte IDH en el caso conocido como Campo Algodonero con México, véase los trabajos de SORDO (2012 y 2014).

Campo Algodonero evidenció la existencia de un estereotipo en contra de las mujeres en el Estado de Chihuahua (México) y, en segundo lugar, comprobó que los agentes estatales no sólo actuaron conforme a él sino que son parte importante en la consolidación del mismo. Si bien, la Corte IDH ha utilizado esta herramienta para llevar a la práctica la idea de discriminación estructural, principalmente, en casos relacionados a los derechos de mujeres, es un buen ejemplo de cómo se podría utilizar para casos de tipo multicultural.

Con el presente análisis he tratado de poner el fenómeno multicultural en la perspectiva de la interpretación de los derechos humanos. Considero que dicho hecho debe ser abordado por todo el sistema jurídico si pretendemos tomarnos en serio la protección de los derechos humanos en contextos multiculturales. Ahora bien, a diferencia de otros ámbitos del derecho, en esta materia las reflexiones son incipientes y muy generales. Asimismo, enfoques como el de Grimm, pueden ser útiles, más aún tomando en consideración que dada su generalidad, ello permite que se incorpore la óptima multicultural dentro de la interpretación constitucional, ampliando el abanico de argumentos y permitiendo la realización del test de ponderación de forma que sea sensible a los desafíos de la diversidad cultural. Los criterios complementarios de Añón, pueden ser de enorme utilidad en el caso de comunidades bivalentes, sin embargo para que sus presupuestos sean compatibles con el objeto del presente trabajo, resulta necesario restringir su campo de aplicación a un multiculturalismo *stricto sensu*.²⁶¹

Por su parte, los criterios elaborados por la Corte Constitucional colombiana aterrizan de buena forma las ideas doctrinarias expuestas y lo hacen bajo un enfoque que podríamos calificar de liberal multicultural. Así, la Corte Constitucional colombiana utiliza la interpretación contextualizada, la deferencia a la autonomía de los grupos étnicos y culturales, la inversión de la carga de la prueba a favor de los grupos desaventajados o de sus miembros y los criterios complementarios de interpretación para mejorar la situación de los individuos y sus grupos frente a la cultura dominante, teniendo especial cuidado para que no sean utilizados por los grupos para amenazar o violar los derechos humanos de sus miembros. De igual forma, la incorporación de argumentaciones jurisprudenciales que incluyan la idea de estereotipos con el modelo de

²⁶¹ Esto es, las fuentes del multiculturalismo que he señalado en la introducción.

razonamiento que ha utilizado la Corte IDH para identificar este tipo de discriminaciones estructurales en contra de las mujeres, puede ser un camino a seguir para los casos multiculturales.

1.4. EL MULTICULTURALISMO EN AMÉRICA LATINA

Considerando las fuentes del multiculturalismo que establece Kymlicka y que utilizo como referencia para el presente trabajo, en América Latina podemos encontrar dos fuentes del multiculturalismo: la presencia de pueblos indígenas en todos los países que la conforman²⁶² y el fenómeno migratorio que se da de forma más aislada, concentrándose en algunos países de latinoamérica.²⁶³

En relación con los pueblos indígenas, se estima una población cercana a los 45 millones de personas (2010) en la región, siendo México (17 millones) y Perú (7 millones) los países con mayor población indígena y Costa Rica (100 mil), Paraguay (100 mil) y Uruguay (80 mil) los que tienen menor cantidad de personas que se autoidentifican como indígenas²⁶⁴. Se calcula que en la población indígena de los países de la región existen (aproximadamente) 826 pueblos indígenas,

²⁶² Tal como señala la CEPAL desde la segunda mitad del siglo XX se está viviendo un nuevo proceso de colonización de la población indígena en América Latina, debido a la expansión de los Estados y la explotación de recursos naturales en el altiplano chileno, boliviano y peruano, en la amazonía y en territorios que han sido ocupados por los pueblos indígenas [CEPAL (2014), pp. 13-14]. A este fenómeno, José Bengoa le ha denominado la “emergencia indígena en latinoamérica”, para quien la demanda indígena es profunda y radical ya que no sólo implica derechos para su grupo, sino cuestiona los cimientos del Estado Nación en toda América Latina y el modelo de desarrollo económico ligado a la explotación de recursos naturales. Cfr. BENGUA (2007).

²⁶³ Sobre el fenómeno migratorio en el continente americano, véase: CIDH (2015). *Informe temático*.

²⁶⁴ La información proviene de la CEPAL que a través de los censos de cada país puede obtener las estadísticas precisadas. Sin embargo, en su informe hace la prevención que en el caso de tres países de América Latina (Cuba, Haití y República Dominicana) sus censos no contemplan la “autoidentificación” por lo que sus cifras deben considerarse con este alcance. La población total de indígenas, según la CEPAL, de los países de América Latina es la siguiente: 1) Argentina, tiene un 2,4% de población indígena, lo que equivale a 955.032 personas; 2) Brasil, tiene un 0,5% de población indígena, lo que equivale a 896.917 personas; 3) Chile, tiene un 11% de población indígena, lo que equivale a 1.805.243 personas; 4) Costa Rica, tiene un 2,4% de población indígena, lo que equivale a 104.143 personas; 5) Ecuador, tiene un 7% de población indígena, lo que equivale a 1.018.176 personas; 6) México, tiene un 15,1% de población indígena, lo que equivale a 16.933.283 personas; 7) Panamá, tiene un 12,3% de población indígena, lo que equivale a 417.559 personas; 8) Paraguay, tiene un 1,8% de población indígena, lo que equivale a 112.848 personas; 9) Uruguay, tiene un 2,4% de población indígena, lo que equivale a 76.452 personas; 10) Venezuela, tiene un 2,7% de población indígena, lo que equivale a 724.592 personas; 11) Bolivia, tiene un 62,2% de población indígena, lo que equivale a 6.216.026 personas; 12) Colombia, tiene un 3,4% de población indígena, lo que equivale a 1.559.852 personas; 13) El Salvador, tiene un 0,2% de población indígena, lo que equivale a 14.408 personas; 14) Guatemala, tiene un 41% de población indígena, lo que equivale a 5.881.009 personas; 15) Honduras, tiene un 7% de población indígena, lo que equivale a 536.541 personas; 16) Nicaragua, tiene un 8,9% de población indígena, lo que equivale a 518.104 personas; 17) Perú, tiene un 24% de población indígena, lo que equivale a 7.021.271 personas. Cfr. CEPAL (2014), p. 43.

con un panorama altamente heterogéneo, siendo Brasil el país con mayor diversidad con 305 pueblos indígenas, seguido por Colombia con 102, el Perú con 85 y México con 78. Por su parte, Costa Rica, Chile y Panamá, con 9 pueblos indígenas cada uno, El Salvador con 3 y el Uruguay con 2, son los países con menor diversidad de la región²⁶⁵. Además, se estima que existen 200 pueblos indígenas en aislamiento voluntario (aproximadamente) ubicados en los países de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela, “(...) que debido a la presión sobre los recursos naturales en sus territorios o zonas cercanas se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad”²⁶⁶.

Por su parte, la otra fuente de multiculturalidad presente en las Américas dice relación con la población migrante que habita en los diferentes países de la región. Se calcula que en el continente americano hay un total de 63 millones de personas migrantes, cifra que representa un 26% del total de migrantes del mundo (244 millones de personas migrantes), de las cuales 54 millones se encuentran en Norteamérica, siendo los Estados Unidos su principal destino (47 millones), mientras que en América Latina y el Caribe viven aproximadamente 9 millones de migrantes.²⁶⁷

Para la CIDH la migración en el continente americano tiene múltiples causas, dentro de las cuales se pueden destacar las siguientes: 1) Las consecuencias del crimen organizado; 2) Las desigualdades sociales, económicas y demográficas al interior de los países de la región; 3) Los mega proyectos de explotación de recursos naturales; 4) El impacto del cambio climático y los desastres naturales. Es transversal a las causas señaladas que las personas migrantes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y pobreza, sin que los respectivos Estados puedan garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales, lo que las obliga a buscar una mejor vida fuera de su país de origen.²⁶⁸

²⁶⁵ Cfr. *Ibíd.*, p. 44.

²⁶⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 45. Para un panorama general de la situación de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y de las recomendaciones que ha realizado la CIDH a los Estados de la OEA al respecto, véase: CIDH (2013).

²⁶⁷ Cfr. CIDH (2015). *Informe temático*, p. 19.

²⁶⁸ Cfr. *Ibíd.*, p. 18.

Considerando que tanto la normativa²⁶⁹ como las causas del fenómeno migratorio son –en general- compartidas en los dos continentes que son objeto de la presente investigación, me detendré con mayor profundidad en el análisis de las particularidades normativas que ha tenido en América Latina la presencia de pueblos indígenas y revisaré, en particular, la constitucionalización de sus derechos.

1.4.1. Los derechos de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas son considerados como una comunidad histórica, con estructura interna (relativa institucionalización), que ocupa o ha ocupado un territorio, que comparte un idioma o lengua y una cultura diferenciada. Ello hace que estos grupos puedan ser considerados “naciones”, en un sentido sociológico. Desde el punto de vista de la teoría del Estado, ello implica la coexistencia dentro del territorio de un Estado de más de una nación, transformándolos en Estados multinacionales o plurinacionales²⁷⁰. Pese a las diferencias²⁷¹ entre las minorías nacionales y los pueblos indígenas, ambas buscan derechos que les permitan reflejar y proteger su estatus como comunidades culturales distintas, intentando mantener una supervivencia cultural ante la sociedad culturalmente dominante.

La definición de “pueblo indígena” ha sido objeto de una larga discusión, tanto en la doctrina como en los organismos internacionales de protección de los derechos humanos²⁷². En ese sentido, podríamos señalar que un pueblo indígena es considerado como una comunidad histórica, con estructura interna, que ocupa o ha ocupado un territorio, que comparte un idioma o lengua y tiene una cultura diferenciada (generalmente) al resto de la sociedad que conforma el país. Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que no existe una definición precisa de “pueblos

²⁶⁹ Las fuentes normativas para abordar el fenómeno migratorio al interior del SDPH son: 1) La DADH; 2) La CADH; 3) La CTMF; 4) La CIER; 5) La CIEA. Asimismo, son relevantes el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Al respecto, véase: CIDH (2015), pp. 39-66.

²⁷⁰ Véase la introducción del presente trabajo.

²⁷¹ Se ha planteado la idea de que los Pueblos Indígenas en éste punto no deberían ser tratados iguales que las minorías nacionales, debiendo ser considerados una categoría distinta prevista de derechos especiales, según James Anaya, esta es la tendencia general en el Derecho Internacional, véase: ANAYA (2005), pp. 175-240.

²⁷² Al respecto, véase AGUILAR (2007), pp. 307-356.

indígenas” en el derecho internacional y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada correría el riesgo de ser demasiado restrictiva²⁷³.

El derecho internacional proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena”²⁷⁴. En ese sentido, el Convenio N° 169 de la OIT ha preceptuado una serie de criterios relevantes para definir tanto a los pueblos indígenas como a un pueblo tribal. El artículo 1.1. (b) del Convenio precitado, dispone que dicho tratado se aplicará: “(...) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”²⁷⁵.

En conformidad al artículo 1.2. del Convenio N° 169 de la OIT, para saber si estamos en presencia de un pueblo indígena hay que utilizar como cláusula de cierre la auto identificación, es decir, la conciencia que tenga el sujeto o el colectivo de su identidad indígena o tribal. Por su parte, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas, señala que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” y “pueblo indígena” son: 1) Tiempo prolongado de uso de un territorio específico, en razón a su ocupación; 2) Mantenimiento voluntario de una especificidad cultural, que puede incluir el idioma o lengua, organización social, modos de producción, religión, formas o instituciones jurídicas, representación de valores; 3) Auto identificación, así como reconocimiento de parte de otros grupos o autoridades estatales, como comunidades diferenciadas; 4) Algún tipo de experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea por condiciones que persistan o no. Para el grupo

²⁷³ Al respecto, véase: TORRECUADRADA (2001), pp. 46-49.

²⁷⁴ Al respecto, véase: CIDH (2010), Informe Temático.

²⁷⁵ Al respecto, véase: NÚÑEZ (2010), pp. 411-413.

de trabajo, estos factores pueden estar presentes en mayor o menor medida, permitiendo una definición comprensiva o inclusiva de “indígena” o “pueblo indígena”.²⁷⁶

En conformidad a los artículos 1.1.(a) del Convenio N° 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales, la Corte IDH ha entendido que un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita], pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”.²⁷⁷

La diferencia entre pueblo indígena y tribal, no tiene implicancias desde un punto de vista jurídico, ya que ambos son titulares de los mismos derechos. Para la CIDH, el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales.²⁷⁸

En la generalidad de los casos, sus demandas se centran en el autogobierno, derechos respecto de su idioma o lengua, uso de su territorio ancestral y explotación de sus recursos naturales, reconocimiento a sus usos y costumbres, establecimiento de sistemas judiciales paralelos (pluralismo jurídico), derechos especiales de representación, sistemas de escolarización especiales y derechos especiales al grupo como tal. Así, en el plano de las políticas específicas (en el lenguaje de Will Kymlicka al respecto), en este caso, estaríamos hablando de: 1) Derechos de autogobierno; 2) Derechos especiales de representación; y 3) Derechos poliétnicos.

Por derechos de autogobierno, en el sentido más amplio y radical, se ha planteado la posibilidad de que una minoría nacional pueda ejercer la secesión del Estado al que pertenece. En un sentido más restringido, por autogobierno se ha entendido la autodeterminación de los pueblos. Según la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 1.2 se reconoce el derecho a la libre determinación de

²⁷⁶ Al respecto, véase: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, NACIONES UNIDAS (1996). *Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “indigenous people”*. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.

²⁷⁷ Véase: SCrIDH (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay.

²⁷⁸ Al respecto, véase: CIDH (2010), Informe Temático.

los pueblos, el que se ha circunscrito en su versión de independencia nacional al que tienen las colonias de ultramar (conocida como “tesis de agua salada”)²⁷⁹. Para James Anaya, el objeto de la autodeterminación en el caso de los pueblos indígenas, es aquel que permite garantizar justos términos de interacción con la sociedad nacional cultural dominante y que ellos puedan asumir las condiciones de la “integración” cultural. Es lo que se denomina la perspectiva interna del derecho a la libre determinación, “teniendo ésta como objetivo último la realización de la democracia”.²⁸⁰

Así, el autogobierno en el sentido restringido del término, tanto para las minorías nacionales, como para los pueblos indígenas, reivindica competencias de autogobierno, a las que no renuncian por el hecho de encontrarse dentro de un Estado con una cultura nacional distinta a la suya. En cuanto a los derechos especiales de representación, lo que se busca es que el proceso político sea representativo, en el sentido de que consiga reflejar la diversidad de la población²⁸¹. Para ello, el proceso legislativo, gubernamental y de administración de justicia, deben incluir representantes de las minorías nacionales y pueblos indígenas, reservando espacios en las instituciones para representantes de dichos grupos. Aquí me remito a lo ya señalado en el punto 1.3.3 del presente capítulo.

Finalmente, en lo que se refiere a los derechos poliétnicos, en general ellos serán muy similares a los que se establezcan para los inmigrantes, especialmente aquellos relacionados con la educación. Estos derechos buscan que en el proceso administrativo y educativo se encuentre presente la idea que el Estado está compuesto también por pueblos indígenas y que dicha presencia es un aspecto positivo. Por ejemplo, las administraciones públicas debieran contemplar la posibilidad de que cualquier trámite se pudiera realizar en todas las lenguas e idiomas que conforman al Estado y que, por ende, sus ciudadanos pueden solicitar que se les reconozca su lengua o idioma para acudir a los servicios que presta el Estado. Por ejemplo: un médico que atiende en el servicio público en comunidades rurales del sur de Chile, ubicadas en la novena región, debiera saber comunicarse con sus pacientes en “mapudungun”.

²⁷⁹ Cfr. SÁENZ DE SANTA MARÍA (2011), pp. 429-439.

²⁸⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 442.

²⁸¹ Cfr. KYMLICKA (1995), p. 53.

Tal como señala Bengoa, “la educación ha sido el instrumento principal para el cambio cultural.” Se cuestiona a la “educación como instrumento de colonización y aboga por una educación intercultural y bilingüe que permita no solo el conocimiento de la cultura occidental sino también la reproducción de su propia cultura”.²⁸²

¿Qué es una educación intercultural bilingüe? José Bengoa, nos entrega un concepto de ella: “Se entiende por educación intercultural bilingüe, el proceso escolar que asume la interculturalidad de los niños indígenas o de la minoría nacional o grupo minoritario, ubicado en una sociedad mayor y tiene por objeto educativo que ellos se desempeñen adecuadamente tanto en su sociedad local como en la sociedad nacional de la que son parte”²⁸³. Como parte del proceso educativo del conjunto de la sociedad, las políticas poliétnicas y que buscan la interculturalidad, debieran abordar la integración de normas para que los medios de comunicación formen parte de este proceso²⁸⁴, sobre todo para los medios que son empresas públicas de comunicación.

En América Latina, la multiculturalidad está expresada (junto a la inmigración) por la presencia de pueblos indígenas que se han dispersado por todo el territorio de los países de la región. Debido a ello, junto con aplicar las políticas específicas (derechos de autogobierno, derechos especiales de representación y derechos poliétnicos), tiene más sentido la aplicación de políticas generales al respecto, ya sean las de reconocimiento, multiculturales o de interculturalidad²⁸⁵. Se debe tener en cuenta que dichas políticas generales en el caso de los pueblos indígenas han caminado en paralelo con el reconocimiento de derechos en el plano internacional y la constitucionalización de los mismos. Así, en el punto siguiente abordaré el panorama general del Derecho Internacional en cuanto a los pueblos indígenas y el fenómeno de la constitucionalización de sus derechos, exponiendo sus principales complejidades.

²⁸² Cfr. BENGEOA (2007), p. 305.

²⁸³ Cfr. BENGEOA (2007), p. 317.

²⁸⁴ Comparto la preocupación que señala José Bengoa sobre el papel de los medios de comunicación en la estigmatización de los grupos que representan la diversidad cultural, al respecto véase: BENGEOA (2007), p. 317.

²⁸⁵ Véase lo expresado sobre ellas en el punto 1.2.2. del presente capítulo.

1.4.2. Recepción normativa supranacional

Desde la creación de la ONU se decidió acomodar la diversidad cultural usando la estrategia de protección de los derechos humanos por la vía individual. La perspectiva liberal, logra su consagración máxima en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la que no se refiere a derechos específicos de sectores determinados de la sociedad, sino que sólo piensa en clave de derechos subjetivos y de carácter individual. La Declaración Universal de los Derechos Humanos no menciona a los Pueblos Indígenas (como a muchos otros sectores o grupos “minoritarios” de la sociedad), ocurriendo lo mismo en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Un primer cambio de enfoque se encuentra en la “Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial” del 21 de diciembre de 1965²⁸⁶. En dicha convención, los pueblos indígenas están subsumidos en el concepto genérico de “minorías étnicas”. No se opta por el reconocimiento expreso del tema indígena, pero si aparece el asunto en la discusión del instrumento como tal.

Luego, en el desarrollo del derecho internacional sobre derechos indígenas o de sus pueblos, tiene como primer instrumento normativo el Convenio N° 169²⁸⁷, sobre Pueblos Indígenas y

²⁸⁶ La Convención se hizo pensando en el contexto internacional de discriminación a las personas de raza negra y principalmente al “apartheid” de África del Sur. Por el Estado Plurinacional de Bolivia, fue firmada el 7 de junio de 1966 y ratificada el 22 de septiembre de 1970 y fue suscrita por el Estado chileno el 3 de octubre de 1966 y ratificada el 20 de octubre de 1971. Sin embargo al momento de su ratificación hizo reserva sobre el artículo 14, siendo ratificado plenamente recién el año 1994. El artículo 14.1 de la convención señala que: “Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención. El Comité no recibirá ninguna comunicación referente a un Estado parte que no hubiere hecho tal declaración”. Es decir, se reconoce la competencia del Comité creado en conformidad al artículo 8 de la Convención, el que puede hacer recomendaciones a los Estados, según denuncias presentadas por personas o grupos de personas según los términos del Convenio.

²⁸⁷ Éste Convenio tiene como antecedente el Convenio N° 107 de la OIT, de 1957, sobre poblaciones indígenas y tribuales en países independientes.

Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989²⁸⁸. Éste es el primer instrumento internacional que se refiere a los “Pueblos Indígenas”²⁸⁹ como tal.

El Convenio N° 169 de la OIT, “separó radical y definitivamente el tema indígena de la cuestión de las minorías, en la medida que los indígenas aparecen con derechos colectivos reconocidos en forma explícita, cuestión que no ocurre de la misma manera con las minorías”²⁹⁰. Este es, a mi juicio, el principal aspecto del Convenio N° 169 de la OIT²⁹¹. Los principales aspectos teóricos de los derechos colectivos o de grupos se analizaron en el punto 1.3.2 del presente capítulo, por lo que me remito a lo ya señalado ahí.

Junto a lo anterior, el Convenio N° 169 de la OIT propone conceptos básicos relativos al respeto, al reconocimiento y a la participación de dichos pueblos en las decisiones estatales que les afecten. El respeto a la cultura, idiomas, la religión, la organización social y económica, y a la identidad propia, constituye la premisa de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales. El respeto como punto central se encuentra tratado a lo largo del Convenio, pero con una especial mención en el artículo 5 del mismo²⁹². Respeto y participación, son las premisas centrales del Convenio y constituyen la base sobre la cual deben interpretarse las disposiciones del mismo.

²⁸⁸ Convenio ratificado el 11 de diciembre de 1991 por el Estado Plurinacional de Bolivia, y el 15 de septiembre de 2008, por el Estado de Chile, mediante el Decreto N° 236, publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 2008.

²⁸⁹ Según Bengoa: “El Convenio 169 incurrió en una contradicción teórica y política, que fue reconocida solamente por unos pocos miembros observadores durante el período de discusión. Por una parte reconoció el carácter de “pueblos” de los colectivos indígenas, y por otra parte les cercenó su derecho a la libre determinación mediante un inciso agregado al artículo primero que dice: “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse al dicho término en el derecho internacional”. Cfr. BENGOA (2007), p. 272.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 273.

²⁹¹ Un análisis del Convenio N° 169 y su importancia en el marco del reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas y en especial del de autodeterminación en: AGUILAR (2007), pp. 58-66; ANAYA (2005), pp. 96-102. Sobre una revisión exhaustiva del Convenio en cuanto a sus alcances jurídicos y la importancia del mismo para los pueblos indígenas, ver: GOMÉZ (2006), pp. 133-152. Sobre el Convenio N° 169, y sus implicancias en el sistema normativo desde una óptica liberal clásica, ver: MONTT Y MATTA (2011), pp. 133-212.

²⁹² El artículo 5 del Convenio N° 169 de la OIT, señala que: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”.

En cuanto a los derechos especiales de representación, que en este caso, son una variante de participación, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce el mecanismo de la consulta y participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan. Estos derechos se encuentran especialmente reconocidos en los artículos 2²⁹³ y 6²⁹⁴. En la sentencia del caso del pueblo “Kichwa de Sarayaku con Ecuador” la Corte IDH concluyó que la obligación de consulta a los pueblos indígenas por parte de los Estados, junto con constituir una norma convencional es un principio general del derecho internacional público, que contiene los siguientes criterios que para el consentimiento libre, previo e informado por parte de los pueblos indígenas: 1) El Estado tiene el deber de consultar activamente y de manera informada; 2) La consulta debe ser acorde a las costumbres y tradiciones de las comunidades afectadas; 3) Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y tener como fin llegar a un acuerdo; 4) La consulta se debe hacer en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad; 5) El Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos.²⁹⁵

En cuanto a derechos de autogobierno, el Convenio garantiza el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida

²⁹³ El artículo 2 del Convenio N° 169 de la OIT, señala que: “1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

²⁹⁴ El artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT, señala que: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

²⁹⁵ Cfr. SCrIDH (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, párrs. 145-147.

en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Para ello, es fundamental que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Todo esto, reconocido en varios artículos del Convenio N° 169 de la OIT, pero especialmente en el artículo 7.²⁹⁶

Tanto en la Parte I del Convenio N° 169 de la OIT, “Políticas Generales”, como en la Parte II, “tierras”, este reconoce la relación especial que tienen los indígenas con las tierras y territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera y, en particular, los aspectos colectivos de esa relación. Finalmente, en lo que respecta al Convenio, los Estados se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Asimismo, se comprometen a informar periódicamente a los órganos de control de la OIT sobre la aplicación en la práctica y en la legislación de las disposiciones del Convenio y a responder a las preguntas, observaciones o sugerencias de esos órganos de control.

Complementan las disposiciones del Convenio N° 169 de la OIT y forman parte del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas dos declaraciones internacional de vital importancia, esto es, la DNUPI de la ONU y la DADPI de la OEA. En ese sentido, el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas, emite la DNUPI, que en su preámbulo, señala: “*Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al

²⁹⁶ El artículo 7 del Convenio N° 169 de la OIT, señala que: “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”.²⁹⁷

En cuanto a la supuesta superioridad de los “pueblos”, la DNUPI señala que: “*Afirmando además* que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”²⁹⁸. La DNUPI, busca justificar políticas redistributivas, mediante la constatación de injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas, las cuales constata. Así, señala que: “*Preocupada* por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.²⁹⁹

La DNUPI, en los artículos 3³⁰⁰ y 4³⁰¹, reconoce expresamente el derecho a la libre determinación, asociado al autogobierno y la autonomía³⁰², para resolver sus asuntos internos, disponer de medios para ello y elegir libremente su desarrollo económico, social y cultural. En el mismo sentido, en el artículo 5, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política,

²⁹⁷ Al respecto, véase: NÚÑEZ (2010), p. 521.

²⁹⁸ Ídem.

²⁹⁹ Ídem.

³⁰⁰ El artículo 3 de la DNUPI, señala que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

³⁰¹ El artículo 4 de la DNUPI, señala que: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

³⁰² En el plano doctrinario, para Rodolfo Stavenhagen, la autonomía debe comprender al menos los siguientes cuatro puntos: la identidad de los sujetos de la autonomía; el ámbito y límites de la misma; las competencias que corresponderían a la entidad autónoma; y, el marco jurídico que normara las relaciones entre entidad autónoma y Estado. Cfr. STAVENHAGEN (2004), pp. 15-26.

económica, social y cultural del Estado”³⁰³. Como se puede apreciar, hay un reconocimiento explícito al autogobierno y al pluralismo jurídico.

Importante resultan los artículos 6³⁰⁴ y 9³⁰⁵, donde el concepto de “pueblo indígena” se asocia al de “nación indígena”. La DNUPI da cuenta de las discusiones teóricas que se venían siguiendo en el seno de los organismos internacionales y que decían relación con que no existían argumentos sólidos para considerar que los “pueblos indígenas” no constituían una “nación” propiamente tal.³⁰⁶

En los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17, se establece el derecho de los pueblos indígenas a lo que se ha denominado como “supervivencia cultural” y, por ende, al deber por parte del Estado de la misma. El artículo 13 en su punto primero señala el derecho a la práctica de la cultura y en el punto segundo, el deber del estado a asegurar dicho derecho, es decir el derecho a la “supervivencia cultural”³⁰⁷. En similares términos al del Convenio N° 169 de la OIT, la DNUPI reconoce derechos de autogobierno, de representación, de polietnicidad (especialmente de educación) y, en general, se vela por un trato intercultural y de reconocimiento con el Estado que alberga en su seno pueblos indígenas.

Por su parte, después de un largo proceso de negociaciones (17 años) la Asamblea General de la OEA, el año 2016, aprobó la DADPI. Esta declaración parte de la base de los derechos reconocidos tanto en el Convenio N° 169 como en la DNUPI³⁰⁸ y establece algunas

³⁰³ Cfr. DNUPI (2007), art. 5.

³⁰⁴ El artículo 6 de la DNUPI, señala que: “Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad”.

³⁰⁵ El artículo 9 de la DNUPI, señala que: “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”.

³⁰⁶ Ver dicha discusión en: BENGGA (2007), pp. 291-295; KYMLICKA (2003), pp. 167-183.

³⁰⁷ El artículo 13 de la DNUPI, señala que: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”.

³⁰⁸ Ello se puede interpretar tanto por la declaración que realiza la DADPI en su preámbulo al señalar que reconoce los derechos establecidos en el Convenio N° 169 de la OIT y en la DNUPI, como por lo preceptuado los artículos XXXV y XLI de la misma. En el artículo XXXV se señala que: “Nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna los derechos humanos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos”. En el artículo XLI se señala

particularidades de conformidad a las realidades de los pueblos indígenas de América. Asimismo, la DADPI refuerza la idea de que los pueblos indígenas tienen derechos colectivos –que ya había señalado de forma más tímida la DNUPI³⁰⁹– los que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos, que se expresan en el actuar colectivo de los pueblos indígenas, en sus sistemas e instituciones jurídicas, sociales, políticas, culturales y, principalmente, en la configuración de sus derechos territoriales y sobre sus recursos naturales.³¹⁰

Asimismo, la DADPI refuerza: la idea de autoidentificación como mecanismo de reconocimiento al interior de las comunidades y pueblos indígenas³¹¹; el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, debiendo los Estados reconocer plenamente la personalidad jurídica de estos y respetar las formas de organización y promover el pleno ejercicio de sus derechos³¹²; reconoce el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado u adquirido los pueblos indígenas como a su supervivencia

que: “Los derechos reconocidos en esta Declaración y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas”. Bartolomé Clavero no está de acuerdo con esta interpretación y en su visión la DADPI junto con ser contradictoria tiene un estándar más bajo que el de la DNUPI en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, véase: CLAVERO (2016), pp. 1–12.

³⁰⁹ La DNUPI se refiere en dos partes a los derechos colectivos. En primer lugar, en el preámbulo cuando reconoce que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos y en el artículo 40 que señala que los pueblos indígenas tienen derecho a “procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”. En segundo lugar, en el artículo VI de la Declaración.

³¹⁰ La consagración de los derechos colectivos se encuentra en el artículo VI de la DADPI, el que señala: “Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas”.

³¹¹ Al respecto, el artículo I.2 de la DADPI señala que: “La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena”.

³¹² Al respecto, el artículo III de la DADPI señala que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Asimismo, véase los artículos de la DADPI: XXI (derecho a la autonomía o al autogobierno), XXII (Derecho y jurisdicción indígena) y XXIII (Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas).

cultural³¹³; y, reconoce la igualdad de género al interior de las comunidades indígenas, extendiendo los derechos colectivos a todos sus miembros sin distinción de género entre ellos.³¹⁴

Dentro de este proceso evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, se debe tener presente la función que ha tenido la UNESCO, principalmente en cuanto a la protección de la cultura de los pueblos indígenas³¹⁵. Dicha labor tiene como hitos principales, la aprobación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003) y, posteriormente, la aprobación de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005). La última señala en su preámbulo que “la diversidad cultural, tal y como prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional”. Asimismo, tiene presente la importancia de la vitalidad de las culturas para todos, especialmente en el caso de las personas pertenecientes a minorías y de los pueblos autóctonos y reconoce “que la diversidad de expresiones culturales,

³¹³ Al respecto, el artículo XXV de la DADPI señala que: “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. 5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación”.

³¹⁴ Al respecto, el artículo VII de la DADPI señala que: “Igualdad de género. 1. Las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación. 2. Los Estados reconocen que la violencia contra las personas y los pueblos indígenas, particularmente las mujeres, impide o anula el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 3. Los Estados adoptarán las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas”.

³¹⁵ Véase: AGUILAR (2007), pp. 142-250. En ese plano, véase el aporte que realizó el Estado boliviano en el marco internacional, en: GUEVARA (2011), pp. 152-165.

comprendidas las expresiones culturales tradicionales, es un factor importante que permite a los pueblos y las personas expresar y compartir con otros sus ideales y valores”.³¹⁶

Como se ha podido apreciar, el derecho internacional para los pueblos indígenas, se ha desarrollado ampliamente, tomando decisiones expresas y concretas por reconocer estatus a ellos, establecer y ampliar sus derechos de autogobierno, entender e interpretar el concepto de autodeterminación³¹⁷, preceptuar derechos de participación y de representación, establecer derechos colectivos, y en sus versiones más avanzadas (DNUPI de la 2007 y la DADPI de 2016), incluso establecer el derecho de “supervivencia cultural” de los pueblos indígenas.

Todo el panorama internacional de protección de los derechos indígenas, en el caso americano, se ha puesto en práctica a través de la jurisprudencia de la Corte IDH³¹⁸ y la función que ha desarrollado la CIDH³¹⁹. Así la Corte IDH ha ayudado a la protección de los derechos indígenas, resolviendo múltiples casos al respecto, aplicando sus derechos en forma directa e indirecta. Dentro de los temas que la Corte IDH ha abordado se encuentran: 1) Derechos a la tierra y propiedad indígena; 2) Derechos culturales; 3) Recursos efectivos; 4) Participación política. Este punto será revisado en detalle en el capítulo tercero del presente trabajo.

1.4.3. Constitucionalización del multiculturalismo

En América Latina, en las últimas dos décadas, el debate en torno al multiculturalismo ha tenido como punto central si debe incluirse o no en la constitución un reconocimiento particular a los pueblos indígenas como tales³²⁰. Es crucial en este fenómeno la presión ejercida por los

³¹⁶ Cfr. Preámbulo de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005), UNESCO.

³¹⁷ Al determinar el alcance práctico de “autodeterminación”, James Anaya, señala que esta se encuentra compuesta por cinco normas subordinadas y no concretas: no discriminación; integridad cultural; control sobre el territorio y los recursos; bienestar social y desarrollo; y autogobierno. Véase: ANAYA (2005), pp. 175-241.

³¹⁸ Véase: NASH (2004), pp. 29-43.

³¹⁹ Sobre la función de los organismos americanos de protección de los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas, véase: RODRÍGUEZ-PIÑEIRO (2006), pp. 153-206.

³²⁰ La constitucionalización de los derechos indígenas, según Yrigoyen, ha tenido tres etapas: 1) El constitucionalismo multicultural (1982-1988); 2) El constitucionalismo pluricultural (1989-2005); El constitucionalismo plurinacional (2006-2009). Al respecto véase: YRIGOYEN (2011), p. 140.

movimientos indígenas, que tuvo su expresión más visible y fuerte en el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en Chiapas, México, el año 1994.

El valor que tiene el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural de un país, es compartido tanto para quienes propugnan ideales liberales, como para comunitaristas. Por ello, me interesa identificar los principales “problemas” normativos que se han producido o esgrimido en torno al reconocimiento constitucional del multiculturalismo de fuente indígena, tomando en consideración que la mayoría de los países del continente durante los últimos 20 años han reconocido constitucionalmente la diversidad cultural.³²¹ En ese sentido, seguiré en cuanto al fondo lo señalado por Miguel Carbonell³²², haciendo algunas variaciones de orden y de enfoque. Para ello, Carbonell ha planteado los siguientes “problemas”: 1) Identificación del sujeto; 2) La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas; 3) Armonización entre derecho indígena y derecho nacional.

A estos puntos agrego un aspecto que considero fundamental, el que dice relación con el reconocimiento constitucional de la opción de vida (y desarrollo) que tengan los pueblos indígenas y las colisiones que ello pueda originar con el modelo económico consagrado en la Constitución. Ello se abordará dentro de la tensión identificada con el número 2 del párrafo anterior, por cuanto ésta se produce en el ámbito institucional.

El primer aspecto que se analiza en el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas dice relación con las supuestas complejidades para identificar el sujeto y el objeto sobre el cual se

³²¹ Con sus diferencias, los países de América mayoritariamente han reconocido constitucionalmente su diversidad cultural, siguiendo modelos para ello, teniendo Constituciones políticas que reconocen todos o algunos de los siguientes puntos: 1) A los pueblos indígenas como tales; 2) La diversidad cultural; 3) La libre determinación de los pueblos; 4) Derechos de participación política; 5) Derechos de tierras, territorios y recursos naturales; 6) Lenguas indígenas; 7) Educación intercultural bilingüe; 8) Derecho Consuetudinario Indígena. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, Colombia (1991), Ecuador (2008), México (2001) y Nicaragua (1986), las más avanzadas en la materia, ya que reconocen todos los puntos recién señalados. Así, además en las Constituciones de Argentina (1994), Brasil (1988), Costa Rica (1999), El Salvador (1992), Guatemala (1992), Honduras (1982), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999), se reconoce constitucionalmente (con sus diferencias) la diversidad cultural, integrando uno o más de los puntos precitados. Véase: AGUILAR, LAFOSSE, ROJAS Y STEWARD (2010), pp. 44-104. Asimismo consultar: GARGARELLA (2013), pp. 172-195. Sobre el desarrollo constitucional de los países de América Latina en materia indígena, durante los siglos XIX y XX, ver: CLAVERO (2006), pp. 313-338.

³²² Cfr. CARBONELL (2004), pp. 21-80.

asignarán derechos y obligaciones. Las preguntas que surgen son: ¿Cómo determinar al sujeto protegido o pueblo indígena? ¿Cuál es el bien cultural protegido? ¿Qué es una cultura?

Las anteriores preguntas giran en torno a lo mismo: ¿cómo identificar una cultura indígena dentro de una sociedad mayoritariamente mestiza? Tal como anota Carbonell, muchas de estas preguntas surgen al inicio del debate sobre la constitucionalización de los derechos indígenas, con la intención de cerrar el debate³²³, buscando como excusa la imposibilidad de determinación del sujeto. En el punto 1.3.2 analicé con mayor detención esta objeción, cuando se revisé este aspecto como una de las dificultades de los derechos de los grupos. Sin embargo, comparto lo señalado por Carbonell en el sentido que el Convenio 169 de la OIT sirve como punto de partida para la identificación clara del sujeto. En su artículo 1³²⁴, el Convenio da una definición del sujeto que se ha aplicado en la gran mayoría de los países de la América Latina con operatividad práctica y no sólo teórica.³²⁵

Como segundo aspecto complejo se ha señalado la tensión existente entre individuo y comunidad en el derecho indígena. A mi juicio, este es el aspecto más importante y complicado para la teoría del derecho constitucional. Las primeras legislaciones indígenas buscaron resolver esta tensión atribuyendo derecho al indígena³²⁶ y no a su “pueblo” como comunidad. Sin embargo, el Estado unitario liberal no da las respuestas adecuadas a “pueblos” que tienen una concepción del mundo basada en lo “colectivo” más que lo “individual”. Para que la teoría del derecho pueda abordar seriamente esta cuestión, se debe analizar si los derechos de los grupos son compatibles o no dentro de un Estado democrático de derecho, reiterando lo que ya hemos planteado en el presente capítulo, en el sentido de que consideramos que los derechos de grupo en algunos casos

³²³ Al respecto apunta Carbonell: “Se trata de preguntas válidas, pero a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina”. *Ibid.*, p. 47.

³²⁴ En el punto primero del artículo 1, para atribuir la condición de “pueblo indígena” se toma en consideración aspectos geográficos, históricos, culturales y sociales. Luego ello se integra con el punto segundo, que da valor a la “autoidentificación”.

³²⁵ Sobre los criterios que se tienen en cuenta por los organismos internacionales para identificar un “pueblo indígena o tribal”, véase: CIDH (2010). *Informe Temático*, pp. 9-13.

³²⁶ Un ejemplo es la Ley chilena N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Dicha norma, en su artículo 1° establece que el sujeto protegido es el “indígena”, no el “pueblo indígena”.

permiten proteger de mejor forma la autonomía de las personas y son compatibles con una visión liberal cultural.

En tercer lugar, en cuanto a la armonización del derecho indígena con el nacional, el tema que se plantea aquí es si el Estado reconoce o no el pluralismo jurídico. Carbonell anota que en la mayoría de los Estados de América Latina, la aspiración del pluralismo jurídico por parte de los pueblos indígenas ha sido reconocida en mayor o menor medida³²⁷. Sin embargo, ello no implica que se hayan resuelto los problemas de armonización jurídica que trae consigo la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos tan diversos dentro del Estado.³²⁸

Carbonell apunta que estas tensiones se pueden dar en dos dimensiones: una individual y otra organizativa o institucional. En el plano individual, según Carbonell³²⁹, los problemas de armonización dicen relación con la tensión que se produce entre los Derechos Humanos y Fundamentales y los “usos y costumbres” de los pueblos indígenas. Un mayor respeto por los derechos humanos, implica menor aceptación de los usos y costumbres; ergo, mayor laxitud con los derechos humanos, implica mayor aplicación de “usos y costumbres”. Comparto con Carbonell el punto central del análisis: la tensión es entre derechos humanos y “usos y costumbres”. Sin embargo, creo que la pregunta debe ser en cuanto al entendimiento de los derechos humanos, en un marco multicultural. Que los derechos humanos o fundamentales, sean límite aceptable para la aplicación del pluralismo jurídico, me parece inobjetable, pero el cómo se entienden e interpretan los derechos humanos, considero que es un tema en desarrollo³³⁰. Ello implica que el centro sea la integración de visiones, en el plano discursivo y por ende en la interpretación del significado de los derechos humanos. Si los derechos humanos se entienden sólo con un prisma occidental, la tensión tiende a volverse irresoluble e irreconciliables. La pregunta que habría que resolver en el plano de la filosofía del derecho es la siguiente: ¿Es posible la multiculturalización (o

³²⁷ Cfr. CARBONELL (2004), p. 53.

³²⁸ Escéptica se muestra en éste punto Marian Ahumada, señalando que la coexistencia de ambos derechos junto con ser compleja, presenta serios problemas de legitimidad democrática. Véase: AHUMADA (2008), p. 235.

³²⁹ Cfr. CARBONELL (2004), p. 54-55.

³³⁰ Hay que tener presente que para llevar un debate serio, no se pueden idealizar posiciones, ni extremar los ejemplos. No comparto, que se señale por ejemplo, que las prácticas de los pueblos indígenas son en su mayoría contrarias a los derechos humanos, justificándose ello con ejemplos puntuales y muy repetidos. De igual forma, tampoco comparto la idealización de los “pueblos indígenas”. El debate debe buscar la integración cultural, no buscar ejemplificar “superioridades culturales”, ya sea de cosmovisión occidental o indígena.

culturalización) de los derechos humanos? Responder a la pregunta, excede a los objetivos del presente trabajo, aunque ya hemos planteado algunas respuestas en el presente capítulo (punto 1.3.1) por lo que me remito a ellas.³³¹

La segunda dimensión en este punto es la tensión que se produce en el plano organizativo o institucional. Aquí, la problemática surge por el autogobierno indígena y su armonización con las instituciones nacionales, surgiendo problemas en cuanto a las políticas educacionales, de desarrollo, ambientales, e incluso de tipo electoral³³². Para la gestión de este tipo de complejidades, Carbonell anota un aspecto que debe tenerse en cuenta (también en el caso de los inmigrantes) y que comparto absolutamente. Señala que:

“Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura socio-económica como de la estructura de la valoración cultural. En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socio-económico”.

Tomando en consideración lo anotado por Carbonell, es relevante que las políticas de reconocimiento tomen en cuenta: la interdependencia del reconocimiento-redistribución, en la formulación realizada por Fraser³³³, o el reconocimiento que implica justicia material según el

³³¹ Existe una clara tensión entre los derechos humanos universales y los derechos de los pueblos indígenas, entendidos como un particularismo colectivo concreto. En ese sentido, para Etcheverría: “Lo primero que conviene subrayar es que dado que todo lo humano está contagiado de culturalidad e historicidad particular, también lo estarán las formulaciones de derechos humanos. ¿Cómo lograr que, a la vez, éstas se dirijan a todos los humanos y no lo hagan con contenidos tan marcados culturalmente por una cultura particular que se conviertan en imposición de ésta? Una primera estrategia es la que propone Walzer: distinguir, por un lado, entre unos mínimos derechos-deberes básicos de alcance universal en los que el consenso es fácil y que no se imponen a las diferencias (derecho a no ser despojado de la vida y de la libertad —oposición a la dominación—, respeto a las creaciones culturales y derecho a la comunidad) y derechos-deberes que ya no son el resultado de nuestra común humanidad, sino que tienen carácter local y particular, apoyados en concepciones culturales particulares de los bienes sociales. Los primeros serían universales y los segundos culturales y específicos, sólo válidos para cada cultura en cuestión”. Cfr. ETCHEVERRÍA (2006), p. 77.

³³² Para Gargarella, es necesario no sólo poner atención en el reconocimiento de derechos, sino que también en la distribución de poderes, en los aspectos institucionales y orgánicos de la constitución, para promover la inclusión social. Véase: GARGARELLA (2013), p. 184.

³³³ Cfr. FRASER (2006), pp. 71-88.

esquema de Honneth³³⁴. Ya que si no lo hacen en su formulación, se corre el riesgo de ser un reconocimiento de tipo “simbólico”.³³⁵

Así, el tratamiento constitucional de la diversidad cultural, en particular en su fuente indígena, ha cambiado radicalmente desde la década de los setenta en América Latina. Ello, se ha debido, según Van Cott, a la participación de un nuevo sujeto político en la elaboración de los diseños institucionales, esto es, la aparición de las organizaciones de los pueblos indígenas, generando un nuevo tipo de constitucionalismo, al que denominó “multicultural”.³³⁶

Por su parte, Raquel Yrigoyen, ha realizado una sistematización, en tres ciclos, del constitucionalismo que en América Latina ha reconocido su diversidad de fuente indígena. En el primer ciclo, al que denomina constitucionalismo “multicultural” (1982-1988), las Constituciones: “(...) introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho –individual y colectivo- a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos”³³⁷. Las Constituciones que se inscribirían en ese horizonte conceptual serían la Constitución de Canadá (1982), la de Guatemala (1985) y la de Nicaragua (1987).

El segundo ciclo, que la autora precitada denomina del Constitucionalismo “pluricultural” (1989-2005), sería aquel en el cual las constituciones junto con tener los derechos introducidos en el primer ciclo desarrollan “(...) los conceptos de “nación multiétnica/multicultural” y de “Estado pluricultural”, calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia una redefinición del carácter del Estado”³³⁸. En este ciclo, las Constituciones latinoamericanas incorporan una extensa lista de derechos indígenas, adoptan el Convenio N° 169 de la OIT y reconocen el pluralismo jurídico dentro de sus ordenamientos jurídicos. Las constituciones que se encuadrarían en esta lógica serían la de: Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Bolivia (1994), Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999).

³³⁴ Cfr. HONNETH (2006), pp. 89-148. Dicho esquema lo reseño en el apartado 1.2.2. del presente capítulo.

³³⁵ Al respecto véase: YRIGOYEN (2011), p. 143.

³³⁶ Al respecto, véase: VAN COTT (2000), pp. 257-281.

³³⁷ Cfr. YRIGOYEN (2011), p. 141.

³³⁸ Ibid, p. 142.

El tercer ciclo, sería el del Constitucionalismo “plurinacional” (2006-2009), conformado por las Constituciones de Bolivia (2009) y Ecuador (2008). Para Raquel Yrigoyen:

“Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y por ende se plantean el reto histórico de poner fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, que de este modo se configura como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela a lo largo de la historia”.³³⁹

Por su parte, Salvador Martí I Puig, más que hablar de ciclos constitucionales señala que se podría plantear la existencia de un constitucionalismo “multicultural”, que tendría diferencias de grado, pero que se caracterizaría por la presencia de todos o la mayoría de los siguientes requisitos: “1) el reconocimiento formal de la naturaleza multicultural de las sociedades y de la existencia de pueblos indígenas como colectivos nacionales diferenciados; 2) el reconocimiento de la ley consuetudinaria indígena como oficial y como derecho público; 3) el reconocimiento de los

³³⁹ Ibid, p. 149. Resulta relevante apuntar que las críticas de las que han sido objeto lo que se ha denominado como constitucionalismo multicultural neoliberal. Ello dice relación, básicamente, con la idea de que las declaraciones constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas se han vuelto estériles o con poco efecto práctico, debido a que en conjunto con el reconocimiento de sus derechos los Estados de las Américas han mantenido un modelo de desarrollo basado en la explotación de recursos naturales, que se encuentran en los territorios que los pueblos indígenas han ocupado ancestralmente. En este sentido, véase: AYLWIN (2013b), pp. 168-200; GREY (2009); SIERRA (2014), pp. 189-222.

derechos de propiedad y restricciones a la alienación y división de las tierras comunales; 4) derecho a la propiedad intelectual colectiva; 5) el usufructo de riquezas naturales en sus territorios; 6) el reconocimiento del estatus oficial de las lenguas indígenas en el territorio y espacios donde los pueblos están ubicados y el impulso de un sistema de educación bilingüe, 7) el derecho a aplicación de justicia indígena; 8) el reconocimiento del derecho a crear espacios territoriales autónomos; 9) el derecho a la participación de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que afecten a sus recursos y territorios; y 10) la presencia de cupos de representantes o circunscripciones electorales especiales”.³⁴⁰

Entroncando lo anterior con la matriz teórica planteada en este capítulo, se podría establecer una clasificación de los diseños constitucionales en tres variantes. La primera, serían aquellas constituciones que se enmarcan en los presupuestos teóricos del liberalismo en su versión más clásica, es decir, que no reconocen derechos diferenciados para los indígenas o sus pueblos en la Constitución y presentan una estructura mono cultural buscando la asimilación cultural por la vía constitucional. En este tipo de Constituciones podemos sólo ubicar a la Constitución chilena de 1980.³⁴¹

Un segundo grupo de Constituciones, que responden a un enfoque que podríamos catalogar de liberalismo multicultural, serían aquellas constituciones que si bien reconocen los derechos diferenciados de los pueblos indígenas no establecen un derecho colectivo de supervivencia cultural de los mismos en la Constitución, es decir, otorgan derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas, pero no la obligación de que el Estado proteja y ampare la cultura de los mismos. Así, en este grupo de Constituciones, los derechos humanos siguen siendo el límite a los derechos individuales y colectivos reconocidos a los pueblos indígenas, teniendo como cláusula de cierre la idea de Kymlicka (1995) de que las protecciones externas a los pueblos indígenas son permisibles, pero en ningún caso las restricciones internas que puedan vulnerar los derechos humanos de sus miembros³⁴². En este tipo estarían las Constituciones de Argentina (1994), Brasil

³⁴⁰ Cfr. MARTÍ PUIG (2013), pp. 25-26.

³⁴¹ Para un estudio más pormenorizado de la recepción normativa del multiculturalismo en Chile, véase: GAJARDO FALCÓN (2015).

³⁴² Al respecto, véase: DEERE y LEÓN (2000), pp. 36-55; GAJARDO FALCÓN (2014), pp. 139-165.

(1988), Costa Rica (1999), El Salvador (1992), Guatemala (1992), Honduras (1982), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). En una zona gris entre este grupo de Constituciones y el que sigue encontraríamos a las de Colombia (1991), México (2001) y Nicaragua (1986).

Como tercer y último grupo de Constituciones, encontraríamos aquellas que se enmarcan en una clara óptica comunitaria y que tienen como principal característica que junto con reconocer derechos diferenciados –individuales y colectivos- a los pueblos indígenas, establecen un derecho de supervivencia cultural en la propia Constitución, la que se transforma en el principal garante de supervivencia cultural de los mismos, generando una obligación de que todos los poderes del Estado se organicen e inspiren en clave indígena, siendo el ideal de vida buena indígena el *ethos* que inspira a los nuevos Estados. En este grupo de Constituciones encontramos a las de Bolivia (2009) y Ecuador (2009).

En el Constitucionalismo comunitarista los derechos humanos –tal y como se han venido conceptualizando- dejan de ser el límite relacional ya sea tanto entre los habitantes del Estado como en su relación vertical. La Constitución pasa a estar inspirada por los valores éticos contenidos en el ideal de vida buena que se construye con la inspiración de los pueblos indígenas que la conforman. Lo anterior, junto con ser una innovación del Constitucionalismo latinoamericano, trae una serie de problemas teóricos y prácticos que habrá que ir monitoreando para ver cómo se resuelven y de los cuales señalaré sus principales aspectos cuando analice la jurisprudencia de la Corte IDH en el capítulo tercero del presente trabajo.

1.5. EL MULTICULTURALISMO EN EUROPA

Considerando las fuentes del multiculturalismo que establece Kymlicka y que utilizo como referencia para el presente trabajo, en Europa podemos encontrar las tres fuentes del multiculturalismo: la presencia de minorías nacionales y étnicas, el fenómeno migratorio y la presencia de pueblos indígenas en los países que forman parte de Europa.

En relación con las minorías nacionales y étnicas, en primer lugar podemos señalar que la diversidad que existe en Europa al respecto es muy grande. En este punto transitamos desde minorías nacionales como las que existen en España (principalmente Cataluña y el País Vasco), la

que podríamos denominar como minorías nacionales de tipo liberal, es decir, las que buscan la autodeterminación para la construcción de su propia sociedad liberal³⁴³; pasando por las minorías nacionales y étnicas que resurgieron con la fragmentación del bloque socialista³⁴⁴; hasta las minorías étnicas que se encuentran presentes a lo largo de Europa como es el caso del pueblo gitano.³⁴⁵

Por su parte, la segunda fuente de multiculturalidad presente en Europa dice relación con la población migrante que habita en los diferentes países de la región. Se calcula que en el continente europeo hay un total de 76 millones de personas migrantes, cifra que representa un 31% del total de migrantes del mundo (244 millones de personas migrantes), de las cuales en Rusia y Alemania viven la mayor cantidad de ellas (12 millones en cada país), seguido por el Reino Unido con 9 millones. Desde el año 2000 al 2015 la cifra de migrantes se ha incrementado en un 41%, lo que da cuenta de la magnitud que viene alcanzado este fenómeno.³⁴⁶

La tercera fuente del multiculturalismo europeo está dada por la presencia de pueblos indígenas en los territorios de los países que la conforman. En el informe sobre el “estado de los pueblos indígenas en el mundo” de la ONU del año 2010, junto con evidenciar las características comunes que comparten los pueblos indígenas en el mundo³⁴⁷, realizó una caracterización de los pueblos indígenas que habitan en el continente europeo³⁴⁸, en el que se destaca la presencia del pueblo Saami en Suecia, Noruega, Finlandia y Rusia³⁴⁹; los pueblos indígenas que habitan en Rusia³⁵⁰; y la del pueblo Sorbs en Alemania.³⁵¹

³⁴³ En ese sentido, véase: KYMLICKA (2003), pp. 33-37.

³⁴⁴ Al respecto, entre muchos, véase: IGNATIEFF (2012); KYMLICKA (2009), pp. 187-259.

³⁴⁵ Sobre la situación estructural de discriminación y exclusión que viven las comunidades gitanas en Europa, véase: FRA (2016).

³⁴⁶ Cfr. ONU (2015). *Trends in international migration*.

³⁴⁷ El informe de la ONU señala que los pueblos indígenas en el mundo representan el 5% de la población mundial, siendo aproximadamente 370 millones de personas, los que en general se encuentran en una situación de pobreza, exclusión, vulneración de sus derechos a la tierra y recursos naturales y una falta de reconocimiento y de respeto a su cultura. Cfr. ONU (2009). *State of the World's indigenous peoples*.

³⁴⁸ Ibid., pp. 32-34.

³⁴⁹ Sobre la situación del pueblo Saami, véase: CARSTENS (2016), pp. 75-116; ERRICO y HOCKING (2009), pp. 363-388.

³⁵⁰ Sobre la situación de los pueblos indígenas en Rusia, véase: IWGIA (2016), pp. 42-51.

³⁵¹ Al respecto, véase: GROTE (2007), pp. 426-427.

Teniendo en consideración los aspectos generales señalados, pasaré a revisar en términos panorámicos tanto la normativa europea de protección de las minorías étnicas y nacionales, como la que se refiere a aspectos relacionados con la migración, para luego analizar la discusión que se ha llevado a cabo en Europa sobre las políticas multiculturales y su fracaso (o no). Todo ello como telón de fondo para la revisión de las sentencias del TEDH sobre las diversas fuentes del multiculturalismo que abordaré en el capítulo siguiente.

1.5.1. Recepción normativa supranacional

La recepción normativa supranacional de protección a las minorías culturales, religiosas, étnicas y nacionales³⁵², siempre ha sido un tema complejo en Europa³⁵³, pudiendo identificarse, al menos, tres etapas históricas desde comienzos del siglo XX: la primera, comenzó en la primera posguerra mundial cuando se originaron algunas normas de protección de las minorías en el contexto de la Sociedad de las Naciones³⁵⁴; la segunda, se produce al término de la Segunda Guerra Mundial en el marco de la cooperación que se organiza en torno al CDE y que corre en paralelo

³⁵² La discusión normativa y dogmática sobre qué se entiende por minoría en Europa ha sido larga, sin que exista una única definición a nivel supranacional. Una primera definición que tuvo un importante impacto fue la que elaboró Francesco Capotorti en 1979 en su calidad de Relator especial de la ONU, en la que señala que una minoría sería: “Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestas, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma” [CAPOTORTI (1979), p. 7]. Luego, en la Recomendación N° 1201 del CDE se propuso la siguiente definición: “La expresión ‘minoría nacional’ se refiere a un grupo de personas dentro de un Estado que: a) residen en el territorio de ese Estado y son sus ciudadanos; b) mantienen vínculos antiguos, firmes y duraderos con ese Estado; c) muestran características distintivas étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas; d) son suficientemente representativas, aunque menores en número que el resto de la población de ese Estado o de una región de ese Estado; e) se encuentran motivadas por el deseo de preservar en su conjunto aquello que constituye su identidad común, incluyendo su cultura, sus tradiciones, su religión y su lengua”. Comparto la opinión de María Ochoa, que es crítica de la definición dada por la Resolución N° 1201 debido a que se cuestiona el hecho de que la minoría no siempre es inferior numéricamente, sino más bien en cuanto a su participación en la deliberación política y su poder simbólico [Ochoa (2014), p. 216]. Comparto la idea de Torbisco en el sentido de tener un concepto de minoría o de grupo que sea flexible y que se centre en los aspectos normativos acerca de la necesidad (o no) de que ciertos grupos de personas según una realidad determinada requieran para el desarrollo de su autonomía de una protección especial. Sobre el debate del concepto de minoría, véase: TORBISCO (2006), pp. 19-42. Asimismo, véase: VERSTICHEL (2009), pp. 91-94.

³⁵³ Para un estudio de la evolución de la protección de las minorías en Europa, véase: FERNÁNDEZ LIESA (2001), pp. 51-217.

³⁵⁴ Para una revisión de este período y de las normas internacionales que generó, véase: *Ibid.*, pp. 118-217.

con el de la ONU³⁵⁵; la tercera etapa y última, se genera a partir de la caída del bloque soviético³⁵⁶, destacando la adopción del CPMN³⁵⁷. En resumen, en estas etapas se ha transitado desde una protección incipiente a las minorías en el marco de la Sociedad de las Naciones, a una no determinada a las minorías sino que al individuo con un fuerte enfoque en la universalidad de los derechos humanos en el nacimiento de la ONU, para un nuevo resurgimiento de la protección de las minorías a partir de la caída del muro de Berlín³⁵⁸. Comparto la explicación que da Kymlicka para el giro que se da en el resurgimiento de la protección de los derechos humanos de las minorías, en el sentido de que no se ha abandonado el ideal de la universalidad de los derechos humanos, sino que se ha aceptado que los derechos de las minorías no obstaculizan, sino más bien, promueven esas normas universales.³⁵⁹

³⁵⁵ Durante este período se consideraron caducas todas las protecciones establecidas a favor de las minorías por el nuevo enfoque universalista adoptado por la ONU. Al respecto, el estudio preparado por el Secretario General de la ONU en 1950 sobre la validez jurídica de las obligaciones asumidas con respecto a las minorías en el régimen de la Sociedad de las Naciones señala que: “Todo el sistema fue trastocado por la segunda guerra mundial. Todas las decisiones internacionales adoptadas a partir de 1947 se inspiran en una filosofía distinta. Se ve surgir la idea de la protección general y universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Así pues, ya no son sólo las minorías de determinados países, sino todos los seres humanos de todos los países, quienes gozan de una cierta protección internacional”. Cfr. ONU (1950), *estudio sobre la validez jurídica de las obligaciones asumidas con respecto a las minorías*.

³⁵⁶ Existen antecedentes a la caída del muro de Berlín en el marco de las organizaciones internacionales que daban cuenta de un paulatino cambio de enfoque y del resurgimiento de la protección internacional de los derechos de las minorías. Estos antecedentes están dados por el Convenio N° 107 de la OIT de 1957 en el que se reconoce incipientemente de forma particular los derechos de los pueblos indígenas, en el artículo 27 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos (1966) y en el artículo 30 de la Convención de Derechos del Niño (1989) y en trabajo interpretativo de los instrumentos internacionales al interior de los organismos internacionales. Al respecto, véase: KYMLICKA (2009), pp. 45-53. Asimismo, véase las causas políticas para el resurgimiento de los derechos de las minorías después de la caída del bloque soviético en: KYMLICKA (2008), pp. 11-17.

³⁵⁷ Sobre las etapas de la protección jurídica de las minorías en Europa, véase: OCHOA (2014), pp. 211-236; DÍAZ BARRADO (2001), pp. 311-436. Sobre el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, véase: BAUTISTA (1995), pp. 939-957.

³⁵⁸ En ese sentido, entre otros, véase: BAUTISTA (1995); OCHOA (2014); PENTASSUGLIA (2012); TORBISCO (2006); KYMLICKA (2009), pp. 41-69.

³⁵⁹ Cfr. KYMLICKA (2009), p. 58.

En el tránsito que se ha descrito, destaca de la normativa europea³⁶⁰ en el caso de las minorías nacionales³⁶¹ el CMPMN (1995) en el que se reconocen derechos individuales a los miembros de las minorías nacionales que tienen un alcance general pero reforzado para estos grupos, tales como prohibiciones a tratos discriminatorios (art. 4³⁶²), derecho de reunión y libertad de asociación, pensamiento, religión y conciencia (art. 7³⁶³), libertad religiosa (art. 8³⁶⁴) y libertad de expresión (art. 9³⁶⁵). Además, se establece el deber de los Estados de realizar acciones positivas y adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida

³⁶⁰ La normativa europea de carácter supranacional se debe complementar con el reconocimiento y protección de los derechos de las minorías en cada uno de los Estados, siendo relevante el tipo de organización política y territorial que tiene cada uno de los países que compone el CDE. Al respecto, véase: DÍAZ BARRADO (2001), p. 331. Además, se deben tener en consideración una serie de tratados internacionales de carácter bilateral que se refieren o tienen relevancia para determinar el alcance y contenido de los derechos de las minorías como, por ejemplo: “Tratado de Lausana (1923)”, suscrito entre Grecia y Turquía y que contempla los derechos de la minoría musulmana en Grecia y la minoría griega en Turquía a utilizar la lengua, a crear y mantener colegios e instituciones religiosas o sociales. Sobre otros tratados internacionales bilaterales, véase: FERNÁNDEZ LIESA (2001a), pp. 229-231; OCHOA (2014), pp. 219-221.

³⁶¹ Para un estudio sobre las recomendaciones previas y las resoluciones que llevaron al CDE a la elaboración del CMPMN, véase: DÍAZ BARRADO (2001), pp. 375-385.

³⁶² El artículo 4 del CMPMN señala que: “1) Las Partes se comprometen a garantizar a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho a la igualdad ante la ley y a una protección igual por parte de la ley. A este respecto, se prohibirá toda discriminación fundada sobre la pertenencia a una minoría nacional. 2) Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a las minorías nacionales. 3) Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación.”

³⁶³ El artículo 7 del CMPMN señala que: “Las Partes asegurarán a toda persona perteneciente a una minoría nacional el respeto de los derechos de libertad de reunión pacífica, de libertad de asociación, de libertad de expresión y de libertad de pensamiento, de conciencia o de religión”.

³⁶⁴ El artículo 8 del CMPMN señala que: “Las Partes se comprometen a reconocer que toda persona perteneciente a una minoría nacional tiene el derecho a manifestar su religión o creencias, así como el derecho a crear instituciones religiosas, organizaciones y asociaciones”.

³⁶⁵ El artículo 9 del CMPMN señala que: “1) Las Partes se comprometen a reconocer que el derecho a la libertad de expresión de toda persona perteneciente a una minoría nacional comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas en la lengua minoritaria sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de las fronteras. Las Partes asegurarán, en el marco de su ordenamiento jurídico, que las personas pertenecientes a una minoría nacional no sean discriminadas en su acceso a los medios de comunicación. 2) El primer apartado no impedirá que las Partes sometan a un régimen de autorización, no discriminatorio y fundado en criterios objetivos, las empresas de radio sonora, televisión o cinematografía. 3) Las Partes no obstaculizarán la creación y utilización de medios escritos por personas pertenecientes a minorías nacionales. En el marco legal de la radio sonora y de la televisión velarán, en la medida de lo posible y habida cuenta de las disposiciones del apartado 1, por la concesión, a las personas pertenecientes a minorías nacionales, de la posibilidad de crear y utilizar sus propios medios de comunicación. 4) En el marco de sus ordenamientos jurídicos, las Partes adoptarán medidas adecuadas con el fin de facilitar el acceso a los medios de comunicación a las personas pertenecientes a minorías nacionales y con el fin de promover la tolerancia y de permitir el pluralismo cultural”.

económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría.³⁶⁶

Las principales críticas que se le han realizado al CMPMN tienen relación con: en primer lugar, su marcado carácter programático, siendo más una declaración de principios que un instrumento normativo, ya que no impone obligaciones específicas a los Estados³⁶⁷. En ese sentido, comparto lo que acertadamente señala María Ochoa, al señalar que el CMPMN deja un amplio margen de maniobra a los Estados con límites difusos y determinados únicamente por el principio de no discriminación, siendo la principal debilidad del Convenio³⁶⁸. En segundo lugar, el CMPMN no reconoce ningún tipo de derecho colectivo a las minorías nacionales, incluso señala (art. 5.1³⁶⁹) que el compromiso de los Estados es la preservación de los elementos esenciales de la identidad de cada persona integrante de una minoría y no de la identidad colectiva de la minoría considerada como grupo.³⁷⁰

La normativa supranacional en materia migratoria, la tenemos que dividir en aquellos instrumentos internacionales de carácter universal y los específicos para el espacio europeo. En el marco de la ONU, el estándar internacional de derechos humanos viene establecido en tres instrumentos básicos, estos son la CTMF (2003), y dos Convenios de la OIT sobre trabajadores migrantes (Nº 97 de 1949 y el Nº 143 de 1975), con sus correspondientes recomendaciones Nºs 86 de 1949 y 151 de 1975³⁷¹. El CTMF se puede considerar como el instrumento internacional en

³⁶⁶ Este principio se puede ver a lo largo del título segundo del CMPMN y, en particular, en el artículo 15 del mismo que señala: “Las Partes establecerán las condiciones necesarias para la participación efectiva de las personas pertenecientes a minorías nacionales en la vida cultural, social y económica, así como en los asuntos públicos, en particular los que les afecten”.

³⁶⁷ Al respecto, véase: DÍAZ BARRADO (2001), pp. 390-391.

³⁶⁸ Cfr. OCHOA (2014), p. 224.

³⁶⁹ El artículo 5.1 del CMPMN señala que: “Las Partes se comprometen a promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural”.

³⁷⁰ Al respecto, véase: BAUTISTA (1995), pp. 953-954.

³⁷¹ Al respecto, entre otros, véase: SOLANES (2014), pp. 196-200; DE GUCHTENEIRE y PÉCOUD (2009), pp. 1-44.

materia de protección de los derechos de los migrantes más avanzado de la actualidad. El texto se aproxima a entender la migración como un derecho y con características de Derecho Humano.³⁷²

En el artículo 7 de la CTMF los Estados se comprometen a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en el Convenio, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. En la Parte III de la CTMF, denominada: “Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, se establece un amplio catálogo de derechos, que tienen por objeto principalmente asegurar el tratamiento igualitario de los trabajadores migratorios y sus derechos civiles. Entre otros, los Estados se comprometen a no realizar expulsiones colectivas de trabajadores migratorios y asegurar las libertades de conciencia y de religión de los mismos.

En lo respectivo a derechos sociales, en el artículo 47 de la CTMF, los Estados se obligan a que los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: 1) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate; 2) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación; 3) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento; 4) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; 5) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes; 6) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de

³⁷² Cfr. AGUELO y CHUECA (2005), pp. 117-126. No comparte esta opinión Ángeles Solanes, para quien la CTMF no crea derechos nuevos y es parca en el reconocimiento de los que ya existían en los instrumentos internacionales que se referían a la materia. Cfr. SOLANES (2014), p. 199.

trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados; 7) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.³⁷³

El principal problema de la CTFM en el espacio europeo es de efectividad, ya que sólo cuatro países miembros del CDE la han ratificado (Albania, Azerbaijan, Bosnia-Herzegovina y Turquía), afectando con ello la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, mas aún si consideramos que la CTFM sólo ampara los derechos de aquellos que se encuentran en situación regular³⁷⁴. Así, en el espacio europeo la política migratoria circunscribe los derechos a la migración regular y no existe un instrumento específico para la protección de los derechos humanos de los migrantes, siendo el CEDH el instrumento para la salvaguarda general de los derechos de este grupo desaventajado.³⁷⁵

En materia de pueblos indígenas ocurre algo similar a lo recién señalado, ya que el principal instrumento jurídico internacional en la materia que es el Convenio N° 169 de la OIT, sólo ha sido ratificado por Dinamarca, España y los Países Bajos, teniendo escasa relevancia práctica en el espacio europeo, más aún si consideramos que no ha sido ratificado por ninguno de los países de Europa que tienen pueblos indígenas. De igual forma, tampoco existe un instrumento específico para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el espacio europeo, siendo el CEDH el instrumento para la salvaguarda general de los derechos de este grupo desaventajado.

1.5.2. Las políticas multiculturales en Europa: ¿auge o caída?

Las políticas multiculturales en Europa durante las últimas tres décadas han vivido un movimiento pendular, algunos autores han denominado a este proceso el auge y caída del multiculturalismo, otros el retroceso del multiculturalismo, incluso algunos han sentenciado la muerte de las políticas multiculturales³⁷⁶. En este contexto, ha surgido como respuesta al desafío

³⁷³ Para una revisión amplia de los derechos que consagra la CTFM, véase: DE GUCHTENEIRE y PÉCOUD (2009), pp. 8-11.

³⁷⁴ Para una sistematización de las razones que han tenido los Estados miembros del CDE para la no suscripción y ratificación de la CTFM, véase: MACDONALD y CHOLEWINSKI (2009), pp. 360-392.

³⁷⁵ Cfr. SOLANES (2014), p. 201. De todas formas, para una visión general de las directivas de la UE sobre temas migratorios, véase: PHELAN y GILLESPIE (2007), pp. 943-1124; SOLANES (2014), p. 202-204.

³⁷⁶ Al respecto, véase: VERTOVEC y WESSENDORF (2010), pp. 1-31; KYMLICKA (2010), pp. 32-49; WERBNER (2012), pp. 197-209; WIEVIORKA (2012), pp. 225-231; TORBISCO (2016), pp. 367-404; JOPPKE (2017).

de la gestión de la diversidad cultural, tanto en la academia como en la política europea, la idea del interculturalismo³⁷⁷, que tiene en el contexto europeo los siguientes componentes: en primer lugar, se presenta como algo más que la coexistencia concebida por el multiculturalismo, poniendo el acento en la interacción y el diálogo. En segundo lugar, el interculturalismo es concebido como una categoría menos “grupal” o que produce más síntesis que el multiculturalismo. En tercer lugar, el interculturalismo está más comprometido con un sentido fuerte de cohesión social, poniendo énfasis en la ciudadanía nacional. Por último, como el multiculturalismo puede proteger prácticas antiliberales y relativiza la idea de universalidad de los derechos humanos, el interculturalismo es una propuesta más propensa a llevar a la crítica las prácticas culturales antiliberales, en un proceso de diálogo intercultural.³⁷⁸

En el “libro blanco del diálogo intercultural” el CDE (2008) estableció un concepto para el “diálogo intercultural” señalando que este se entiende como un proceso que comprende un intercambio de opiniones abierto y respetuoso entre individuos y grupos con diferentes orígenes étnicos, culturales, religiosos, lingüísticos y patrimoniales, sobre la base de la comprensión mutua y el respeto. Para el CDE el diálogo intercultural requiere de la libertad y capacidad de expresarse, así como la disposición y capacidad de escuchar las opiniones de los demás, lo que contribuye a la integración política, social, cultural y económica y a la cohesión de sociedades culturalmente diversas. El diálogo intercultural promovería la igualdad, la dignidad humana y un sentido común, teniendo por objetivo desarrollar una comprensión más profunda de las diversas perspectivas y prácticas que existen al interior de las sociedades europeas, aumentar la cooperación y la participación (o la libertad de elegir), permitir el crecimiento y la transformación personal y

³⁷⁷ En la academia, entre otros, véase: MEER y MODOOD (2012), pp. 175-196. En el ámbito político, véase: CDE (2008). *White Paper on Intercultural Dialogue*.

³⁷⁸ Cfr. MEER y MODOOD (2012), p. 177. En Europa se extendió la crítica de que las políticas multiculturales tendían a proteger a las comunidades y sus prácticas culturales liberales que permitían, entre otras cosas, la vulneración de la autonomía de las mujeres al interior de comunidades identitarias y, en particular, de comunidades que practican la religión islámica. A esta formulación del problema Ayalet Shachar le denominó la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, en el sentido de que el fortalecimiento del grupo puede terminar reforzando o agravando las desigualdades al interior de cada grupo [SHACHAR (1999), pp. 87-111]. Al respecto, véase: BARRY (2001); MOLLER (1999); PHILLIPS (2007). Para hacerse cargo de esta supuesta “paradoja” Kymlicka elaboró la idea de las protecciones externas y las restricciones internas que ya hemos revisado. Asimismo, Neus Torbisco sostiene que la “paradoja” multicultural no debiera negar los derechos colectivos, sino que reforzar los individuales al interior de los grupos étnicos y culturales. Al respecto, véase: TORBISCO (2014), pp. 123-124.

promover la tolerancia y el respeto por el otro³⁷⁹. Para el CDE el interculturalismo se situaría en un punto intermedio entre las políticas extremas de asimilacionismo y multiculturalismo.³⁸⁰

El cambio de enfoque desde políticas multiculturales hacia el “diálogo intercultural”, fue precedido de una serie de críticas al multiculturalismo que dicen relación con: primero, una falta de apoyo popular a las políticas multiculturales³⁸¹; segundo, que las políticas multiculturales han generado una marginalización socioeconómica y una desintegración social³⁸²; tercero, la falta de crítica por parte del multiculturalismo a las culturas que poseen en su interior prácticas antiliberales³⁸³. Ahora bien, al menos, podemos hacernos las siguientes preguntas: ¿Son atendibles las críticas que le formulan a las políticas multiculturales los partidarios del interculturalismo? ¿Tiene algo nuevo que ofrecer el interculturalismo europeo a la gestión de la diversidad por sobre el multiculturalismo liberal? ¿Qué implicaciones tiene el cambio de enfoque por parte de las instituciones europeas hacia el interculturalismo?

En relación a las críticas que han recibido las políticas multiculturales en Europa, comparto los argumentos que ha venido entregando Kymlicka para su rechazo³⁸⁴. En ese sentido, señala que, en primer lugar, no hay evidencia de políticas multiculturalistas en la Europa de la posguerra que estuvieran basadas en el relativismo moral. En segundo lugar, tampoco hay ninguna evidencia de que los problemas de segregación social o de desigualdad de género sean peores en los países europeos que abrazaron el multiculturalismo que en los países que lo han rechazado, considerando que el “libro blanco de la interculturalidad” se mantiene en tal nivel de generalidad que es imposible decir qué políticas multiculturalistas del mundo real rechazaría.³⁸⁵

³⁷⁹ En ese sentido, Isabel Wences señala que: “el interculturalismo, se adhiere al principio del pluralismo y del reconocimiento, pone el acento en la convivencia, el diálogo, la dinámica de interacciones. Sin embargo, no tiene reglas universales, sino que considera que deben hacerse arreglos en cada sociedad, cada contexto debe habilitar una «forma» de interculturalismo acorde con sus propias características”. Cfr. WENCES (2015), p. 535.

³⁸⁰ Cfr. CDE (2008). *White Paper on Intercultural Dialogue*, p. 17.

³⁸¹ Véase: VERTOVEC y WESSENDORF (2010), pp. 15-16.

³⁸² Véase: Ibid., pp. 16-17; MEER y MODOOD (2012), pp. 185-190.

³⁸³ Véase: MEER y MODOOD (2012), pp. 191-192.

³⁸⁴ Al respecto, véase: KYMLICKA (2010), pp. 32-49; KYMLICKA (2012), pp. 32-49; KYMLICKA (2016), pp. 160-178. Asimismo, véase: KEVAL (2014), pp. 125-139.

³⁸⁵ Cfr. KYMLICKA (2016), p. 162. En el mismo sentido, véase: TORBISCO (2016), pp. 382-386.

Pese a ello, ¿tiene algo nuevo que ofrecer el interculturalismo europeo a la gestión de la diversidad por sobre el multiculturalismo liberal? Para Nasar Meer, Tariq Modood y Ricard Zapata, el multiculturalismo y el interculturalismo poseen puntos de convergencia y diferencias. En ese sentido, ambas políticas comparten una visión sobre la gestión de la diversidad que consiste en el reconocimiento del hecho multicultural y en el intento de su conciliación al interior de la sociedad. Asimismo, ambas rechazan las políticas asimilacionistas y buscan fórmulas para que el liberalismo tome en consideración la función de la identidad y la cultura en sus proposiciones. Finalmente, ambos enfoques intentan vías para que exista un tratamiento igualitario que incluya las diferencias culturales. Por su parte, las diferencias entre el interculturalismo y el multiculturalismo estarían dadas, en primer lugar, por el estatus impersonal que le otorga al diálogo las políticas interculturales, esto es, buscando una interacción neutra entre las prácticas culturales que están presentes en la sociedad. En segundo lugar, por la deferencia especial que tiene el interculturalismo con la posición histórica de la cultura mayoritaria. En tercer lugar, por la menor consideración que le otorga el interculturalismo al reconocimiento de los grupos culturales y religiosos y su condena a las prácticas antiliberales.³⁸⁶

Comparto la opinión de Kymlicka que entre el interculturalismo y el multiculturalismo no existen diferencias sustanciales, es más, considero que pese a los ataques en contra del multiculturalismo estos se han llevado a cabo al nivel de las políticas públicas, pero que en un nivel normativo el multiculturalismo liberal se ha afianzado³⁸⁷. Para el autor lo preocupante ha sido la retórica y el discurso que ha acompañado el surgimiento del interculturalismo, ya que se ha cimentado en la idea de que el “multiculturalismo falló” o que las políticas multiculturales de Europa después de la posguerra serían el origen de las situaciones que la sociedad ha identificado como problemas de la multiculturalidad³⁸⁸. Además, el interculturalismo ha permeado la

³⁸⁶ Cfr. MEER, MODOOD y ZAPATA (2016), p. 21.

³⁸⁷ En ese sentido, véase: JOPPKE (2017), pp. 153-165.

³⁸⁸ En ese sentido, Kymlicka señala: “Interculturalists may think that they are defending diversity, but their crude anti-multiculturalist rhetoric may play into the hands of xenophobes who reject both multiculturalism and interculturalism. Since much of the anti-multiculturalist discourse in Europe is a thinly veiled form of racism and xenophobia, for the Council of Europe and UNESCO to also play the anti-multiculturalist card risks licensing and legitimating anti-diversity views. And indeed the rhetorical repudiation of multiculturalism by organisations like the COE and UNESCO seems to have done little if anything to actually stem the tide of xenophobia, or the rise of anti-immigrant political parties.13 On the contrary, these forces now feel vindicated in their diagnosis, crowing ‘we told you so’, and

institucionalidad europea afianzando las prácticas de las culturas mayoritarias al interior de los Estados³⁸⁹. Ello ha venido de la mano con la consolidación en el espacio europeo de la “doctrina del margen de apreciación”, que pasó a tener un reconocimiento normativo en el Protocolo Adicional N° 15 (2013) y ha permeado la jurisprudencia del TEDH, permitiendo que los Estados continúen con prácticas que afectan la autonomía de los individuos que pertenecen a minorías étnicas o nacionales y grupos culturales y religiosos que habitan en su interior, tal y como veremos en el capítulo segundo del presente trabajo.³⁹⁰

1.6. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En primer lugar, en el presente capítulo he intentado demostrar que el multiculturalismo como hecho social se encuentra presente ampliamente en las sociedades políticas y que éste debe distinguirse tanto del pluralismo moral como de la diversidad de intereses. En ese sentido, definiendo un concepto de multiculturalismo restringido a la idea de pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política, es decir, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan³⁹¹. Con ello las fuentes del multiculturalismo, coincidiendo con Kymlicka, las circunscribo a la existencia al interior de una sociedad política de más de una nación o de pueblos indígenas y la diversidad cultural que se produce debido a la inmigración.³⁹²

En segundo lugar, en un plano normativo he intentado demostrar que la perspectiva teórica del liberalismo multicultural permite reconocer la relevancia de la pertenencia cultural de los individuos como marco para sus elecciones individuales (autonomía relacional) y el sustento de su identidad. Asimismo, he buscado argumentar a favor de la perspectiva del multiculturalismo liberal como marco teórico que nos permite la construcción de derechos diferenciados a favor de individuos y grupos que se derivan de las fuentes del multiculturalismo. Ello implica tanto

insisting that only they can be trusted to tell the unvarnished truth, unlike the politically correct liberal elites who now concede multiculturalism’s failure but who are still pushing interculturalism.” Cfr. KYMLICKA (2016), pp. 166-167.

³⁸⁹ En ese sentido, véase: TORBISCO (2016), pp. 388-402.

³⁹⁰ Sobre la doctrina del margen de apreciación, véase el punto 2.1. del capítulo segundo del presente trabajo. Sobre la jurisprudencia del TEDH sobre multiculturalismo, véase el capítulo segundo en su conjunto.

³⁹¹ Cfr. VIOLA (2003), pp. 33-71.

³⁹² Véase las observaciones que realicé a las fuentes del multiculturalismo dadas por Kymlicka la introducción.

derechos individuales diferenciados en razón del contexto multicultural, como aceptar la formulación de derechos de grupo que permitan complementar los individuales y sean fundamentales para el bienestar de los individuos del grupo.

En tercer lugar, he planteado que la solución que entrega el liberalismo multicultural para gestionar la tensión entre los derechos de grupo y los derechos individuales, distinguiendo entre restricciones internas y protecciones externas³⁹³, es adecuada y nos permite tener una guía para evaluar los casos prácticos que se someten a la jurisdicción nacional e internacional y las demandas de los grupos culturales que solicitan una protección diferenciada.

En cuarto lugar, he intentado reconstruir desde una óptica liberal multicultural el debate sobre la universalidad de los derechos humanos, planteando que es compatible aceptar tanto en el plano normativo como metaético el ideal de la universalidad de los derechos humanos y reconocer que la diversidad cultural juega un rol importante en la determinación del contenido de los derechos humanos. Esto implica defender el ideal de la universalidad de los derechos humanos como una meta que debe ser desarrollada bajo una perspectiva *de lege ferenda* que incluya el actual proceso de culturalización de los mismos y un proceso continuo de diálogo -en pie de igualdad- entre las diferentes culturas, sujetos y grupos tanto al interior de las comunidades políticas como entre ellas.

Ligado con lo anterior y en quinto lugar, he desarrollado dos ideas que complementan la óptica liberal multicultural desde un punto de vista normativo. En ese sentido, he planteado la relevancia sustantiva y práctica de la representación política de los grupos culturales para alcanzar una deliberación política que tenga en consideración su perspectiva social (Young) y se logre un proceso político justo, esto es, que considere el conjunto de las perspectivas sociales que tiene una comunidad política. Asimismo, he intentado demostrar la importancia que tiene desde un punto de vista normativo la realización de una interpretación contextualizada de los derechos humanos en sociedades multiculturales y los criterios sustantivos y procesales que se pueden utilizar para ello.

³⁹³ En el apartado 1.2 (1.2.1.4) doy cuenta del esquema que propone Kymlicka y lo complemento con los criterios que señala Bhikhu Parekh.

Finalmente, utilizando las ideas resumidas previamente he dado cuenta de las particularidades que ha tenido la discusión en torno al multiculturalismo tanto en América como en Europa. Así, en relación con el contexto americano he podido constatar que la variable indígena es la principal fuente del multiculturalismo americano. También, he señalado que el reconocimiento normativo de los derechos especiales para los indígenas y sus pueblos ha sido, principalmente, a nivel constitucional y he planteando una clasificación sustantiva de las formas de reconocimiento constitucional de la diversidad cultural. Además, he intentado demostrar que la construcción teórica del “interculturalismo” en América Latina es una vuelta a las posiciones fuertes del comunitarismo y, por ende, comparte las falencias normativas y prácticas de éste para una adecuada gestión de la diversidad cultural. En el caso del contexto europeo, junto con dar cuenta de la recepción normativa del multiculturalismo en el ámbito supranacional, he resumido el debate que se ha generado en razón de la supuesta incapacidad de las políticas multiculturales para un buen manejo del fenómeno multicultural, lo que ha generado la asunción de las políticas de tipo “intercultural”. En ese sentido, comparto la crítica que realiza Kymlicka a dicho discurso, considerando que el ataque en contra del liberalismo multicultural ha sido hacia las políticas públicas que se han implementado en Europa, pero las críticas no han tenido efecto en el plano normativo del liberalismo multicultural.

Con estas ideas y marco teórico (liberalismo multicultural) pasaré en los dos capítulos siguientes a analizar la jurisprudencia tanto del TEDH como de la Corte IDH sobre casos que se pueden catalogar de tipo multicultural. La revisión de la jurisprudencia buscará identificar el enfoque teórico que han utilizado los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos al momento de resolver estos casos y las técnicas interpretativas. Para ello, haré una sistematización de la jurisprudencia tanto del TEDH como de la Corte IDH según las fuentes del multiculturalismo. Finalmente, en el capítulo cuarto realizaré un ejercicio de discusión teórica-jurisprudencial, comparando la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales, su enfoque y forma de resolver los casos de tipo multicultural.

CAPÍTULO II: JURISPRUDENCIA SOBRE MULTICULTURALIDAD DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A diferencia del contexto latinoamericano, en Europa se pueden apreciar todas las fuentes del multiculturalismo (minorías nacionales, minorías étnicas e inmigración). Debido a ello, los conflictos jurídicos que se han suscitado a raíz de la convivencia en la diversidad cultural son muy variados y, por ende, la jurisprudencia del TEDH es abundante³⁹⁴. De esta forma, el TEDH se ha pronunciado en aspectos multiculturales relativos a la religión, la libertad de expresión, los derechos culturales, los derechos de ciertos grupos desaventajados (gitanos, pueblos indígenas, entre otros), la inmigración en sentido amplio, la representación política de minorías culturales, nacionales y religiosas. En esta gran cantidad de temas, muchas veces se cruzan los derechos del CEDH que se encuentran en juego, por lo que la sistematización que he realizado para el análisis de los casos sólo se centra en aquellos aspectos que dicen relación con el multiculturalismo y que me son útiles para ejemplificar el enfoque que usa el TEDH en su análisis y resolución.

Asimismo, ha contribuido a la gran cantidad de casos que ha resuelto el TEDH la reforma procedimental que introdujo el Protocolo Adicional N° 11 en el año 1998 y que permitió el acceso directo al TEDH eliminando el filtro previo que realizaba la ECHR. Así, en primer lugar, revisaré de forma panorámica los aspectos fundamentales sobre el funcionamiento del TEDH, centrándome en los criterios interpretativos que ha utilizado el TEDH para resolver los casos que ha conocido y, en particular, en la doctrina del margen de apreciación nacional.

En segundo lugar, abordaré la jurisprudencia del TEDH sobre minorías nacionales, dividiendo el apartado en tres aspectos. Primero, en la jurisprudencia que ha tenido por fin establecer una

³⁹⁴ Luego de listar una serie de conflictos multiculturales que ha tenido que resolver el TEDH, principalmente centrado en aquellas que ha originado la inmigración, sin pretensiones exhaustivas, Dieter Grimm señala que las pretensiones en juego “se trata de dispensas de las reglas jurídicas vigentes con carácter general. Este presupuesto puede a su vez subdividirse en dos grupos: o bien impone la ley nacional algo que está prohibido por la religión o la cultura del inmigrante, o bien prohíbe algo que resulta exigido por su religión o su cultura. De otro lado, estamos ante la demanda de prestaciones estatales que permitan cumplir los mandamientos religiosos o mantener las costumbres culturales. También aquí es posible distinguir dos grupos de casos: o bien se exige al Estado un tratamiento igual al que reciben las religiones o las culturas nacionales, o se pretenden ventajas de las que éstas no disfrutaban apelando a las exigencias de la propia religión o cultura. En cualquier caso, la frontera entre los dos tipos principales de pretensiones no resulta rígida. Ello resulta ante todo del hecho de que los problemas de libertad pueden ser interpretados también como problemas de igualdad y viceversa”. Cfr. GRIMM (2007), p. 56.

cláusula general de protección al pluralismo en el marco del CEDH. Segundo, en la jurisprudencia que ha establecido parámetros para la no discriminación. Tercero, en la jurisprudencia que ha tenido por fin definir la importancia del pluralismo educativo en contextos en los que se desenvuelven estas minorías.

Luego, como tercer aspecto, revisaré la abundante jurisprudencia del TEDH en cuestiones relacionadas con la representación política. Así, comenzaré revisando los polémicos y contradictorios casos sobre la disolución de partidos políticos en Turquía y Bulgaria. Seguiré con el análisis de casos que han recaído en las dos dimensiones del derecho al sufragio, esto es, tanto en su sentido pasivo como activo. Finalmente, revisaré la jurisprudencia sobre las dimensiones positivas del derecho de asociación.

Posteriormente y, en cuarto lugar, me abocaré a la jurisprudencia del TEDH sobre derechos culturales, donde el artículo 8 del CEDH, en lo relativo a la protección de la vida privada y familiar ha sido la punta de lanza para el reconocimiento y resguardo de prácticas culturales de minorías y grupos culturales que se encuentran en situación de desmedro en relación con el resto de la sociedad. Asimismo, revisaré la jurisprudencia del TEDH que ha recaído en este aspecto y que dice relación con una prohibición de discriminación a las prácticas culturales en contextos multiculturales.

La jurisprudencia del TEDH sobre libertad de expresión y su rol en contextos multiculturales será lo que abordaré en quinto lugar. Aquí, analizaré dos aspectos relevantes, el primero de ellos es el entendimiento que ha tenido el TEDH del rol de garantía al pluralismo que juega la libertad de expresión en contextos multiculturales y, el segundo, la importancia que ha tenido la jurisprudencia del TEDH en la prohibición del discurso del odio como una protección externa a los grupos culturales en el sentido que ha señalado Kymlicka y que he revisado en el capítulo anterior.

En sexto lugar, continuaré con una revisión de la profusa jurisprudencia del TEDH en ámbitos relacionados con la libertad religiosa, abordando los fallos sobre el uso de símbolos religiosos en espacios públicos y sus polémicas prohibiciones, las declaraciones sobre la propia religión, las relaciones y la autonomía en las órdenes religiosas y la dimensión colectiva del derecho a la

libertad religiosa. En este capítulo, la sentencia del TEDH en el caso “S.A.S con Francia” sobre el uso del velo integral en los espacios públicos tendrá un lugar central en el análisis, ya que me permitirá evidenciar las tensiones que existen al respecto.

En séptimo lugar, revisaré los fallos más relevantes del TEDH sobre migrantes y la protección que ha generado dicho tribunal a través de un entendimiento integrado y dinámico de los artículos 3, 4, 5, 6, 8 del CEDH más los artículos 2 y 4 del Protocolo Adicional N° 4. Resulta importante advertir que la jurisprudencia sobre migrantes la introduzco con el objeto de apreciar la protección que le ha dado el TEDH a la migración en sentido general, ya que muchos casos se refieren a situaciones de vulneración a los derechos humanos de individuos en los que (aparentemente) no juega un rol su condición cultural o el contexto multicultural que genera la migración. Sin embargo, al apreciar la jurisprudencia que ha desarrollado el TEDH en materia migratoria, se puede constatar la decisión de brindar una protección especial a los migrantes a través de la interpretación flexible de las disposiciones del CEDH. Así, analizaré la jurisprudencia del TEDH sobre los siguientes temas: 1) la expulsión de migrantes y sus condiciones de vida en centros de reclusión, revisado a la luz del artículo 3 del CEDH que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; 2) el derecho a la libertad y a la seguridad de los migrantes en procedimientos de expulsión o extradición, de conformidad con el artículo 5.1. letra f) del CEDH; 3) las garantías judiciales, proceso equitativo y su aplicación en casos de extradición, de conformidad al artículo 6 del CEDH; 4) las diversas aristas de la protección de la vida privada y familiar de los migrantes, en relación con el artículo 8 del CEDH; 5) la libertad de circulación y residencia y la prohibición de expulsiones colectivas de migrantes, de conformidad al artículo 2 y 4 del Protocolo Adicional N° 4; 6) los derechos sociales de los migrantes, contruidos a partir de una interpretación amplia e integradora del artículo 4 del CEDH.

Como noveno aspecto, abordaré la jurisprudencia del TEDH sobre un aspecto poco explorado y analizado en el contexto europeo como es los derechos de los pueblos indígenas que habitan los territorios de los Estados que forman parte del CEDH. En este apartado revisaré la jurisprudencia del TEDH y que dice relación con la forma de vida tradicional de los pueblos indígenas versus las actividades económicas que realiza el Estado. Luego, analizaré la jurisprudencia del TEDH sobre los territorios de los pueblos indígenas y la relocalización de estos.

La jurisprudencia seleccionada para el análisis tiene por objeto evaluar el marco teórico propuesto en el capítulo primero, revisando si la óptica multicultural ha permeado la jurisprudencia del TEDH y su forma de interpretación del CEDH, es decir, si ha recogido alguna de las herramientas interpretativas expuestas en el capítulo anterior. Asimismo, me propongo identificar la perspectiva filosófico-política que ha tenido el TEDH para el análisis de los casos en los que el multiculturalismo juega un rol relevante, revisando sus tensiones y diferencias en razón a las fuentes del multiculturalismo que he planteado en el capítulo primero. Así, el presente capítulo termina realizando un resumen analítico de la jurisprudencia revisada, considerando los parámetros jurisprudenciales y la óptica que utiliza el TEDH para la resolución de este tipo de casos.

2.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH fue creado en 1950 e instalado en 1959 en el marco del CDE³⁹⁵ y siendo el CEDH su principal instrumento normativo³⁹⁶. Desde su instalación hasta ahora el TEDH ha pasado por varios períodos, los que han sido sistematizados como³⁹⁷: el periodo de creación que culmina con la instalación del TEDH (1950-1959); el período de desarrollo (1959-1998) que se extiende hasta la entrada en vigor del Protocolo Adicional N° 11³⁹⁸; el período de funcionamiento del “nuevo

³⁹⁵ El CDE fue constituido por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949, siendo la más Antigua de las organizaciones internacionales que persiguen el ideal de la integración europea, tal como lo señala el artículo primero del tratado: “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. Actualmente, forman parte del Consejo de Europa todos los Estados europeos salvo Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano. Sobre la historia del CDE y sus desarrollos recientes, véase: PUETTER (2014).

³⁹⁶ El CEDH fue suscrito en Roma en 1950 por los Estados parte del CDE y según su Preámbulo éste tiene como objetivo tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Para Javier García Roca, de la lectura del preámbulo del CEDH pone de manifiesto la voluntad de los Estados miembros del CDE “(...) de constituir, poco después de la Declaración Universal, un Sistema regional de protección de los derechos humanos que, asegurara el reconocimiento normativo de esos derechos, reforzara su garantía colectiva y efectividad real, y fuera, al mismo tiempo, un «medio» que contribuyera a «realizar una unión más estrecha» de los europeos”. Cfr. GARCÍA ROCA (2014a), p. 19. La lista inicial de derechos humanos que protegía el CEDH en comparación con los enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos era menor. Sin embargo, con los sucesivos Protocolos adicionales al CEDH esta lista ha ido en aumento.

³⁹⁷ Sigo la sistematización realizada en: LÓPEZ GUERRA (2013a), pp. 165-166. Para un desarrollo profundo de cada una de las etapas del TEDH véase: BATES (2010).

³⁹⁸ El Protocolo Adicional N° 11, fue suscrito en Estrasburgo en 1994, reformó de forma sustancial el procedimiento ante el TEDH sustituyendo los artículos 19 al 56 del CEDH, estableciendo una legitimación directa a todas las personas

TEDH” se configura desde la entrada en vigencia del Protocolo Adicional N° 11, hasta la entrada en vigor del Protocolo Adicional N° 14 (1998-2010); el período actual que se configura con la entrada en vigencia del Protocolo Adicional N° 14 (2010- a la fecha).³⁹⁹

El CEDH es la piedra angular de la protección que otorga el TEDH, el que si bien desde un punto de vista formal es considerado un tratado internacional, ha sido conceptualizado como un “instrumento constitucional del orden público europeo” teniendo un valor que trasciende al alcance habitual que tienen los tratados como fuente del derecho⁴⁰⁰. En ese sentido García Roca señala que el CEDH tiene una triple naturaleza de carácter indisociable cuyos componentes se encuentran en una relación dialéctica en un escenario de pluralismo constitucional y de protección multinivel de los derechos humanos. Dichas características se dan porque el CEDH “amén de un «tratado», es una «garantía constitucional» de ciertos derechos, por la materia y la forma jurisdiccional de su protección así como por su finalidad integradora, y finalmente una «garantía comunitaria» en virtud de su recepción en la CDFUE”.⁴⁰¹

(individuos u organizaciones de tipo no gubernamental) sujetas a su jurisdicción para recurrir al TEDH sin tener que pasar por el filtro de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Para Luis López Guerra: “Esta reforma, por una parte, proveyó al Tribunal de herramientas para actuar más ágilmente frente a la nueva situación derivada de la ampliación de la Convención; al mismo tiempo, posiblemente, actuó como estímulo para que tal ampliación se tradujera, aún más, en un crecimiento de la carga de casos. La supresión del filtro de la Comisión, y las reducidas condiciones formales de las demandas (por ejemplo, no se exige la representación inicial por letrado ni se impone tasa alguna, y el plazo de presentación es notablemente amplio, de seis meses desde la última resolución en el nivel interno) explica la masiva afluencia de demandas ante el Tribunal, sobre todo en supuestos de insatisfactorias estructuras judiciales. El hecho es que el número de demandas, a partir de la puesta en práctica del Protocolo 11 ha sido muy considerable, (alrededor, en los últimos años, de unas cincuenta mil anuales) y desde luego superior a la capacidad de respuesta del Tribunal. Ello se ha traducido en la aparición de bolsas crecientes de casos esperando una resolución del Tribunal, bien de inadmisión, bien sobre el fondo, con los retrasos correspondientes”. Cfr. LÓPEZ GUERRA (2013b), pp. 344-345.

³⁹⁹ El Protocolo Adicional N° 14, suscrito en 2004, reformó el CEDH con el objeto de agilizar el funcionamiento del TEDH y hacerse cargo de la gran cantidad de casos que ingresan anualmente. Para ello, amplió los supuestos de inadmisibilidad de un caso, exigiendo para que un caso sea admisible que se haya producido un perjuicio grave al demandante. Además, realizó cambios orgánicos al interior del TEDH, ampliando el mandato de los jueces de seis a nueve años sin posibilidad de que estos fueran reelegidos, e introduce facultades al Consejo de Ministros para que se dirijan al TEDH para la interpretación de sus sentencias y en supuestos de inexecución de las mismas por parte de los Estados. Véase: *Ibid.*, pp. 345-346.

⁴⁰⁰ García Roca para llegar a esa conclusión recopila una serie de Sentencias del TEDH que dan cuenta de que el CEDH tiene diferencias importantes con el resto de los tratados internacionales y es un instrumento Constitucional del orden público europeo. Al respecto, véase: GARCÍA ROCA (2014a), pp. 22-28. Asimismo, véase: SAURA ESTAPÀ (2012), pp. 54-55.

⁴⁰¹ Cfr. *Ibid.*, p. 28. En el mismo sentido, véase: TORRES PÉREZ (2013), pp. 457-480. Sobre la protección multinivel de los derechos humanos y el pluralismo constitucional en Europa, véase: MACCORMIK (1999), pp. 117-121.

Asimismo, el TEDH tampoco sería un clásico tribunal internacional, ya que innovó desde su origen al permitir el acceso de todas las personas a las que se les violaran ciertos derechos sujetos a su jurisdicción (lo que se completó con la entrada en vigor del Protocolo Adicional N° 11), prescindiendo de la idea de reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones que de él se derivan, esto es, independientemente de la conducta de los Estados parte del CDE y obligando a que éstos entregaran una protección judicial efectiva en caso de vulneración de los derechos⁴⁰². Tal y como iremos viendo a lo largo del trabajo, en general la reforma introducida por el Protocolo N° 11 ha sido vista con buenos ojos por parte de la academia, sin embargo, para los miembros de los grupos desaventajados puede que ella no haya sido una muy buena noticia. Antes de la reforma, como los casos que se presentaban ante el TEDH necesitaban contar con el patrocinio de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ellos tenían un apoyo institucional y se enmarcaban en las líneas de trabajo hacia los grupos más vulnerables que poseía la Comisión. Ahora, los casos llegan de forma autónoma y en pie de igualdad con el resto de las peticiones individuales, lo que los deja desprovistos del contexto en el que se encuadraban con anterioridad y del soporte institucional que le brindaba la Comisión. Ello, trae como consecuencia que sea el TEDH el que tenga que estar atento a los casos que requieren de una mirada especial dado su específico contexto de vulnerabilidad y desprotección, lo que como iremos viendo no siempre ocurre.

El TEDH ha establecido como principio general, en el ejercicio de su función jurisdiccional⁴⁰³ e interpretativa, la idea que el CEDH significa una garantía colectiva de los derechos que establece, no sujeta al principio de reciprocidad, los cuales se deben considerar como derechos reales y efectivos, y no meramente formales, para lo cual las autoridades públicas no sólo deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos, sino también, deben realizar acciones positivas y proveer de los medios necesarios para la defensa efectiva de los mismos⁴⁰⁴. Así, para concretar

⁴⁰² Al respecto, véase: LÓPEZ GUERRA (2013a), pp. 166-167; GARCÍA ROCA (2014a), pp. 24-25.

⁴⁰³ Sobre los aspectos orgánicos y procedimentales del TEDH véase: LÓPEZ GUERRA (2013a), pp. 168-178.

⁴⁰⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 178-179. Denominado esta protección como el “principio de protección efectiva de los derechos”, García Roca señala que: “Conforme al contenido de este principio de protección colectiva y enjuiciamiento efectivo de los derechos (collective enforcement), se garantizan derechos no teóricos e ilusorios, sino concretos y efectivos. Es un principio de creación jurisprudencial que encuentra anclaje en distintas frases de los párrafos 3º, 4º y 5º del Preámbulo. En la teoría europea de los derechos es muy compartida la conveniencia de acometer una interpretación antiformalista; es menester proceder con una lógica material o realista, y no formal o rigorista ni siquiera estricta. Unas garantías con una textura tan abierta como son los derechos convencionales, en los que los supuestos de hechos

esto, el TEDH ha desarrollado los siguientes criterios hermeneuticos: la interpretación “evolutiva”, el empleo de los conceptos autónomos y la doctrina del margen de apreciación.

La interpretación “evolutiva” está presente en la jurisprudencia del TEDH en el sentido que este suele afirmar que el CEDH es un instrumento “vivo” y que debe ser interpretado a la luz de las “condiciones de vida actuales”, aspirando a mantener su vigencia y efectividad a través de los cambios sociales que experimenta el espacio europeo⁴⁰⁵. Tal como apunta Luis López Guerra, este criterio interpretativo, en algunas ocasiones, ha permitido alterar y cambiar la jurisprudencia del TEDH en la determinación de un derecho, utilizando como un componente para su delimitación la existencia o no de algún tipo de consenso por parte de los Estados miembros del CDE.⁴⁰⁶

Por su parte, el TEDH ha utilizado el criterio del empleo de “conceptos autónomos” para definir, de forma independiente, el significado que le da a los términos del CEDH y a los ordenamientos jurídicos nacionales. Para Kai Ambos y María Böhm, de esta manera el TEDH evita que los Estados, mediante la aplicación e interpretación de su derecho interno, puedan dirigir las garantías provistas por el CEDH.⁴⁰⁷

La doctrina del margen de apreciación nacional ha sido definida como el campo de acción e interpretación de los derechos humanos dejado a las autoridades nacionales y de forma subsidiaria a los tribunales regionales de protección de los derechos humanos⁴⁰⁸. Este concepto se ha

se introducen en las normas reconocedoras especificándolas, no permiten contentarse con un entendimiento más tradicional, literal y rituario”. Cfr. GARCÍA ROCA (2014a), p. 33.

⁴⁰⁵ Cfr. LÓPEZ GUERRA (2013a), p. 179. Asimismo, véase: AMBOS y BÖHM (2013), pp. 1066-1068. Por su parte, Javier García Roca le llama a este criterio interpretativo “evolutivo y sociológico”, señalando que junto con mantener la vigencia del CEDH y adaptarlo a los cambios sociales, también ha permitido “mirar al pasado sin ira y ponderar con realismo y actualidad las actuaciones en tiempos revueltos. En el Caso del Partido Laborista de Georgia, de 8 de julio de 2008, y al hilo de la garantía de elecciones libre del artículo 3 P 1, se revisan los numerosos defectos en el censo electoral, que el TEDH no niega, pero se valoran teniendo en cuenta que ocurrieron en las primeras elecciones democráticas después de la llamada revolución rosa. Del mismo modo, en el Caso Adamson contra Letonia, de 24 de junio de 2008, se revisan las restricciones impuestas al sufragio de aquellos ciudadanos que en los años setenta colaboraron con el KGB y las fuerzas soviéticas de ocupación; y se aprecia una progresiva tendencia a no dar más por válidas esas restricciones a los derechos políticos, que pudieron ser lógicas y comprensibles, pero pierden justificación con el paso del tiempo”. Cfr. GARCÍA ROCA (2014a), pp. 40-41.

⁴⁰⁶ Cfr. LÓPEZ GUERRA (2013a), p. 179.

⁴⁰⁷ Cfr. AMBOS y BÖHM (2013), p. 1069. Para Luis López ejemplos de la interpretación que utiliza los “conceptos autónomos”, pudieran ser la definición del concepto de víctima del artículo 34 del CEDH. Al respecto, véase: LÓPEZ GUERRA (2013a), p. 180.

⁴⁰⁸ Cfr. BARBOSA (2013), p. 1090.

convertido en una base de apoyo permanente en la jurisprudencia del TEDH, encontrado su principal soporte en la deferencia que tiene el TEDH hacia los tribunales nacionales y la acción Estatal en la configuración y aplicación de los Derechos Humanos que protege la CEDH⁴⁰⁹. Esta doctrina de creación jurisprudencial⁴¹⁰ no tenía un anclaje expreso ni en el Preámbulo ni en el articulado del CEDH⁴¹¹. Sin embargo, debido a su masiva utilización e importancia como herramienta hermenéutica ha llevado a que se encuentre para ratificación de los Estados miembros del CDE el Protocolo Adicional N° 15 (2013), que agrega un párrafo final al Preámbulo del CEDH en el que se señala que los Estados gozan de un margen de apreciación para la protección de los derechos humanos, en concordancia con el principio de la subsidiariedad⁴¹², sometido a una supervisión jurisdiccional.⁴¹³

Esta doctrina ha sido controvertida y criticada como recurso hermenéutico por ser la contracara de una interpretación de tipo finalista⁴¹⁴, por provocar incoherencias estructurales, afectar la

⁴⁰⁹ En este sentido resulta relevante la distinción que realiza Pablo Contreras sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación por parte del TEDH, señalando que su utilización se ha dado en tres tipos de casos. En un primer grupo de casos el TEDH ha señalado que la doctrina del margen de apreciación no tiene aplicación, ya que estos casos dicen relación con la esencia misma del derecho, por ejemplo: en la prohibición de la tortura y en derechos políticos como la libertad de expresión o la libertad de asociación. En un segundo grupo de casos, el TEDH reconoce un margen reducido de apreciación para los Estados cuando tienen relación con derechos políticos o de propiedad. En el tercer grupo de casos ha reconocido un amplio margen de apreciación cuando los derechos en juego tienen que ver con la libertad religiosa, la libertad de expresión en casos no de índole política y en el derecho a la vida privada y familiar. Cfr. CONTRERAS (2012), p. 30.

⁴¹⁰ Coincide la doctrina en señalar el caso “Handyside y Sunday Times con Reino Unido (1976)” como el punto de partida de la herramienta hermenéutica del margen de apreciación nacional. Al respecto, véase: BARBOSA (2013), p. 1095; GARCÍA ROCA (2014a), p. 32; IGLESIAS (2014), p. 18; LÓPEZ GUERRA (2013a), p. 181.

⁴¹¹ Cfr. GARCÍA ROCA (2014a), p. 31.

⁴¹² El principio de subsidiariedad busca, básicamente, que las decisiones sobre la protección de los derechos humanos sean tomadas en las instancias nacionales, por ser las más próximas a los ciudadanos y a los hechos. Al respecto, véase: CAROZZA (2002), pp. 38-79.

⁴¹³ El Protocolo Adicional N° 15 señala lo siguiente: “At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”. Para algunos autores, una vez que el Protocolo Adicional N° 15 entre en vigor comenzará una nueva etapa en la historia del TEDH, la que estará marcada por el principio de subsidiariedad. Al respecto, véase: PARRA (2016), pp. 597-603.

⁴¹⁴ Una interpretación finalista del CEDH significa aquella que busca que los términos del tratado alcancen el objetivo del tratado, esto es la protección de los derechos humanos en Europa. En ese sentido, Javier García Roca señala, con acierto, que del Preámbulo del CEDH se establecen expresamente los objetivos de este, los que debieran guiar al TEDH a realizar una interpretación de tipo “finalista” que busque alcanzar una unión más estrecha de los miembros de CDE y la protección y el desarrollo de los Derechos Humanos que el CEDH reconoce. En ese sentido, apunta que, en sus primeras dos etapas, el TEDH sí habría realizado una interpretación de tipo finalista (cita las sentencias en el

seguridad jurídica e impedir la consolidación de la protección regional de los derechos humanos en Europa⁴¹⁵. Aunque, tal y como señala Marisa Iglesias, esta doctrina “también ha sido alabada por ser un mecanismo que asegura la flexibilidad argumentativa necesaria, por un lado, legitimar la autoridad del TEDH frente a la voluntad estatal en la protección de derechos y, por otro, reflejar el pluralismo democrático existente en Europa”.⁴¹⁶

Compartiendo el intento de Marisa Iglesias por reconducir la herramienta hermenéutica del margen de apreciación a una versión de tipo “racionalizada” que pueda superar las críticas que se le han realizado y reconozca el valor que tiene una deferencia crítica por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos hacia la actividad Estatal, plantea que la doctrina del margen de apreciación podría ser conceptualizada como un balance entre los valores que dan sentido al CEDH y la democracia. Ello, implica que los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos realicen un razonamiento que examine si la medida estatal impugnada logra balancear aquitativamente los derechos individuales y los valores democráticos, tomando en consideración la dualidad axiológica entre democracia y derechos que el CEDH reconoce en su preámbulo. Para la autora, “(...) la argumentación del Tribunal no tiene por qué estar mediatizada por consideraciones generales acerca de su legitimidad institucional ni la voluntad estatal tiene por qué adquirir un valor independiente. Su valor será funcional al éxito del estado en conseguir este equilibrio axiológico inherente a una sociedad democrática. La finalidad de esta versión racionalizada, entonces, no sería simplemente la justificación de la “deferencia” al estado sino el reconocimiento equilibrado de los valores democráticos en el sistema de protección de derechos humanos en Europa”.⁴¹⁷

Como veremos en los apartados que siguen, los diferentes principios y criterios interpretativos han sido utilizados por el TEDH al momento de resolver casos de tipo multicultural, siendo el “margen de apreciación nacional” el que ha causado mayor controversia, ya que ha permitido y

caso “Tyrer con Reino Unido (1798)” y en el caso “Soering con Reino Unido (1989)”, las que fueron perdiendo espacio debido a un creciente uso de la doctrina del margen de apreciación. Cfr. GARCÍA ROCA (2014a), pp. 29-32.

⁴¹⁵ Para revisar las críticas doctrinarias que ha recibido la doctrina del margen de apreciación, entre otros, véase: BRAUCH (2005), pp. 113-150; LETSAS (2007); GARCÍA ROCA (2010), pp. 107-108; SENDEN (2011).

⁴¹⁶ Cfr. IGLESIAS (2014), p. 19. En ese sentido, véase: GERARDS (2011), pp. 80-120; LEGG (2012).

⁴¹⁷ Cfr. IGLESIAS (2016), p. 187.

justificado conductas estatales que afectan directamente los derechos que protege el CEDH, en particular en materia de representación política y libertad religiosa.⁴¹⁸

2.2. JURISPRUDENCIA RELATIVA A MINORÍAS NACIONALES

El TEDH ha emitido sentencias en una variedad de asuntos que involucran a minorías nacionales bajo el CEDH⁴¹⁹. La jurisprudencia del TEDH ha tenido un acercamiento paulatino a los temas de pluralismo, identidad y no discriminación de las minorías nacionales en las últimas tres décadas⁴²⁰, recibiendo casos –inicialmente desde Turquía y Grecia y luego desde países que formaban parte del bloque soviético- que afectaban la afirmación y la manifestación de la identidad de las minorías nacionales, principalmente, en el espacio público.⁴²¹

Así, los casos se han tratado sobre aspectos relacionados con la libertad de asociación⁴²², libertad de expresión⁴²³ y libertad religiosa de las minorías nacionales⁴²⁴. En general, en estos casos las autoridades estatales han denegado la posibilidad de registro de asociaciones que representan a minorías nacionales o reclaman por sus derechos, han disuelto partidos políticos con dichas características, o han prohibido reuniones públicas. En la mayoría de estos casos el TEDH ha rechazado las defensas de los Estados en orden de que las prohibiciones han tenido por fundamento la prevención del desorden o la protección de los derechos de otros.⁴²⁵

Resumiendo la doctrina que ha establecido el TEDH sobre la materia, Pentassuglia señala que ésta se ha basado en tres ideas generales e interrelacionadas entre sí. La primera, consiste en la

⁴¹⁸ Al respecto, véase los puntos 2.3 y 2.6 del presente capítulo.

⁴¹⁹ Sobre los actuales conflictos con minorías nacionales en Europa, véase: BONET (2016), pp. 123-151.

⁴²⁰ Para Gaetano Pentassuglia al respecto señala que, en un informe de 1973, el Comité de Expertos en Derechos Humanos del Consejo de Europa explicó que, si bien no era necesario un protocolo adicional sobre el tema, "tampoco existe un obstáculo principal de carácter jurídico". Casi 40 años después, un protocolo sobre las minorías sigue sin estar disponible. Sin embargo, los acontecimientos importantes, como la expansión del sistema del TEDH hacia el este posterior a 1989 y la adopción de nuevos textos de importancia para los grupos minoritarios por parte del CDE y otras instituciones europeas y mundiales durante los últimos 20 años, ha generado una sensibilidad en el TEDH a las cuestiones de pluralismo, identidad y no discriminación de los grupos minoritarios. Cfr. PENTASSUGLIA (2013), pp. 73-74.

⁴²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 74.

⁴²² Al respecto, véase el apartado 2.3. del presente capítulo.

⁴²³ Al respecto, véase el apartado 2.5. del presente capítulo.

⁴²⁴ Al respecto, véase el apartado 2.6. del presente capítulo.

⁴²⁵ Cfr. PENTASSUGLIA (2013), p. 75.

confirmación por parte del TEDH de que la existencia de minorías nacionales y diversidad cultural en los países europeos es un hecho histórico y parte de lo que entendemos por “sociedad democrática”, la que debe ser protegida de conformidad a los principios del derecho europeo. La segunda, dice relación con que la disolución de los partidos o asociaciones de minorías nacionales o pro-minoritarias no cumple con el requisito de proporcionalidad impuesto en las cláusulas de limitación pertinentes si sus actividades se llevan a cabo a través de medios no violentos y democráticos. La tercera, consiste en la idea de que el pluralismo es un valor protegido por el CEDH.⁴²⁶

En el presente apartado, revisaré la jurisprudencia del TEDH sobre minorías nacionales en términos generales, esto es en sus aspectos relacionados con la protección del pluralismo, la no discriminación y el pluralismo político. En los apartados siguientes cuando analice los fallos sobre representación política, derechos culturales, libertad de expresión y libertad religiosa, abordaré el resto de los tópicos relacionados con los derechos de este grupo desaventajado.

2.2.1. Minorías nacionales y protección del pluralismo

En orden cronológico el TEDH ha resuelto tres casos que abordan la protección del pluralismo como un valor del CEDH. Estos casos son los siguientes: 1) Sidiropoulos y otros con Grecia (1998)⁴²⁷; 2) Gorzelik y otros con Polonia (2004)⁴²⁸; 3) Tourkiki Enosi Xanthis y otros con Grecia (2008).⁴²⁹

El caso Sidiropoulos y otros con Grecia (1998) se trata de seis ciudadanos griegos, que viven en el norte de Grecia (Florina), que declaran ser miembros de la nación de Macedonia y que junto a otras cuarenta y nueve personas forman una asociación que denominan: “la casa de la civilización de Macedonia”. La asociación tiene por objetivos: 1) el desarrollo cultural, intelectual y artístico y la cooperación y la solidaridad entre los miembros de la nación de Macedonia; 2) la promoción y el desarrollo de su cultura tradicional; 3) la protección de su medio ambiente.⁴³⁰

⁴²⁶ Cfr. Idem.

⁴²⁷ Véase: STEDH (1998). Sidiropoulos y otros con Grecia.

⁴²⁸ Véase: STEDH (2004). Gorzelik y otros con Polonia.

⁴²⁹ Véase: STEDH (2008). Tourkiki Enosi Xanthis y otros con Grecia.

⁴³⁰ Cfr. STEDH (1998). Sidiropoulos y otros con Grecia, párrs. 7-8.

De conformidad con la legislación griega, los miembros de la asociación “la casa de la civilización de Macedonia” concurrieron a los Tribunales locales para el registro de su asociación, la que fue denegada por ser contraria a los intereses de la nación griega y, consequntemente, a la ley. Posteriormente, tanto su apelación como el recurso de casación fueron rechazados por la misma razón.⁴³¹

Debido a lo anterior, el Sr. Sidiropoulos junto a los otros seis ciudadanos griegos recurrieron ante el TEDH alegando la violación de los artículo 6.1 (debido proceso), 9 (libertad de conciencia y religiosa), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de asociación), todos en relación con el artículo 14 (prohibición de discriminación) del CEDH.⁴³²

Para el TEDH la restricción a los derechos señalados en el párrafo anterior y alegados por el Sr. Sidiropoulos y otros, careció de un legítimo fundamento y no es necesaria en una sociedad democrática. Para el TEDH no hay razones para que las autoridades de Grecia invoquen el “interés nacional” y el “orden público” en el presente caso, ya que los fines que persigue la asociación tienen que ver con el hecho multicultural, esto es, la existencia de la diversidad nacional y cultural al interior de Grecia. El TEDH señala que la existencia de minorías nacionales al interior de Grecia, constituye un hecho histórico que una sociedad democrática debe tolerar y proteger en el marco del respeto al derecho internacional de los derechos humanos.⁴³³ Además, los fines de la asociación se enmarcan dentro de actividades pacíficas y no representan una amenaza para la democracia griega.⁴³⁴

Por su parte el caso “Gorzelik y otros con Polonia” fue resuelto por la Gran Sala del TEDH y trata sobre tres ciudadanos polacos que declaran pertenecer a la nación “Silesia”⁴³⁵ y que junto a

⁴³¹ Cfr. Ibid., párrs. 9-12.

⁴³² Cfr. Ibid., párrs. 20-21.

⁴³³ Cfr. Ibid., párr. 41.

⁴³⁴ Cfr. Ibid., párrs. 37-47.

⁴³⁵ Silesia (Śląsk) es una región histórica que se encuentra ahora en el suroeste de Polonia. Fue, originalmente, una provincia polaca que se convirtió en posesión de la Corona de Bohemia en 1335. Pasó con esa Corona a la Casa de Habsburgo en 1526, y fue tomada por Prusia en 1742 bajo el Tratado de Berlín. Después de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles de 1919 preveía un plebiscito para determinar si la Alta Silesia debía permanecer alemana o pasar a Polonia. Los resultados del plebiscito en 1921 fueron favorables a Alemania excepto en la parte más oriental de la Alta Silesia. Después de un levantamiento armado de los polacos en 1922, la Liga de las Naciones aceptó una división del territorio. La mayor parte de la zona industrial, incluida Katowice, pasó a Polonia. A raíz del Pacto de

otras ciento noventa personas deciden formar una asociación que denominaron: “la unión del pueblo de nacionalidad Silesia”. Una vez que habían elegido la directiva provisional y procedían a la inscripción de la asociación en los tribunales regionales, comenzó una larga disputa judicial que concluyó con la denegación de la inscripción de la asociación⁴³⁶. El argumento, en este caso, para no aceptar la inscripción fue que la ley polaca a la fecha no reconocía a la “nación Silesia” y el hecho de reconocer la asociación implicaba vulnerar el artículo 32 de la Constitución que establecía que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos. Para las autoridades polacas, el hecho de reconocer la asociación Silesia, implicaba reconocer la existencia de una minoría nacional y, por ende, un estatuto jurídico diferente al interior del país para ellos.⁴³⁷

En razón de lo anterior, los recurrentes alegaron la violación por parte de Polonia del artículo 11 (libertad de asociación) del CEDH por el hecho de que las autoridades polacas se rehusaron a registrar la asociación que denominaron: “la unión del pueblo de nacionalidad Silesia”.⁴³⁸

El TEDH condena a Polonia por violación al artículo 11 del CEDH y resuelve el caso estableciendo la importancia del pluralismo en sociedades multiculturales como las europeas. En ese sentido señala que el pluralismo se basa en el reconocimiento genuino y el respeto de la diversidad y la dinámica de las tradiciones culturales, las identidades étnicas y culturales, las

Munich de 1938, la mayor parte de la Silesia checa se dividió entre Alemania y Polonia. Después de la conquista alemana de Polonia en 1939, toda la Silesia polaca fue anexada por Alemania. Después de la Segunda Guerra Mundial, la frontera pre-1938 entre Polonia y Checoslovaquia fue restaurada. El límite occidental de Polonia se trasladó a los ríos Oder y Lusatian Neisse. En efecto, toda la antigua Silesia alemana situada al este de la Neuse lustiana fue incorporada a Polonia, mientras que sólo un pequeño sector de la Baja Silesia, al oeste de la Neisse, permaneció dentro de la antigua Land de Sajonia, Alemania Oriental. Según algunos lingüistas, aunque el idioma polaco es relativamente poco afectado por las variaciones regionales, es posible identificar al menos dos variedades regionales: Kashubian y Silesian. En el proceso interno, el Sr. Gorzelik, calificó al silesiano de un idioma aún no codificado que era una mezcla de checo, alemán y polaco.

Del 2 de mayo al 8 de junio de 2002 se realizó en Polonia un censo, el Censo Nacional de Población y Vivienda. Su objetivo era reunir datos relativos a la distribución de la población, factores demográficos y sociales, empleo, niveles de vida y vivienda. También abordó cuestiones relacionadas con la ciudadanía y la nacionalidad. Según el informe del censo elaborado por la Oficina Central de Estadística (Główny Urząd Statystyczny), 36.983.700 personas (96,74% de la población) se declararon nacionales polacos. 471.500 personas (1,23% de la población) declararon ser de nacionalidad no polaca, incluidas 173.200 personas que declararon ser "silésias". Al respecto, véase: STEDH (2004). Gorzelik y otros con Polonia, párrs. 13-15.

⁴³⁶ Cfr. Ibid., párrs. 16-32.

⁴³⁷ Cfr. Ibid., párrs. 33-36.

⁴³⁸ Cfr. Ibid., párr. 3.

creencias religiosas, las ideas y los conceptos artísticos, literarios y socioeconómicos. La interacción armoniosa de personas y grupos con identidades variadas es esencial para lograr la cohesión social. Es natural que, cuando una sociedad funciona de manera sana, la participación de los ciudadanos en el proceso democrático se logre, en gran medida, mediante la pertenencia a asociaciones en las que puedan integrarse y perseguir colectivamente objetivos comunes.⁴³⁹

Además, el TEDH establece que la libertad de asociación es fundamental para minorías nacionales y que al Estado no sólo le corresponde su respeto sino que también debe tomar medidas positivas y crear las condiciones para que las personas pertenecientes a minorías nacionales puedan expresar su identidad cultural.⁴⁴⁰

De similares características al caso Sidiropoulos, pero con diez años de diferencia, fue el caso “Tourkiki Enosi Xanthis y otros con Grecia (2008)”. En este caso los recurrentes, que eran ciudadanos griegos pertenecientes a la minoría musulmana, fundaron la “Casa de la juventud turca Xanthi”, en la región de Tracia occidental. Sus objetivos, eran los de preservar y promover la cultura de la "Tracia turca occidental" y crear lazos de amistad y solidaridad entre ellos, contribuyendo a la difusión de reformas sociales, culturales y religiosa⁴⁴¹. Por las mismas razones que en el caso Sidiropoulos, los Tribunales griegos negaron la continuidad de la asociación y ordenaron su disolución, por el hecho de afectar el “orden público” y atentar en contra de los “intereses de la nación”.⁴⁴²

En este caso, junto con aplicar los argumentos señalados en el fallo del caso Sidiropoulos, para condenar a Grecia por violación del artículo 11 del CEDH, el TEDH citó el caso Gorzelik, señalando que el pluralismo es un valor que el CEDH establece y que debe ser protegido en las sociedades democráticas.⁴⁴³

Como podemos apreciar, los tres casos reseñados poseen características comunes, esto es abordan la situación de miembros de un grupo étnico-cultural que son discriminados y violentados

⁴³⁹ Cfr. Ibid., párr. 92.

⁴⁴⁰ Cfr. Ibid., párr. 93.

⁴⁴¹ Véase: STEDH (2008). Tourkiki Enosi Xanthis y otros con Grecia, párrs. 6-9.

⁴⁴² Cfr. Ibid., párrs. 10-16.

⁴⁴³ Cfr. Ibid., párrs. 47-57.

en sus derechos humanos, en particular la libertad de expresión y asociación, por parte de la estructura estatal que representa la visión cultural de la sociedad mayoritaria. La defensa estatal en estos tres casos fue similar, esto es, atrincherarse detrás del formalismo del principio de igualdad, señalando que no hubo tal discriminación sino más bien la aplicación de los criterios previstos en la ley que son neutros culturalmente o iguales para todos. A pesar de la defensa estatal, el TEDH utilizando una interpretación contextual comienza identificando a los recurrentes como parte de una “minoría cultural o nacional” y desde ese lugar analiza las restricciones formales que aplican las autoridades estatales para restringir el derecho a la asociación o a la libertad de expresión. Luego, sostiene que uno de los valores del CEDH es la protección del pluralismo, asignándole una protección especial a los individuos que forman parte de los grupos étnicos-culturales que previamente identificó.

Así, podemos apreciar que en este primer grupo de casos para el TEDH la adscripción cultural y étnica de los peticionarios juega un papel relevante para la resolución del mismo, ya que la restricción a los derechos del CEDH que ellos alegan el TEDH la analiza tomando en consideración el contexto multicultural de la sociedad en la que se desenvuelven y desde ahí revisa con mayor escrutinio si la legislación y la actividad estatal permiten una adecuada protección de los miembros de este tipo de grupos. Además, fija un valor referencial para el análisis de las normas del CEDH esto es la protección del “pluralismo”. En ese sentido, el el TEDH utiliza la herramienta hermeneutica del contexto para lograr una interpretación flexible de las normas del CEDH y evaluar la práctica estatal.

2.2.2. Minorías nacionales y no discriminación

El artículo 14 del CEDH establece una serie de motivos de discriminación especialmente prohibidos por ser contrarios al principio de igualdad, dentro de los que se encuentran la “raza y la etnia” y la pertenencia a “minorías nacionales”. Bajo estas categorías el TEDH ha revisado una serie de casos que se enmarcan en acciones discriminatorias en contra de grupos culturalmente minoritarios y minorías nacionales propiamente dichas. Los casos sobre discriminación de grupos culturales los analizaré en el apartado 2.4 del presente capítulo, por lo que aquí me referiré sólo al

caso Timishev con Rusia (2005) que aborda un supuesto de discriminación contra una minoría nacional.

El Sr. Timishev nació en 1950 en la República Chechena y vivía en la ciudad de Nalchik, en la República de Kabardino-Balkar de la Federación de Rusia. El 31 de diciembre de 1994, su propiedad en Grozny fue destruida como resultado de una operación militar. Desde el 15 de agosto de 1996, el Sr. Timishev vive en Nalchik como migrante forzoso⁴⁴⁴ y recurrió al TEDH por tres hechos que consideró atentatorios al artículo 14 y el artículo 2 del Protocolo N° 4 (libertad de movimiento), estos son: 1) que el demandante solicitó el registro de su residencia permanente en Nalchik. Su solicitud fue rechazada de conformidad con las leyes locales de Kabardino-Balkar que prohíben a los ex residentes de la República de Chechenia obtener residencia permanente en Kabardino-Balkar. La negativa de las autoridades locales fue confirmada por el Tribunal de la ciudad de Nalchik el 19 de septiembre de 1997 y por el Tribunal Supremo de la República de Kabardino-Balkar el 23 de octubre de 1997⁴⁴⁵; 2) que el día 19 de junio de 1999 cuando se dirigía desde Nazran a Kabardino-Balkar las autoridades policíacas le negaron la entrada debido a su origen checheno⁴⁴⁶; 3) que a sus hijos (8 y nueve años de edad) no les permitieron seguir asistiendo al colegio debido a que no contaban con tarjeta de residente, la que no podían obtener dado su origen checheno.⁴⁴⁷

Para el TEDH el Gobierno de Rusia no ofreció ninguna justificación para la diferencia de trato entre las personas de origen checheno y no checheno en el disfrute de su derecho a la libertad de circulación. En cualquier caso, el TEDH consideró que ninguna diferencia de trato basada, exclusivamente o en una medida decisiva, en el origen étnico de una persona puede justificarse objetivamente en una sociedad democrática basada en los principios del pluralismo y el respeto de las diferentes culturas⁴⁴⁸. Al igual que en el grupo de fallos anteriores, el TEDH analiza el caso siendo atento y deferente al contexto y a la importancia de las características étnicas y culturales del mismo. Además, en este caso el TEDH utiliza el enfoque del liberalismo multicultural para

⁴⁴⁴ Véase: STEDH (2005). Timishev con Rusia, párrs. 9-10.

⁴⁴⁵ Cfr. párr. 11.

⁴⁴⁶ Cfr. párrs. 12-21.

⁴⁴⁷ Cfr. párrs. 22-27.

⁴⁴⁸ Cfr. párrs. 57-58.

generar una protección externa (en los terminos de Kymlicka) hacia el Sr. Timishev, ya que lo protege en su condición de minoría étnica de una práctica de la sociedad culturalmente mayoritaria por ser contraria al valor del pluralismo.

2.2.3. Minorías nacionales y pluralismo educativo

La jurisprudencia sobre pluralismo educativo en contextos multiculturales se enmarca en el artículo 2 del Protocolo Adicional N° 1 que proclama una libertad de tipo negativa y utiliza un lenguaje mas alejado del propio de los derechos de prestación. Así, el CEDH “no parece imponer a los Estados obligación prestacional alguna, sino únicamente la de asegurar que a nadie se niegue su derecho a la instrucción con una típica fórmula de regulación de libertad negativa; y si el Estado asume alguna función en la materia, habrá de ejercerla sin violentar las convicciones paternas. Se preserva así un espacio de autonomía individual contra toda enseñanza dirigista y propagandística que desvirtúe el pluralismo propio de la sociedad democrática”.⁴⁴⁹

En este apartado revisaré, exclusivamente, las sentencias del Caso Chipre con Turquía (2001)⁴⁵⁰ y Catan y otros con Moldavia y Rusia (2012)⁴⁵¹, ya que si bien hay otras sentencias relevantes sobre minorías culturales y pluralismo educativo (que analizaré en el apartado 2.4 sobre derechos culturales y en el 2.6 sobre libertad religiosa), éstas se refieren en particular a la situación de grupos nacionales en contextos de opresión.

El caso entre Chipre y Turquía seguido ante el TEDH resuelve un conjunto de violaciones al CEDH que se derivan de la ocupación turca del norte de Chipre desde que Turquía efectuara allí operaciones militares en julio y agosto de 1974, y de la división continua que sufre desde entonces del territorio de Chipre.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Cfr. CANOSA (2014b), p. 694.

⁴⁵⁰ Véase: STEDH (2001). Chipre con Turquía.

⁴⁵¹ Véase: STEDH (2012). Catan y otros con Moldavia y Rusia.

⁴⁵² La STEDH versa sobre: 1) *Chipriotas griegos detenidos desaparecidos y sus familias*: a) *violación continuada del artículo 2* (derecho a la vida) del CEDH porque las autoridades de Turquía no desarrollaron una investigación efectiva sobre la suerte de los chipriotas griegos que desaparecieron en circunstancias que ponían su vida en peligro, y sobre el lugar en que se encontraban; b) *violación continuada del artículo 5* (derecho a la libertad y a la seguridad) porque las autoridades turcas no llevaron a cabo una investigación efectiva sobre la suerte de los chipriotas griegos desaparecidos de los que se alega, de manera defendible, que se encontraban detenidos bajo la autoridad de Turquía en el momento de su desaparición, y sobre el lugar en que se encontraban; c) *violación continuada del artículo 3*

En cuanto a la violación del artículo 2 del Protocolo Adicional N°1, la petición sostenía que, aunque existía un sistema de enseñanza primaria para los niños griego chipriotas que vivían en el norte de Chipre, no había escuelas secundarias para ellos. La gran mayoría de los escolares se dirigió hacia el sur para su educación secundaria y la restricción del regreso de los escolares griego chipriotas al norte después de la finalización de sus estudios había llevado a la separación de muchas familias.⁴⁵³

Para el TEDH existió una violación al derecho a la educación, ya que los estudiantes no se beneficiaron de una educación secundaria apropiada, aunque señala que el CEDH no reconoce el derecho a la enseñanza en una lengua determinada, si objeto que las condiciones no eran ni realistas

(prohibición de tratos inhumanos o degradantes) porque el silencio de las autoridades turcas ante la inquietudes reales de las familias de los desaparecidos constituye, en relación con éstas, un trato de tal gravedad que puede calificarse de inhumano. 2) *Domicilio y bienes de las personas desplazadas*: a) *violación continuada del artículo 8* (derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia) debido al rechazo de autorizar a los chipriotas griegos desplazados a volver a su domicilio en el norte de Chipre; b) *violación continuada del artículo 1 del Protocolo número 1* (protección de la propiedad) porque se negó a los chipriotas griegos que poseían bienes en el norte de Chipre el acceso a sus bienes, el control, el uso y el disfrute de éstos, así como cualquier reparación de la injerencia en su derecho de propiedad; c) *violación del artículo 13* (derecho a un recurso efectivo) dado que los chipriotas griegos que no residían en el norte de Chipre no dispusieron de ningún recurso para oponerse a los ataques a sus derechos garantizados por los artículos 8 del CEDH y 1 del Protocolo número 1. 3) *Condiciones de vida de los chipriotas griegos en la región de Karpas, en el norte de Chipre*: a) *violación del artículo 9* (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) en el caso de los chipriotas griegos que vivían en el norte de Chipre, dado que las restricciones que afectaron a su libertad de movimientos redujeron su acceso a los lugares de culto y su participación en otros aspectos de la vida religiosa; b) *violación del artículo 10* (libertad de expresión) en el caso de los chipriotas griegos que vivían en el norte de Chipre, dado que los manuales destinados a su escuela primaria fueron sometidos a una censura excesiva; c) *violación continuada del artículo 1 del Protocolo número 1* en el jefe de los chipriotas griegos que vivían en el norte de Chipre dado que, cuando dejaban definitivamente esta región, no se les garantizaba su derecho al respeto de sus bienes y que, en caso de defunción, no se reconocían los derechos sucesorios de los padres del difunto que residía en el sur; d) *violación del artículo 2 del Protocolo número 1* (derecho a la instrucción) en el caso de los chipriotas griegos que viven en el norte de Chipre dado que no se beneficiaron de una enseñanza secundaria apropiada; d) *violación del artículo 3* puesto que los chipriotas griegos que vivían en la región de Karpas, en el norte de Chipre, sufrieron una discriminación equivalente a un trato degradante; e) *violación del derecho de los chipriotas griegos que viven en el norte de Chipre al respeto de su vida privada y familiar y su domicilio, garantizado por el artículo 8*; e) *violación del artículo 13* por el hecho de la falta, derivada de una práctica, de recurso en cuanto a las injerencias de las autoridades en los derechos de los chipriotas griegos que vivían en el norte de Chipre a tenor de los artículos 3, 8, 9 y 10 del CEDH y 1 y 2 del Protocolo número 1. 4) *Derechos de los chipriotas turcos instalados en el norte de Chipre*: a) *violación del artículo 6* (derecho a un proceso equitativo) debido a una práctica legislativa que autorizaba a los tribunales militares a juzgar a los civiles. El TEDH concluye por otra parte la *no violación* respecto a un cierto número de quejas, entre ellas todas las sometidas a título de las disposiciones siguientes: artículo 4 (prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados), artículo 11 (libertad de reunión y de asociación), artículo 14 (prohibición de la discriminación), artículo 17 (prohibición del abuso de Derecho) y artículo 18 (limitación del uso de las restricciones a los derechos) tomadas con todas las disposiciones citadas anteriormente. En cuanto a un cierto número de otras alegaciones, el TEDH concluyó que no procedía examinar la cuestión planteada. Cfr. STEDH (2001). Chipre con Turquía, párrs. 17-55.

⁴⁵³ Cfr. *Ibid.*, párr. 44.

ni adecuadas⁴⁵⁴. Para Raúl Canosa, de la argumentación del TEDH sí se podría inferir que las autoridades tenían la obligación de crear estructuras de enseñanza secundaria en el idioma griego para dichos niños.⁴⁵⁵

Por su parte, en el caso *Catan y otros con Moldavia y Rusia* (2012)⁴⁵⁶, el TEDH reitera la idea de que el derecho a la educación que debe ser garantizado por el Estado es esencial para la preservación de una sociedad democrática y que ello implica que se proteja el pluralismo⁴⁵⁷. Así, el TEDH condenó a Rusia por violación del artículo 2 del Protocolo Adicional N°1, por haber suprimido la enseñanza del alfabeto latino en la zona de Moldavia, para implantar la enseñanza en el alfabeto cirílico.⁴⁵⁸

En estos dos casos, nuevamente (al igual que en los casos del punto 2.2.1) para el TEDH la adscripción cultural y étnica de los peticionarios juega un papel relevante para la resolución del mismo. Ahora, para el TEDH el efectivo ejercicio del derecho a la educación debe considerar el valor del pluralismo y las características multiculturales de la sociedad, señalando que los Estados para garantizar el pluralismo cultural deben tomar las medidas que sean necesarias para ello. Con esto, el TEDH da un paso en la dirección de afianzar un enfoque vinculado con el liberalismo multicultural, ya que señala que los Estados deben tomar medidas positivas para garantizar el pluralismo, valorando expresamente el papel que juega la cultura para el desenvolvimiento de la autonomía de los individuos (en especial en materia educativa) y la importancia que tiene el idioma para la preservación de la diversidad cultural.

2.3. JURISPRUDENCIA RELATIVA A REPRESENTACIÓN POLÍTICA

En el capítulo primero del presente trabajo, señalaba que la representación política de los grupos étnicos y culturales es fundamental para que en la práctica democrática el proceso de deliberación política considere sus “perspectivas sociales” y a la larga, en un proceso de *lege ferenda*, se vaya

⁴⁵⁴ Cfr. *Ibid.*, párrs. 273-280.

⁴⁵⁵ Cfr. Canosa (2014b), p. 699.

⁴⁵⁶ El caso se da en el contexto de la ocupación militar de Rusia en Moldavia en el marco de la guerra separatista de Moldavia. Véase: STEDH (2012). *Catan y otros con Moldavia y Rusia*, párrs. 1-63.

⁴⁵⁷ Cfr. *Ibid.*, párr. 138.

⁴⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 145-150.

logrando la culturalización de los derechos humanos y un proceso continuo de diálogo (en pie de igualdad) entre las diferentes culturas y sujetos y grupos tanto en un sentido interno como externo⁴⁵⁹. En ese sentido, para los objetivos del presente trabajo es importante analizar la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, ya que en la inclusión de los grupos étnicos-culturales en el proceso de deliberación política se juega a la postre la real protección (o no) de los derechos humanos tanto de los individuos como de los grupos que forman parte de la diversidad étnica y cultural de las sociedades actuales.

Así, la jurisprudencia del TEDH ha versado, principalmente, en el entendimiento e interpretación del artículo 11, en relación con los artículos 10, 14 y 17 del CEDH y el artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1. Esta jurisprudencia la he sistematizado en los siguientes temas: 1) Casos de disolución de partidos políticos en Turquía y Bulgaria⁴⁶⁰; 2) Derecho al sufragio pasivo de una minoría lingüística⁴⁶¹; 3) Derecho al sufragio activo de un miembro de grupo étnico⁴⁶²; 4) Dimensiones positivas del derecho de libertad de asociación⁴⁶³. Así, en el presente acápites analizaré los aspectos generales de los grupos de casos señalados, la argumentación del TEDH al respecto y los alcances teóricos y prácticos de sus decisiones, sólo en lo que dice relación con la representación política y los derechos humanos que la hacen operativa.

2.3.1. Disolución de partidos políticos en Turquía y Bulgaria

La jurisprudencia del TEDH sobre disolución de partidos políticos es vasta y en lo que respecta a materias multiculturales, los casos que ha resuelto sobre Turquía y Bulgaria nos permiten revisar el criterio que ha utilizado el TEDH para determinar el límite que encuentran dichas organizaciones políticas cuando reivindican derechos de minorías nacionales y culturales. Dicha jurisprudencia la he clasificado en: 1) Jurisprudencia relativa a disolución de partidos políticos por reivindicación

⁴⁵⁹ Específicamente, véase el apartado 1.3.1 y 1.3.3 del capítulo primero del presente trabajo.

⁴⁶⁰ Los casos de disolución de partidos políticos en Turquía y Bulgaria son los siguientes: 1) Emek Partisi y Şenol con Turquía (2005); 2) Partido de la Democracia y de la Evolución y otros con Turquía (2005); 3) Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN y otros con Bulgaria (2006 y 2012); 4) Ivanov y otros con Bulgaria (2006); 5) Refah Partisi con Turquía (2001 y 2003); 6) Yazar y otros con Turquía (2002); 7) Selim Sadak y otros con Turquía (2002); 8) Partido de la Libertad y de la Democracia con Turquía (1999); 9) Caso Partido Comunista unificado de Turquía con Turquía (1998); 10) Caso Partido Socialista de Turquía con Turquía (1998).

⁴⁶¹ STEDH (2002), Podkolzina con Letonia.

⁴⁶² STEDH (2004), Aziz con Chipre.

⁴⁶³ STEDH (2006), Ouranio Toxo y otros con Grecia.

de derechos de minorías nacionales; 2) Jurisprudencia relativa a disolución de partidos políticos por su carácter cultural-religioso cuando reivindican derechos especiales en función de su grupo.

El primer grupo está compuesto, ordenado cronológicamente, por los siguientes casos: 1) Partido Comunista unificado de Turquía (en adelante “TBKP”) con Turquía (1998); 2) Partido Socialista de Turquía con Turquía (1998); 3) Partido de la Libertad y de la Democracia con Turquía (1999); 4) Yazar y otros con Turquía (2002); 5) Slim Sadak y otros con Turquía (2002); 6) Partido de la Democracia y de la Evolución y otros con Turquía (2005); 7) Emek Partisi y Şenol con Turquía (2005); 8) Ivanov y otros con Bulgaria (2006); 9) Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN y otros con Bulgaria (2006 y 2012).

De los casos precitados, la sentencia que resuelve el caso del TBKP con Turquía, considero que es el fallo que fija las pautas al respecto. Por ello, el análisis en torno a la disolución de partidos políticos por reivindicación de minorías nacionales se hará tomando este caso como central, el que luego complementaré con otros que giran en torno a las ideas planteadas, agregando algunos aspectos relevantes que señalaré posteriormente.

El caso del TBKP se origina cuando el Tribunal Constitucional de Turquía acoge en el año 1991 una petición realizada por el Fiscal del Estado de disolución (diez días después de su fundación) del partido por el hecho de que sus estatutos y programa partían de la distinción entre kurdos y turcos. Para el Fiscal no se podía admitir la reivindicación de la existencia de dos naciones en el seno de la República. Para el Tribunal Constitucional de Turquía, el programa del TBKP pretendía dividir la nación turca, lo que no constituía un objetivo admisible y justificaría su disolución.

Al analizar el caso, el TEDH comienza señalando que los Estados partes del CEDH disponen de un margen de apreciación reducido en la limitación del derecho de asociación⁴⁶⁴, lo que se aplica a la vez sobre la normativa nacional cuando se trata de la disolución de un partido o de la prohibición a sus dirigentes de la realización de actividades políticas.⁴⁶⁵

⁴⁶⁴ Sobre el margen de apreciación en la doctrina del TEDH, véase el punto 1.5.1. del capítulo primero.

⁴⁶⁵ STEDH (1998). Partido Comunista Unificado de Turquía con Turquía, párr. 46. El TEDH señala que una asociación no se ve privada de la protección del CEDH por el solo hecho de que sus actividades supongan, a los ojos de las autoridades nacionales, un atentado contra las estructuras constitucionales de un Estado. Cf. BILBAO UBILLOS (2009),

Así, el TEDH señala que debe analizar si la actuación del Estado es de buena fe, razonable, proporcionada al fin legítimo perseguido y si los motivos utilizados por las autoridades turcas para justificar la disolución del TBKP eran pertinentes y suficientes⁴⁶⁶. El TEDH constata que el TBKP fue disuelto antes de que comenzará sus actividades y, por ende, fue disuelto únicamente por los contenidos de su programa y estatutos (donde reivindicaba los derechos de la nación kurda), siendo sancionado por el ejercicio de su libertad de expresión⁴⁶⁷. De igual forma, el TEDH señala que tampoco es posible atribuirle al TBKP ninguna responsabilidad en los sucesos de violencia ocurridos en Turquía, por lo que la decisión de su disolución no fue necesaria ni proporcional, siendo contrario al artículo 11 del CEDH. Con lo anterior, el TEDH sancionó a Turquía por violación al artículo 11 del CEDH por tres motivos: 1) El TBKP fue disuelto antes de que comenzará a operar, por lo que su prohibición se fundamentó únicamente en su programa político; 2) que el hecho de que utilizará el termino “comunista” en su denominación no era un fundamento legítimo ni proporcional para una injerencia de tal magnitud en el derecho de asociación; 3) que un partido político no puede ser ilegalizado por pretender un cambio legislativo.⁴⁶⁸

El mismo criterio mantuvo el TEDH al revisar el caso de la disolución del Partido Socialista de Turquía. Profundizando en la idea de que el artículo 11 del CEDH se debe interpretar a la luz del artículo 10, a pesar del papel autónomo y particular que tiene en su ámbito de aplicación. La protección de las opiniones y la libertad de expresarlas es uno de los objetivos de las libertades de reunión y de asociación consagrados en el artículo 11. Siendo más relevante en relación con los partidos políticos, por su papel esencial para garantizar el pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia. Llegando a señalar que no puede haber democracia sin pluralismo político.⁴⁶⁹

Debido a lo anterior, la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 es aplicable, sin perjuicio del apartado 2, no sólo a la "información" o "ideas" que son recibidas favorablemente o

p. 673. Una sistematización de los criterios jurisprudenciales del TEDH al respecto véase: GÓMEZ FERNÁNDEZ (2008), pp. 285-292. Cf. DI PIETRO (2013), pp. 602-640.

⁴⁶⁶ STEDH (1998). Partido Comunista Unificado de Turquía con Turquía, párrs. 47-54. En ese sentido, el TEDH considera que el sólo hecho de utilizar el término “comunista” por parte del TBKP no puede entenderse como una amenaza real para la sociedad o el Estado.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, párrs. 55-58.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 59-61.

⁴⁶⁹ STEDH (1998). Partido Socialista de Turquía con Turquía, párr. 41.

consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que ofenden, resultan chocantes o perturban a la cultura mayoritaria. Así, sus actividades forman parte de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión y los partidos políticos gozan de la protección de los artículos 10 y 11 del CEDH en el ejercicio de sus actividades.⁴⁷⁰

Otro aspecto interesante del caso es que el TEDH evaluó si las declaraciones de los dirigentes del Partido Socialista de Turquía incitaban a la violencia de los ciudadanos de origen kurdo y si sus propuestas de reforma del sistema político se podían considerar mérito suficiente para la disolución del partido político. Al respecto, el TEDH subrayó que en varias ocasiones la necesidad de lograr la reforma política propuesta de conformidad con las normas democráticas, constituyen una invitación a la unión. Así, no encontró ningún rastro de incitación al uso de la violencia o de infracción a las reglas de la democracia. En ese sentido, las declaraciones del partido eran similares a las de otros grupos políticos que estaban activos en los países del Consejo de Europa.⁴⁷¹

Un año más tarde, el TEDH mantiene su jurisprudencia al analizar el caso del Partido de la Libertad y la Democracia de Turquía, el que fue disuelto por las autoridades turcas en 1993, ya que en sus estatutos reclamaban el derecho de autodeterminación de la nación kurda y su derecho a desarrollar una guerra de independencia. Con ello las autoridades turcas argumentan -como motivo para la disolución del partido- que su actitud sería comparable a la de los grupos terroristas. Nuevamente, el TEDH sostiene la importancia de los partidos políticos en la configuración democrática de las sociedades y hace hincapié en el hecho de que se debe permitir que ellos desarrollen sus actividades normalmente, ya que no existen pruebas relevantes de que su intención sea llevar a cabo sus actividades mediante el uso de la violencia.⁴⁷²

Luego, en la sentencia del caso Yazar y otros con Turquía (2002), el TEDH profundiza su entendimiento de la función de los partidos políticos que reivindican los derechos de minorías nacionales, al condenar a Turquía por la disolución del Partido del Trabajo del Pueblo, estimando que su defensa del derecho de autodeterminación de la nación kurda y el reconocimiento de

⁴⁷⁰ Idem.

⁴⁷¹ *Ibid.*, párr. 46.

⁴⁷² STEDH (1999). Partido de la Libertad y de la Democracia con Turquía, párrs. 43-46.

derechos lingüísticos, elementos entendidos por el Tribunal Constitucional de Turquía como contrarios a la Constitución y la democracia, no deben contemplarse de esa forma y menos como apoyo a actos de terrorismo. Dichos planteamientos deben ser tratados en el marco del debate democrático, para no permitir que los movimientos armados monopolicen la defensa de dichas reivindicaciones.⁴⁷³

En el caso *Selim Sadak y otros con Turquía* (2002), el TEDH tiene ocasión de pronunciarse sobre los derechos políticos de los parlamentarios del Partido de la Democracia y de la Evolución que había sido disuelto por el Tribunal Constitucional turco. Con la disolución del partido político, el Tribunal Constitucional de Turquía establece que los parlamentarios pierden su condición de tal e incluso procede penalmente contra algunos de ellos, acusándolos de una ayuda y sostenimiento de la lucha armada en el Kurdistán. El TEDH, condena a Turquía, principalmente, porque estima que se produce una violación al artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1, mediante el cual se consagra un régimen político democrático, garantizando el derecho de todo individuo a ser candidato y una vez elegido, a ejercer su cargo, siendo una medida excesiva la adoptada por el Tribunal Constitucional turco.⁴⁷⁴

Los criterios revisados han sido aplicados por el TEDH al resolver los casos de disolución de partidos políticos en Bulgaria que reivindican los derechos de autodeterminación del pueblo Macedonio. En los casos *Ivanov y otros con Bulgaria* (2006) y *Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN y otros con Bulgaria* (2006 y 2012), el TEDH volvió a señalar que, para disolver un partido político por actos terroristas, deben existir pruebas de ello, no siendo suficiente que los líderes del partido y los miembros hicieran alusión a los derechos específicos del pueblo macedonio en mítines, discursos, conferencias de prensa, cartas o mapas.⁴⁷⁵

Además, el TEDH vuelve a señalar que, aunque se pueda suponer que el proyecto político defendido por la Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN era de hecho la autonomía e incluso la secesión de Pirin Macedonia, esto no significa automáticamente que estuviera en

⁴⁷³ STEDH (2002). *Yazar y otros con Turquía*, párr. 57.

⁴⁷⁴ STEDH (2002). *Selim Sadak y otros con Turquía*, párrs. 31-37.

⁴⁷⁵ STEDH (2006). *Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN y otros (N°1) con Bulgaria*, párr. 60.

desacuerdo con los principios de la democracia. El TEDH sostuvo que el hecho que exista un grupo de personas asociadas para la autonomía o la secesión de una parte del territorio del país (que exige cambios constitucionales y territoriales) no puede justificar una prohibición de sus actividades⁴⁷⁶. En una sociedad democrática basada en el imperio de la ley, las ideas políticas que desafían el orden existente sin poner en tela de juicio los principios de la democracia, y cuya realización se defiende por medios pacíficos deben recibir una oportunidad adecuada de expresión a través de, entre otras cosas, la participación en el proceso político. Por más chocantes e inaceptables que le puedan parecer a las autoridades políticas o la mayoría de la población, las declaraciones de los líderes del partido político y sus miembros, no es justificable su disolución. El hecho de que el programa político del partido demandante fuera considerado incompatible con los principios y estructuras actuales del Estado búlgaro no significa que sea incompatible con las normas y principios de la democracia. Es de la esencia de la democracia permitir que diversos programas políticos se propongan y debatan. Incluso aquellos que ponen en tela de juicio la forma en que un Estado está organizado, siempre que no perjudiquen a la democracia misma.⁴⁷⁷

En este primer grupo de sentencias, podemos apreciar que para el TEDH el derecho de asociación juega un papel fundamental en la garantía del pluralismo al interior del espacio europeo. Para ello, el TEDH primero evidencia el hecho multicultural y luego realiza una interpretación contextualizada, generando una protección externa (en el sentido que señala Kymlicka) a los grupos étnicos-culturales y siendo exigente en el escrutinio de la actividad estatal al momento de que éste realice una restricción al derecho a la libertad de asociación. La protección externa que construye el TEDH reconoce como límite el hecho de que el grupo político étnico-cultural no perjudique a la democracia misma. A continuación, veremos qué entiende el TEDH al respecto y cuáles son sus consecuencias al respecto.

En el segundo grupo de sentencias, aquellas que resuelven la disolución de partidos políticos por su carácter cultural-religioso cuando reivindican derechos especiales en función de su grupo, encontramos las dos sentencias del TEDH sobre el Refah Partisi con Turquía. La primera de ellas fue dictada el año 2001 en una decisión muy dividida (cuatro votos contra tres), mediante la cual

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 61.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 61.

se convalidó la decisión de disolución del Refah Partisi adoptada por el Tribunal Constitucional de Turquía. La segunda sentencia fue dictada por el TEDH en el año 2003 en su formación de Gran Cámara⁴⁷⁸, como consecuencia del recurso interpuesto contra la sentencia del año 2001. Nuevamente el TEDH convalidó la disolución del Refah Partisi, aunque esta vez por unanimidad de sus miembros.

A diferencia de los casos anteriores, el Refah Partisi es una organización política de ideología islámica, que llevaba varios años funcionando, con más de cuatro millones de afiliados y que había obtenido el 22% de los votos -un tercio de los escaños- en las elecciones legislativas de 1995⁴⁷⁹. Debido a lo anterior, formaba parte del Gobierno (como el partido más votado) en la coalición dirigida por la Sra. Ciller, líder del partido de la Justa Vía.⁴⁸⁰

En 1997, el Procurador General de la República de Turquía solicitó la disolución del Refah Partisi ante el Tribunal Constitucional, reprochándole ser un centro de actividades contrarias al principio de laicidad y, por ende, al orden constitucional turco. Dicha imputación se fundamentaba en las actividades y declaraciones de algunos de sus dirigentes⁴⁸¹. Certeramente, Juan María Bilbao, señala que el centro de la cuestión a la que se enfrenta el TEDH es determinar si el Refah Partisi era o no una amenaza real y cierta para los derechos que establece el CEDH y su vigencia.⁴⁸²

La sentencia de la Gran Sala del TEDH del año 2003, en primer lugar, realiza una valoración de la importancia de los partidos políticos en la democracia, señalando que no existe democracia sin pluralismo político⁴⁸³. En segundo lugar, el TEDH reflexiona sobre la relación entre la

⁴⁷⁸ Ello en conformidad al artículo 43 del CEDH y el artículo 73 de su Reglamento.

⁴⁷⁹ De acuerdo a un sondeo de opinión que se publica en 1997, si se hubiese dado una elección en ese momento el Refah hubiese obtenido el 38% de los votos de haberse producido las elecciones cuatro años más tarde. Cfr. STEDH (2001). Refah Partisi con Turquía, párr. 107.

⁴⁸⁰ Como apunta Juan María Bilbao, “[N]o se trata esta vez de un partido kurdo o de un grupúsculo marginal antisistema (...)”. BILBAO (2009), p. 680. Sobre el contexto político turco en los años de la disolución del Refah Partisi, véase: LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (2003), pp. 445-448.

⁴⁸¹ Para el detalle de los hechos que se le reprochan al Refah Partisi, véase: STEDH (2001). Refah Partisi con Turquía, párrs. 10-11.

⁴⁸² Cf. BILBAO (2009), p. 683. Cfr. VAN DIJK *et al.* (2006), p. 341.

⁴⁸³ El TEDH, recalca el papel primordial que desempeñan en un régimen democrático los partidos políticos y que gozan de las libertades y los derechos consagrados en el artículo 11 y en el artículo 10 de la Convención, siendo una forma de asociación esencial para el buen funcionamiento de la democracia. Asimismo, el TEDH sostiene que está en la naturaleza de la función que desempeñan los partidos políticos, al ser los únicos organismos que pueden llegar al poder, tienen la capacidad de influir en el conjunto del régimen de sus países. Debido a ello, las propuestas de un

democracia y la religión en el sistema del CEDH⁴⁸⁴, reiterando que las libertades protegidas por el artículo 9 del CEDH son pilares fundamentales de una sociedad democrática y que el papel del Estado es ser un organizador neutral e imparcial del ejercicio de las creencias religiosas, pudiendo imponer límites a sus expresiones públicas.⁴⁸⁵

En tercer lugar, el TEDH se refiere a la excepcional posibilidad de restringir las libertades garantizadas por el artículo 11 del CEDH, relacionadas con el artículo 9 y 10 del mismo⁴⁸⁶. Al respecto, señala que no puede excluirse la posibilidad de que un partido político, invocando los derechos consagrados en el artículo 11 del CEDH, busque en la práctica destruir los derechos y libertades establecidos en el CEDH y, con ello, destruir la democracia. En ese caso, es posible restringir (legítimamente) las libertades garantizadas por el artículo 11 del CEDH.⁴⁸⁷

Como último aspecto general, el TEDH analiza en abstracto la posibilidad de imputar una actitud contraria al CEDH a un partido político por las declaraciones de sus dirigentes en actos y mítines públicos⁴⁸⁸. El TEDH considera que el programa de un partido político no es lo único que

modelo global de la sociedad que pusieron ante el electorado y su capacidad para poner en práctica esas propuestas una vez que llegan al poder, los partidos políticos se diferencian de otras organizaciones que intervienen en el ámbito político. Por otra parte, el TEDH tomó nota de que la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas en el sentido del artículo 10 del CEDH es uno de los objetivos de las libertades de reunión y de asociación consagrado en el artículo 11. Esto es aún más válido, en relación con los partidos políticos en vista de su papel esencial para garantizar el pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia. Finalmente, el TEDH vuelve a reiterar que no puede haber democracia sin pluralismo. Es por ello que la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 es aplicable, sin perjuicio del apartado 2, no sólo a la "información" o "ideas" que son recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para las que ofenden, resultan chocantes o perturban al conjunto de la población. Cfr. STEDH (2003). Refah Partisi con Turquía, párrs. 87-89.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, párrs. 90-95.

⁴⁸⁵ Contextualizando el caso, el TEDH señala que en un país como Turquía, donde la gran mayoría de la población pertenece a una religión en particular, las medidas adoptadas en las universidades para prevenir que ciertos movimientos religiosos fundamentalistas ejerzan presión sobre los estudiantes que no practican la religión o en las personas que pertenecen a otra religión puede ser justificado en virtud del artículo 9.2 del CEDH. En ese contexto, las universidades seculares pueden regular la manifestación de los ritos y símbolos de la religión, imponiendo restricciones en cuanto al lugar y forma de dicha manifestación, con el objetivo de garantizar la coexistencia pacífica entre los alumnos de distintos credos y protegiendo así el orden público y la creencias de los demás. Cf. *Ibid.*, párr. 95.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, párrs. 96-100.

⁴⁸⁷ Para el TEDH, existe una clara relación entre el CEDH y la democracia. Debido a ello, nadie debe estar autorizado a invocar disposiciones del CEDH con el fin de debilitar o destruir los ideales y valores de una sociedad democrática. El pluralismo y la democracia se basan en un compromiso que requiere de varias concesiones por individuos o grupos de individuos, que a veces tienen que ponerse de acuerdo para limitar algunas de las libertades que disfrutaban con el fin de garantizar una mayor estabilidad del país en su conjunto. Cf. *Ibid.*, párr. 99.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 101-106.

se debe tomar en cuenta para determinar sus objetivos e intenciones, señalando que la experiencia histórica de los Estados parte del CEDH ha demostrado que los partidos políticos cuyos objetivos eran contrarios a los principios fundamentales de la democracia no revelan sus intenciones en sus publicaciones oficiales hasta ostentar el poder.⁴⁸⁹

Con el marco expuesto, el TEDH analiza si el Refah Partisi constituía una amenaza para el sistema democrático turco⁴⁹⁰. Para ello, el TEDH comienza constatando la fuerza política del Refah Partisi, señalando que en el momento de su disolución tenía la capacidad real de tomar el poder político sin sentirse restringido por los compromisos inherentes a una coalición⁴⁹¹. Luego, el TEDH verifica el hecho que las partes del litigio están de acuerdo en que el programa político (formalmente) del Refah Partisi, no se propuso alterar las bases constitucionales de Turquía en una forma que fuese contraria a los principios fundamentales de la democracia y que éste se disolvió sobre la base de las declaraciones públicas de su presidente y algunos de sus miembros, lo que para el TEDH es suficiente para develar las verdaderas intenciones del partido en su totalidad.⁴⁹²

Así, para el TEDH las principales razones para la disolución del Refah Partisi son: 1) La intención de establecer una pluralidad de sistemas legales conducentes a la discriminación basada en las creencias religiosas; 2) Que el partido buscaba aplicar la “sharia” para regular las relaciones internas y externas de la comunidad islámica en el contexto de esa pluralidad de sistemas legales; 3) La amenaza de utilizar la fuerza como método político.⁴⁹³

Sobre el primer punto, el TEDH considera que el establecimiento de un sistema multijurídico es incompatible con el sistema que establece el CEDH. Debido a que dicho sistema introduciría en todas las relaciones legales una distinción entre los individuos en base a su religión, catalogándolos a cada uno de acuerdo con sus creencias religiosas y otorgándoles derechos y libertades no como un individuo sino de acuerdo con su adhesión a un movimiento religioso. Por lo anterior, se eliminaría el papel del Estado como garante de derechos y libertades de los

⁴⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 101.

⁴⁹⁰ *Ibíd.*, párrs. 107-134.

⁴⁹¹ *Ibíd.*, párr. 107.

⁴⁹² *Ibíd.*, párrs. 111-115.

⁴⁹³ *Ibíd.*, párr. 116. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2007), pp. 99-100.

individuos y como organizador de una sociedad democrática. Además, implicaría una infracción al principio de no discriminación -entre individuos- en el disfrute de sus libertades, que es para el TEDH uno de los principales fundamentos de la democracia.⁴⁹⁴

En cuanto al segundo aspecto, para el TEDH, la “sharia” es incompatible con los principios fundamentales de la democracia, ya que refleja de manera fidedigna los dogmas y reglas divinas establecidas por la religión, es estable e invariable, no teniendo cabida en ella el pluralismo político o la constante evolución de las libertades públicas.⁴⁹⁵

Sobre el tercer punto, el TEDH junto con considerar la amenaza del uso de la fuerza obviamente contraria al CEDH, señala que la responsabilidad del Refah Partisi se debe a que no tomó las medidas -enérgicas e inmediatas- para distanciarse de aquellos miembros del partido que habían expresado públicamente su aprobación al uso de la fuerza contra los políticos que se les opusieran.⁴⁹⁶

Las sentencias del TEDH sobre la disolución del Refah Partisi, del año 2001 y 2003, han tenido importantes defensas doctrinarias, señalando el caso como paradigmático sobre el límite que se establece al ejercicio del derecho de asociación política en el caso de grupos culturales-religiosos que buscan establecer derechos diferenciados para su grupo⁴⁹⁷. Asimismo, la sentencia del TEDH, ha sido objeto de interesantes críticas⁴⁹⁸. En ese sentido, el voto disidente realizado por los Jueces Sr. Fuhrmann, Sr. Loucaides y Sir Nicolas Bratza, considera que la sentencia en cuestión no representa adecuadamente la jurisprudencia del TEDH en cuanto a entender el artículo 11, en relación con el 9 y 10 del CEDH, como una garantía del pluralismo político y base de la

⁴⁹⁴ STEDH (2003). Refah Partisi con Turquía, párr. 119.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, párr. 123.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, párr. 131.

⁴⁹⁷ Cfr. BILBAO (2009), pp. 680-688. Cfr. GARCÍA ROCA (2002), pp. 302-308. Cfr. LÓPEZ-JACOISTE (2003), p. 464. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO (2007), pp. 97-100. Cfr. DI PIETRO (2013), pp. 627-630.

⁴⁹⁸ Para Graciela López de la Fuente, en la sentencia del Refah Partisi: “(...) el Tribunal hace hincapié en el carácter real y no ilusorio del riesgo para la democracia turca, y ello en base a dos razones: la primera sería la fuerza electoral y la implantación del partido en el gobierno de Turquía, la segunda sería el pasado, o lo que es lo mismo, el contexto histórico y político del país en el que el partido actúa. Esta situación puede dar lugar a situaciones un tanto incongruentes puesto que conduciría a que un partido con poca representación, pero con los mismos fines, podría llegar a no ser disuelto por considerarlo un riesgo hipotético o ilusorio”. Cfr. LÓPEZ DE LA FUENTE (2014), p. 86.

democracia⁴⁹⁹. Además, consideran que la medida de disolución es desproporcionada, ya que no existen pruebas formales o convincentes de que el Refah Partisi, si hubiera llegado al gobierno, buscaría cambiar el régimen jurídico-político, estableciendo la “sharia” o un sistema multijurídico, que reemplazaría la laicidad en Turquía. Tampoco encuentran que existía evidencia real de que ello lo fueran a realizar mediante el uso de la violencia⁵⁰⁰. Este punto es importante, porque da cuenta que el TEDH no concibe los derechos de grupo al interior del CEDH, ya que una forma de resolución del presente caso hubiera sido el reconocimiento de que el establecimiento de un sistema multijurídico en sí mismo no tiene porqué ser contrario al CEDH, siempre y cuando en el sistema paralelo se respeten los derechos humanos y libertades fundamentales de los miembros del grupo. Esa ha sido la forma en que la Corte Constitucional colombiana ha utilizado para el reconocimiento de la jurisdicción indígena tal y como revisé en el punto 1.3.4 del capítulo primero. Para Kymlicka, los derechos de grupo como protecciones externas de los mismos ante la cultura mayoritaria son admisibles siempre y cuando estos sean respetuosos de los derechos humanos de sus individuos y no se permitan restricciones internas en el grupo. El TEDH podría haber realizado una argumentación en este sentido y, por ende, condenar a Turquía por la disolución del Refah

⁴⁹⁹ Al respecto, apuntan que una de las principales características de la democracia es la posibilidad que ofrece de resolver los problemas de un país a través del diálogo, sin recurrir a la violencia, incluso cuando estas molestan. La democracia se nutre de la libertad de expresión. Desde ese punto de vista, no puede haber ninguna justificación para obstaculizar un grupo político por el sólo hecho de querer debatir públicamente sus postulados. El hecho de que un programa político se considere incompatible con los principios y estructuras actuales de un Estado no significa que sea incompatible con las normas de la democracia. Es de la esencia de la democracia permitir que diversos programas políticos se propongan y debatan, incluso aquellos que ponen en tela de juicio la forma en que un Estado está organizado, siempre que no perjudiquen a la propia democracia misma. Cfr. STEDH (2003). Refah Partisi con Turquía, párr. 38.

⁵⁰⁰ En el voto disidente la cuestión que nuestra el TEDH es: si la medida extrema de disolución (una medida que fue descrito como alternativa por el Tribunal en sus sentencias anteriores como "radical" y "drástica") podría ser considerada como la respuesta a una necesidad social imperiosa y como una medida que proporcionada a los objetivos legítimos servidos. Para responder a esta pregunta de manera afirmativa, la mayoría del TEDH ha constatado que las autoridades nacionales tienen derecho a actuar para impedir la realización de los objetivos políticos que eran incompatibles con las normas del CEDH antes de que esos objetivos fueran puestos en práctica de manera que se vea comprometida la paz civil y el sistema democrático en el país. Sin embargo, el voto disidente, no considera persuasivo el razonamiento. Ya que, a su juicio se carece de cualquier evidencia convincente o convincentes para sugerir que el partido, ya sea antes o después de entrar al Gobierno, tomó medidas concretas para realizar los objetivos políticos que eran incompatibles con las normas del CEDH, para destruir o debilitar a la sociedad secular, para participar en o fomentar actos de violencia o al odio religioso, o de otra manera a representar una amenaza para el orden jurídico y democrático en Turquía. En ausencia de tales pruebas, encuentran que la disolución del Refah Partisi y la confiscación de sus bienes, así como los pedidos complementarios de los demandantes individuales constituían una violación del artículo 11 del CEDH. Cfr. *Ibid.*, párr. 47. Para una crítica a la posición de los jueces disidentes de la sentencia, véase: GARCÍA ROCA (2002), pp. 309-317.

Partisi.

Como se ha podido apreciar, para el TEDH el artículo 11 del CEDH, no sólo protege la libertad de fundar una asociación, sino también su derecho a desarrollar libremente sus actividades políticas, reconociendo la existencia de límites al mismo, pero en su jurisprudencia se puede advertir que el margen de apreciación de los Estados en la materia es reducido y sometido a una interpretación estricta, ya que tiene presente la importancia de los partidos políticos en la configuración de los sistemas democráticos.⁵⁰¹

Así, el TEDH ha señalado en todos los casos del grupo uno (disolución de partidos políticos por reivindicación de derechos de minorías nacionales) que la disolución de los partidos políticos dispuesta por los tribunales nacionales no es conforme al CEDH, estableciendo la violación del CEDH por parte de Turquía y Bulgaria en los casos respectivos. Sólo en el caso de Refah Partisi vs. Turquía, que identifiqué en el supuesto segundo (disolución de partidos políticos por su carácter cultural-religioso cuando reivindican derechos especiales en función de su grupo), el TEDH señaló que la disolución de éste no es contraria al CEDH. En el contraste de ambos grupos de casos, podemos evidenciar que para el TEDH el límite para la protección que le otorga a grupos étnico-culturales esta dado por el contenido que defienden dichos grupos, negando una protección externa a grupos religiosos que buscan un reconocimiento fuerte de sus derechos colectivos, por ser estos contrarios al enfoque del TEDH sobre el fenómeno multicultural.

2.3.2. Derecho al sufragio pasivo de minoría lingüística

En el caso Podkolzina con Letonia (2002) el TEDH tuvo la ocasión de pronunciarse sobre los derechos políticos de una minoría lingüística perteneciente a una minoría nacional (rusa) en Letonia. El caso se enmarca dentro de la comprensión del artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1, el que establece el derecho a elecciones libres.

El caso se origina cuando la recurrente se inscribe como candidata al Parlamento nacional, en representación del Partido Nacional de la Armonía, para las elecciones generales de 1998. Realizada su inscripción, y debido a que un requisito para la elegibilidad de los parlamentarios es

⁵⁰¹ Cfr. LASAGABASTER HERRARTE (2004), pp. 459-461.

el dominio de la lengua letona, la recurrente es sometida a una serie de evaluaciones por parte de funcionarios del Estado, que determinan que no cuenta con el dominio suficiente de la lengua letona, excluyendo su candidatura de las elecciones. Por lo anterior, alega una violación de parte del Estado del artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1 y de los artículos 13 y 14 de la CEDH. Además, la recurrente señala que la lengua letona no era su lengua materna, como tampoco lo es de más del 40% de la población a la que ella representaba. Señala que a pesar de ello, para inscribir su candidatura presentó un certificado que le acreditaba el conocimiento y manejo suficiente del idioma de Letonia para el desarrollo de sus funciones como parlamentaria.⁵⁰²

El Estado se defiende, principalmente, argumentando que tienen una finalidad legítima al exigir el conocimiento de una lengua oficial de trabajo en el Parlamento, lo que es un principio de su competencia exclusiva y responde a consideraciones de orden histórico y político.⁵⁰³

En la sentencia, el TEDH parte señalando que el margen de apreciación de los Estados en la configuración del sistema electoral y del funcionamiento de sus parlamentos nacionales es amplio. Además señala que la demandante fue tachada de la lista de candidatos de acuerdo con el artículo 5, punto 7, de la Ley de elecciones parlamentarias, que establece que sólo son elegibles las personas que tengan un dominio “alto” de la lengua letona.

El TEDH no impugna el argumento del Estado. Considera que es parte del interés legítimo de cada Estado garantizar que su sistema institucional funcione normalmente. Lo que se aplica aún más al Parlamento nacional, que está investido de potestad legislativa y desempeña un papel primordial en un Estado democrático. Del mismo modo, habida cuenta del principio de respeto a las características nacionales, el TEDH considera que es inadecuado que adopte una posición sobre la elección de la lengua de trabajo de un parlamento nacional. Esa decisión, que se determina por consideraciones históricas y políticas específicas para cada país, es en principio, una que sólo el Estado tiene las atribuciones para realizar. En consecuencia, habida cuenta que el margen de apreciación del Estado demandado es amplio, el TEDH concluye que la exigencia de que un

⁵⁰² STEDH (2002). Podkolzina con Letonia, párrs. 8-16.

⁵⁰³ *Ibid.*, párrs. 26-27.

candidato a las elecciones al parlamento nacional deba tener un conocimiento suficiente de la lengua oficial persigue un objetivo legítimo.⁵⁰⁴

Sin embargo, el TEDH le reprochó al Estado que el proceso mediante el cual valora que los candidatos cumplen con el conocimiento del idioma, carece de certeza y de los mínimos requisitos de equidad procedimental y certidumbre legal que exigen los principios del CEDH y el Protocolo Adicional N° 1, condenando al Estado por ello.⁵⁰⁵

Como podemos apreciar, en este caso para que se garantice el pluralismo y la igualdad en la representación política, el TEDH realiza un escrutinio fuerte del cumplimiento real de la garantía de elecciones libres y del derecho al sufragio pasivo de un miembro de una minoría lingüística. En este caso el TEDH no realiza una interpretación de las normas del CEDH en el que dé cuenta del hecho multicultural, sino que se basa en criterios de seguridad jurídica e igualdad procedimental para condenar al Estado por un accionar discriminatorio. El TEDH resuelve el caso utilizando las herramientas hermenéuticas del derecho antidiscriminatorio, sin que sea necesario que utilice otras complementarias propias del enfoque liberal multicultural.

2.3.3. Derecho al sufragio activo de miembro de grupo étnico

El TEDH ha cuestionado la exclusión de determinados grupos de personas del ejercicio del derecho de sufragio activo⁵⁰⁶ y en lo que es atinente al presente trabajo, también lo ha planteado en el caso de exclusión de miembros de grupos étnicos minoritarios, como lo realizó en el caso Aziz con Chipre cuya sentencia es del año 2004. Al igual que el caso revisado en el punto anterior, la decisión del TEDH se encuentra fundamentada en el artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1, en relación con el artículo 14 de la CEDH.

El caso se origina debido a que el Sr. Ibrahim Aziz, nacional de Chipre y miembro de la minoría de origen turca-chipriota, recurre ante el TEDH debido a que no pudo ejercer su derecho a sufragio activo en las elecciones parlamentarias del año 2001. Ello porque el artículo 63 de la Constitución

⁵⁰⁴ *Ibíd.*, párrs. 33-34.

⁵⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 36.

⁵⁰⁶ Cfr. GÓMEZ FERNÁNDEZ (2008), pp. 300-301.

de Chipre establece dos censos separados e incompatibles entre los habitantes de origen turco-chipriota y griego-chipriotas. Sin embargo, en el año 1963 la participación de los turco-chipriotas se había suspendido, por lo que en la actualidad no se les practicaba el censo y, por ende, su participación política se volvió impracticable.⁵⁰⁷

El Estado chipriota insistió en que no había ninguna obligación en virtud del artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1 para introducir un sistema específico para la designación del legislador y que los Estados contratantes tienen un amplio margen de apreciación a este respecto. Según su postura, en virtud del artículo 2 de la Constitución de Chipre, los ciudadanos de la República debían pertenecer o a la comunidad griega o turca. La esencia del marco constitucional, incluido el sistema electoral, es que cada comunidad participa y ejerce funciones en los órganos del Estado a través de sus propios representantes, elegidos o designados por los miembros de su comunidad, de acuerdo con los porcentajes establecidos o los números asignados a cada comunidad en la Constitución.⁵⁰⁸

Así, el Estado sostiene que de acuerdo con el artículo 62 de la Constitución, los miembros de la comunidad turca no podían votar por los miembros de la comunidad griega, que se presentaron como candidatos a las elecciones para llenar el 70% de los escaños en la Cámara asignados a la comunidad griega. Del mismo modo, los miembros de la comunidad griega no podían votar por los miembros de la comunidad turca que se presentaron como candidatos a las elecciones para llenar el 30% restante de los escaños de la Cámara asignados a la comunidad turca. Los miembros de cada una de las dos comunidades tuvieron que votar y elegir a los representantes de su propia comunidad, en su calidad de miembros de esa comunidad. Fue por estas razones que el artículo 63 de la Constitución de Chipre, establece que los electores debían ser registrados en la lista electoral griega o turca, según la comunidad a la que pertenecían, es decir, los miembros de ambas comunidades no podían ser registrados como electores en lista electoral de la otra comunidad.⁵⁰⁹

Finalmente, el Estado argumenta que la comunidad turca, a la que pertenecía el solicitante, se

⁵⁰⁷ STEDH (2004). Aziz con Chipre, párrs. 9-13.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, párrs. 18-19.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, párr. 20.

había retirado de los órganos constitucionales del Estado y, a raíz de la ocupación de la parte norte de la isla, los miembros de las dos comunidades habían estado viviendo por separado. El recurrente era parte de la pequeña comunidad turco-chipriota (unas 1.089 personas) que viven en el territorio no ocupado de Chipre. Sin embargo, debido a que la comunidad del recurrente se había ausentado de la isla, el gobierno de la República y la Cámara de Representantes no eran, en la práctica, conformados de forma bi-comunal. Por lo tanto, el Estado alegó que no había sido el sistema electoral como tal el que había impedido al recurrente ejercer su derecho a sufragio activo, sino más bien la ausencia de la mayoría de la comunidad turca la que le había impedido votar, en su calidad de miembro de la comunidad turca, para los candidatos que son miembros de esa comunidad.⁵¹⁰

El TEDH por unanimidad consideró que existía una violación del artículo 3 del Protocolo Adicional N° 1 y del artículo 14 de la CEDH, debido a que la diferencia de tratamiento que recibía la minoría turca-chipriota en relación con la griega-chipriota era discriminatoria. Si bien, el TEDH toma nota de los argumentos del Estado, considera que no se puede justificar la diferencia de trato de forma razonable y objetiva, en particular a la luz del hecho de que los turco-chipriotas en la situación del demandante, no se les permitía votar en una elección parlamentaria.⁵¹¹

Como podemos apreciar, en este caso para que se garantice el pluralismo y la igualdad en la representación política, el TEDH realiza un escrutinio fuerte del cumplimiento real derecho al sufragio activo de un miembro de una minoría étnica-cultural. En este caso el TEDH no realiza una interpretación contextualizada de las normas del CEDH, sino que se basa en criterios de igualdad para condenar al Estado por un accionar discriminatorio. El TEDH resuelve el caso utilizando las herramientas hermeneuticas del derecho antidiscriminatorio, sin que sea necesario que utilice otras complementarias propias del enfoque liberal multicultural.

2.3.4. Dimensiones positivas del derecho de libertad de asociación

El partido político Ouranio Toxo fundado en 1994 y que reivindica la defensa de la minoría de origen macedonio en Grecia, recurre ante el TEDH debido a que luego de que instalaran una sede

⁵¹⁰ *Ibíd.*, párr. 21.

⁵¹¹ *Ibíd.*, párrs. 36-38.

en el pueblo de Florina en 1995, fueron víctimas de violencia por parte de algunos habitantes del lugar, sin que las autoridades locales tomaran ninguna medida para protegerles. Alegan que incluso las autoridades religiosas y políticas locales se manifestaron en contra de la instalación del partido e iniciaron una campaña de acciones en su contra. Los recurrentes alegan que el Estado violó los artículos 11 y 6 del CEDH, siendo el Estado condenado por el TEDH por violación a los artículos de la CEDH previamente señalados.⁵¹²

El TEDH junto con recordar la importancia de los partidos políticos en la configuración del sistema democrático⁵¹³, señala que los Estados no sólo tienen un deber de no interferencia⁵¹⁴, sino que también deben garantizar los derechos en forma positiva. El respeto real y efectivo de la libertad de asociación no puede reducirse a una mera obligación por parte del Estado de no interferir, una concepción puramente negativa no sería compatible con el objetivo del artículo 11, ni con la CEDH. Cabe la obligación positiva de garantizar el goce efectivo del derecho a la libertad de asociación, correspondiéndole a los poderes públicos garantizar el buen funcionamiento de un partido político, aun cuando esto pueda molestar u ofender a personas que se oponen a las ideas que están tratando de promover legalmente. Sus miembros deben ser capaces de celebrar reuniones sin tener que temer que vayan a ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes. Dicho temor sería disuadir a otras asociaciones o partidos políticos para que pudieran expresar abiertamente sus opiniones sobre cuestiones sumamente controvertidas que afectan a la comunidad. En una democracia el derecho de oponerse a una manifestación no puede extenderse a inhibir el ejercicio del derecho de asociación.⁵¹⁵

El razonamiento del TEDH en este caso es similar al del grupo de casos relacionados a la disolución de partidos políticos por reivindicación de derechos de minorías nacionales, debido a que podemos apreciar que para el TEDH el derecho de asociación juega un papel fundamental en la garantía del pluralismo al interior del espacio europeo. Para ello, al igual que en los casos de

⁵¹² STEDH (2006). Ouranio Toxo y otros con Grecia, párrs. 9-22. La defensa del Estado fue fundamentada en que la policía había tomado medidas suficientes y que el origen de la violencia en la localidad de Florina se debía al sentimiento de resentimiento de la población por el lenguaje que utilizaba el partido y que los hacía recordar a la guerra civil que habría sufrido Macedonia. Cfr. *Ibíd.*, párrs. 32-33.

⁵¹³ *Ibíd.*, párrs. 34-35.

⁵¹⁴ *Ibíd.*, párr. 36.

⁵¹⁵ *Ibíd.*, párr. 37.

disolución de partidos políticos por reivindicación de derechos de minorías nacionales, el TEDH primero evidencia el hecho multicultural y luego realiza una interpretación contextualizada, generando una protección externa (en el sentido que señala Kymlicka) a los grupos étnicos-culturales y siendo exigente en el escrutinio de la actividad estatal al momento de que éste realice una restricción al derecho a la libertad de asociación. La particularidad en este caso es que la protección externa que crea el TEDH no sólo es en una versión de no injerencia, sino que también implica un accionar positivo por parte del Estado.

La jurisprudencia del TEDH sobre representación política en contextos multiculturales es un buen adelanto del enfoque, límites y herramientas interpretativas que utiliza el TEDH para resolver los casos de tipo multicultural. En general, el TEDH se mueve entre un enfoque liberal clásico y liberal multicultural que utiliza la interpretación contextualizada y genera protecciones externas a grupos étnicos-culturales. Sin embargo, el enfoque liberal multicultural que utiliza el TEDH no llega a reconocer derechos colectivos a los grupos étnicos-culturales, especialmente, a aquellos de tipo religioso que pretenden un reconocimiento fuerte de los mismos. En ese sentido el TEDH, en el caso del Refah Partisi con Turquía da cuenta del límite que tiene en su enfoque de los casos de tipo multicultural, cuando señala expresamente que el reconocimiento fuerte de derechos diferenciados y colectivos según la pertenencia cultural-religiosa de las personas es contrario al enfoque individual que tiene el CEDH. El TEDH podría haber construido una argumentación que fijará en el centro la autonomía individual y reconociera derechos fuertes a los grupos culturales-religiosos estableciendo como límites a los derechos de grupo el respeto por los derechos humanos de sus integrantes. Esa es la fórmula que ha utilizado la Corte Constitucional colombiana para el reconocimiento de la jurisdicción indígena, que recoge el planteamiento teórico de Kymlicka en la idea de admisión de protecciones externas y prohibición de restricciones internas. Sin embargo, el TEDH da un paso atrás y prefiere convalidar la actuación del Gobierno turco, opacando su jurisprudencia previa y debilitando el valor que tiene el pluralismo en contextos multiculturales. Como podremos apreciar en la selección de jurisprudencia que veremos a continuación, el TEDH repite este razonamiento en reiteradas oportunidades.

2.4. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS CULTURALES

El CEDH contiene varias disposiciones que protegen el derecho a disfrutar de la propia dimensión cultural. En ese sentido, podemos considerar que el conjunto de normas del CEDH que protegen la dimensión cultural son: 1) artículo 8 (vida privada y familiar); 2) artículo 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión); 3) artículo 10 (libertad de expresión); 4) artículo 11 (libertad de reunión y asociación); 5) artículo 14 (prohibición de discriminación); artículo 2 del Protocolo Adicional N° 1 que establece los derechos culturales en sentido amplio dentro del derecho a la educación.⁵¹⁶

A comienzos de los noventa, el TEDH comenzó a recibir casos, inicialmente desde Turquía y Grecia y luego desde los países que conformaban el bloque soviético, relacionados con la manifestación de derechos culturales en el espacio público⁵¹⁷. Ello involucró una serie de casos en los que los Estados no registraron o prohibieron asociaciones políticas o culturales, por razones de orden público o para proteger los derechos de otros⁵¹⁸. En la mayoría de esos casos el TEDH rechazó los argumentos de los Estados, señalando que el pluralismo cultural es un valor que se encuentra protegido en el CEDH y uno de los pilares de la democracia Europea, con las salvedades que vimos en el capítulo anterior y que nos permitieron fijar el enfoque y límites que ha tenido el TEDH en ese tipo de casos⁵¹⁹. Luego, el TEDH comenzó a recibir casos de minorías culturales en los que se encontraba en juego su forma de vida debido a restricciones impuestas por las normativas nacionales, que son (precisamente) las que analizaré en el presente apartado. Estos casos son relevantes para el presente trabajo porque nos permiten visualizar la reacción del TEDH ante la demanda de individuos que forman parte de grupos étnicos-culturales y que solicitan una especial consideración de sus prácticas de conformidad a la diferencia cultural que tienen con la cultura de la sociedad hegemónica.

⁵¹⁶ Para un estudio amplio de la recepción de los derechos culturales en el sistema normativo de la Unión Europea, véase: PSYCHOGIOPOULOU (2013), pp. 159-185.

⁵¹⁷ Al respecto, véase: PENTASSUGLIA (2013), pp. 74-75.

⁵¹⁸ Este punto ya ha sido analizado en el apartado 2.3 del presente capítulo.

⁵¹⁹ Véase: PENTASSUGLIA (2013), p. 75.

Así, agrupando los casos que ha resuelto el TEDH y que tienen incidencia sobre el derecho a la cultura propia, expondré, en primer lugar, aquellas que se derivan del derecho a la vida privada y familiar establecido en el artículo 8 del CEDH⁵²⁰ y, en segundo lugar, los que se encuentran relacionados con la prohibición general de discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH.⁵²¹

2.4.1. Los derechos culturales en el marco del derecho a la vida privada y familiar

2.4.1.1. Casos sobre expulsión de caravanas gitanas y el derecho a la vida privada y familiar

En el año 2001 el TEDH resolvió, el mismo día y con idéntico resultado, cinco casos de similares características y que decían relación con la expulsión de caravanas gitanas en terrenos propios⁵²². Pese a que el TEDH consideró que la vida en una caravana forma parte integrante de la identidad gitana, ya que se inscribe en su larga tradición de viajeros, incluso aunque se instalen durante largos periodos en un mismo lugar para, entre otras cosas, facilitar la educación de los hijos, estimó que no hubo violación del artículo 8 del CEDH debido al margen de apreciación con que cuentan los Estados para establecer medidas y dictar normativas tendientes a regular el uso de los terrenos y, por ende, interferir en el derecho a la vida privada y familiar.⁵²³

El TEDH argumenta en los casos mencionados que las autoridades nacionales cuentan con un cierto margen de apreciación y que se encuentran en principio mejor situadas que éste para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales. Así, en materia de políticas de ordenación territorial, las autoridades nacionales gozan en principio de un margen de apreciación extenso.⁵²⁴

⁵²⁰ Para un estudio amplio de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8, véase: SANTOLAYA (2014), pp. 429-449. Asimismo, véase: SALES I JARDÍ (2015).

⁵²¹ Para un estudio amplio de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 14, véase: CARMONA (2014), pp. 587-612.

⁵²² Los casos del TEDH son: 1) Beard con Reino Unido (2001); 2) Coster con Reino Unido (2001); 3) Chapman con Reino Unido (2001); 4) Jane Smith con Reino Unido (2001); 5) Lee con Reino Unido (2001). Estos casos fueron analizados por el TEDH a la luz de dos derechos del CEDH, esto es, tanto del contemplado en el artículo 8 como de la prohibición de discriminación del artículo 14. La revisión de los casos sólo la haré en conformidad a las consideraciones del TEDH en cuanto al artículo 8, debido a que en este punto es donde las argumentaciones revisten relevancia para el objetivo del presente trabajo.

⁵²³ Véase a modo ejemplar: STEDH (2001). Chapman con Reino Unido, párrs. 105-116.

⁵²⁴ Ibid., párrs. 90-92.

Sin embargo, el TEDH en los cinco casos constató que está creciendo un consenso internacional en el seno de los Estados del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modo de vida de las minorías culturales⁵²⁵. Pese a ello, el TEDH señala no estar lo suficientemente convencido de que dicho consenso pueda constatarse con claridad como para que se puedan obtener directrices en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados consideren como deseables en una situación como ésta, en la que la vulnerabilidad de los gitanos implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio.⁵²⁶

En este sentido, resulta interesante que a pesar de que el TEDH señaló que en los cinco casos de las caravanas gitanas con el Reino Unido no hubo violación al artículo 8 del CEDH, si estableció que los Estados tienen una obligación positiva, derivada del artículo señalado, de facilitar que los grupos culturales puedan desarrollar su modo de vida propio.⁵²⁷

Todas las Sentencias fueron acompañadas por un voto disidente suscrito por siete Jueces⁵²⁸, que sí consideran que se ha violado el derecho a la vida privada y familiar de los recurrentes, pues el Estado no indicó otros lugares en la región que ofrezcan emplazamientos libres en los que los demandantes hubieran podido instalarse, resultando desproporcionada la medida de expulsión⁵²⁹. Lo anterior lo fundamentan en el hecho de que tratándose de una minoría cultural, el examen de proporcionalidad –a su juicio- debe ser más fuerte ya que en este caso la restricción afecta o impacta de forma intensa su modo de vida y, por ende, el artículo 8 del CEDH, teniendo el Estado

⁵²⁵ Ibid., párr. 93.

⁵²⁶ Ibid., párr. 94.

⁵²⁷ En ese sentido el TEDH señala que: “The Court does not, however, accept the argument that, because statistically the number of Gypsies is greater than the number of places available on authorised Gypsy sites, the decision not to allow the applicant Gypsy family to occupy land where they wished in order to install their caravan in itself, and without more, constituted a violation of Article 8. This would be tantamount to imposing on the United Kingdom, as on all the other Contracting States, an obligation by virtue of Article 8 to make available to the Gypsy community an adequate number of suitably equipped sites. The Court is not convinced, despite the undoubted evolution that has taken place in both international law, as evidenced by the framework convention, and domestic legislations in regard to protection of minorities, that Article 8 can be interpreted as implying for States such a far-reaching positive obligation of general social policy”. Cfr. STEDH (2001). Chapman con Reino Unido, párr. 98.

⁵²⁸ Los jueces son: Pastor Ridruejo, Bonello, Tulkens, Stráznická, Lorenzen, Fischbach y Casadevall.

⁵²⁹ Cfr. STEDH (2001). Chapman con Reino Unido, voto disidente, párr. 8.

una obligación positiva de que el derecho a la vida privada y familiar de las minorías culturales se concrete en conformidad a su modo de vida.⁵³⁰

Junto con coincidir con los votos disidentes de estos casos, a pesar de que el TEDH constató el hecho de que los Gitanos en el Reino Unido son un grupo cultural desaventajado, incorporando en sus consideraciones el hecho multicultural, fue reacio a invertir la carga de la prueba y exigir que fuera el Estado el que probara que la medida que estaba tomando no restringía desproporcionadamente en el derecho a la vida privada y familiar de los peticionarios. Como podremos ir apreciando en la jurisprudencia que tiene que ver directamente con establecer tratos diferenciados a grupos culturales o étnicos, el TEDH es reacio a ello, utilizando, en general, la doctrina del margen de apreciación para convalidar la actividad estatal y señalar que el Estado se encuentra mejor situado para resolver este tipo de situaciones. Lo paradójico, es que son estos grupos se encuentran en una situación de histórica desventaja al interior de los Estados, siendo, por lo general, su cultura y forma de vida despreciada por la sociedad hegemónica y su estructura jurídica no establece diferenciaciones con ellos, aunque si lo hace con otros grupos étnicos-culturales que se encuentran en una mejor situación. Así, si estos grupos (como los gitanos) no encuentran una protección adecuada en los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, es muy complejo que lo puedan encontrar al interior de sus Estados, volviéndose la doctrina del margen de apreciación en una herramienta que permite resolver los casos sin hacer un exámen exhaustivo de la proporcionalidad o necesidad de las medidas que toman los Estados con este tipo de grupos étnicos-culturales.

2.4.1.2. Caso Aksu con Turquía, protección contra la discriminación estructural del pueblo gitano basada en estereotipos y el derecho a la vida privada

⁵³⁰ En ese sentido los jueces disidentes señalan que: “In conclusion, we would reiterate that it is not a necessary consequence of finding a violation in this case that Gypsies could, freely, take up residence on any land in the country. Where there were shown to be other sites available to them, the balance between the interests of protecting the environmental value of the site and the interests of the Gypsy family in residing on it would tip more strongly towards the former. United Kingdom legislation and policies in this area have long recognised the objective of providing for Gypsies' special needs. The homeless have a right under domestic legislation to be provided with accommodation (see paragraph 54 of the judgment). Our view that Article 8 of the Convention imposes a positive obligation on the authorities to ensure that Gypsies have a practical and effective opportunity to enjoy their right to respect for their home, and their private and family life, in accordance with their traditional lifestyle, is not a startling innovation”. Cfr. STEDH (2001). Chapman con Reino Unido, voto disidente, párr. 9.

El caso se originó por el Sr. Mustafa Aksu, de nacionalidad turca y miembro de la comunidad gitana de dicho país⁵³¹, quien alegó que tres publicaciones (un libro y dos diccionarios)⁵³², que habían recibido financiación del gobierno, incluían declaraciones y expresiones que reflejaban un sentimiento discriminatorio, prejuicioso y negativo hacia la comunidad gitana que habita en Turquía. Debido a ello, invocó el artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH.⁵³³

El Gobierno de Turquía, contestó la demanda presentando una alegación previa y refutando el fondo de la controversia. La objeción preliminar, se basó en la falta de legitimación activa por parte del demandante, esto es, el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 34 del CEDH para que la solicitud pudiera prosperar. Para el Gobierno turco el demandante no cumplía con el requisito de ser víctima directa de las expresiones y hechos alegados.⁵³⁴

Sobre el fondo del asunto, en relación con el libro en cuestión, el Gobierno declaró que éste había sido publicado por el Ministerio de Cultura con la recomendación de la junta asesora de publicaciones. Según el informe de la junta asesora, el libro era parte de una investigación académica comparada que había sido preparada como contribución a los estudios étnicos en Turquía. En éste se informaba sobre los orígenes de la comunidad romaní, la lengua, las tradiciones, las creencias, las fiestas, la gastronomía, la ropa, la música y las condiciones de vida. El Gobierno declaró que, a raíz de la objeción del demandante, el libro había sido examinado una vez más por profesores universitarios, que informaron que no incluía ninguna declaración

⁵³¹ El caso fue conocido, en primera instancia, por una sala del TEDH y fallado (2010) desestimando la solicitud por cuatro votos contra tres. Luego, en conformidad con el artículo 43 del CEDH el solicitante requirió la remisión del caso a la Gran Sala del TEDH, el que emitió su fallo con fecha 15 de marzo de 2012.

⁵³² El libro titulado “Los gitanos de Turquía” contenía pasajes como los siguientes: “Gypsies have spread throughout the world but they have been unable to escape their status as a marginal group which is excluded and despised everywhere (...) The most striking characteristic of Gypsies is their way of living. Hence, all branches of socio-cultural activity, consisting of migration and settlement, dance, music, language, eating and drinking, fortune-telling, sorcery and occupations, constitute the true nature of Gypsy life. That is to say, these elements form the visible part of the iceberg. Other persons usually recognise Gypsies through these phenomena. Nevertheless, the way to truly know Gypsies is to mingle with their society and fully analyse their traditions and beliefs. The secret world of the Gypsies reveals itself through their beliefs, in particular through their superstitions and taboos”. Véase: STEDH (2012). Aksu con Turquía, párrs. 10-11. Por su parte, los diccionarios contenían expresiones como las siguientes: “Gypsy (*çingene*): 1. an ethnic group or person belonging to an ethnic group originating from India, whose members lead a nomadic way of life and are widely dispersed in the world. 2. (metaphorically) miserly”. Cfr., *Ibid.*, párr. 28.

⁵³³ Para el análisis de este tipo de casos, considero relevante tener en cuenta las consecuencias del discurso del odio o discriminatorio para los grupos desaventajados en contextos multiculturales. En ese sentido, véase: ÁLVAREZ (2009), pp. 543-559.

⁵³⁴ STEDH (2012). Aksu v. Turquía, párr. 46.

insultante. Por último, el Gobierno señaló que el Ministerio de Cultura estaba trabajando arduamente para promover la cultura y tradiciones romaníes.⁵³⁵

En cuanto a los diccionarios, el Gobierno declaró que las palabras y expresiones que éstos contenían se basan en hechos históricos y sociológicos y que no había ninguna intención de degradar a la comunidad gitana. Asimismo, informaron al TEDH que el Ministerio de Cultura hizo una contribución financiera (€ 2.700 en total) para la publicación de los diccionarios en 1991 y 1998. Sin embargo, el Gobierno hizo hincapié en que el diccionario no era un libro de texto obligatorio para los estudiantes, que no se distribuía en las escuelas y no era recomendado por el Ministerio de Educación como parte del currículo escolar. Por último, señalaron que estos diccionarios no se siguieron reproduciendo y, en la actualidad, estaban fuera de impresión.⁵³⁶

Así, en primer lugar, el fallo del TEDH expuso sus fundamentos sobre la objeción preliminar del Gobierno turco, utilizando para su razonamiento los siguientes criterios: 1) Reitera la jurisprudencia sobre las características del artículo 34 del CEDH, en cuanto a que el solicitante se debe encontrar directamente afectado por el acto impugnado y que la acción no se podría considerar como una de tipo popular⁵³⁷. 2) Sin embargo, el TEDH señala que si bien la existencia de una víctima personal y directamente afectada es indispensable para poner el mecanismo de protección en movimiento, dicho criterio no se debe aplicar de manera rígida e inflexible⁵³⁸. 3) El TEDH reitera que interpreta el concepto de "víctima" de forma autónoma y con independencia de los conceptos nacionales, tales como los relativos a un interés o a la capacidad para actuar, aunque tiene en cuenta el hecho de que el solicitante fue parte de un proceso interno.⁵³⁹

Tomando en consideración los criterios apuntados, el TEDH señala que el demandante se quejó de declaraciones y expresiones que afectaban a la comunidad gitana, las que no fueron dirigidas personalmente contra él. Sin embargo, se ha sentido ofendido por ellas, debido a que se dirigían en contra de la etnia a la que pertenecía. Por otra parte, constata que no hubo controversia en los

⁵³⁵ Ibid., párr. 56.

⁵³⁶ Ibid., párr. 79.

⁵³⁷ Ibid., párr. 50.

⁵³⁸ Ibid., párr. 51.

⁵³⁹ Ibid., párr. 52.

procesos internos respecto a la legitimación activa del solicitante. En vista de lo anterior y aplicando los criterios que rigen la condición de víctima de manera flexible, el TEDH admite que el demandante, aunque las declaraciones y expresiones impugnadas no le fueron dirigidos ni personal ni directamente, puede ser considerado como víctima de los hechos objeto de la controversia en el sentido del artículo 34 del CEDH. En consecuencia, rechaza la excepción preliminar del Gobierno de que el demandante carecía de la condición de víctima.⁵⁴⁰

En segundo lugar, analizando el fondo del caso el TEDH considera que la cuestión principal planteada no es la injerencia directa de las autoridades nacionales en la vida privada del solicitante, sino más bien si el Gobierno turco cumplió con su obligación positiva (entendida bajo el artículo 8 del CEDH) de proteger la vida privada del demandante de la supuesta injerencia de un tercero, a saber, los autores de las publicaciones. En otras palabras, el TEDH determinó si, a la luz del artículo 8 del CEDH, los tribunales turcos deberían haber acogido la demanda civil del solicitante otorgándole reparación en concepto de daño inmaterial y la prohibición de la distribución de las publicaciones.⁵⁴¹

Para arribar a su solución y resolver la cuestión principal del caso, el TEDH parte revisando los principios generales del CEDH al respecto, para luego aplicarlos al caso en análisis. Así, en cuanto a los principios generales señala que: 1) La frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en virtud del artículo 8 del CEDH no tiene una definición precisa. Los principios aplicables son, sin embargo, similares. En ambos contextos, es necesario tener en cuenta el justo equilibrio que debe ser alcanzado entre los intereses contrapuestos de los individuos y de la comunidad en su conjunto; y en ambos supuestos el Estado dispone de un “cierto” margen de apreciación⁵⁴². 2) En casos como el presente en que la queja es que los derechos protegidos por el artículo 8 del CEDH han sido violados como consecuencia del ejercicio, por parte de otras personas, de su derecho a la libertad de expresión, el debido respeto debe tenerse en cuenta al aplicar el artículo 8 a los requisitos del artículo 10 del CEDH. Por lo tanto, en tales casos el TEDH equilibra el derecho del demandante al "respeto de su vida privada" en contra del interés público

⁵⁴⁰ Ibid., párrs. 53-54.

⁵⁴¹ Ibid., párr. 61.

⁵⁴² Ibid., párr. 62.

en la protección de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que no existe una relación jerárquica entre los derechos garantizados por los dos artículos⁵⁴³. 3) Tomando en consideración la importancia de la libertad de expresión para la configuración de una sociedad democrática y el margen de apreciación del que gozan los Estados para la configuración de los derechos establecidos en el CEDH, el TEDH señala que concede un peso significativo al equilibrio que realizan de los derechos en conflicto las autoridades nacionales. Así, si el balance establecido por las autoridades judiciales nacionales no es satisfactorio, sobre todo porque la importancia o el alcance de uno de los derechos fundamentales en juego no fueron debidamente tenidos en cuenta, el margen de apreciación concedido a las decisiones de los tribunales nacionales será débil. Sin embargo, si la evaluación se hizo a la luz de los principios que se derivan de la jurisprudencia establecida por el TEDH, requeriría de fuertes razones para sustituir su propio punto de vista al de los tribunales nacionales y, por lo tanto, podrán disfrutar de un amplio margen de apreciación.⁵⁴⁴

Aplicando los principios generales precitados al caso en cuestión, luego de analizar el razonamiento y los medios probatorios utilizados por los tribunales turcos⁵⁴⁵, el TEDH considera que las conclusiones de los últimos no pueden considerarse irrazonables o basadas en una tergiversación de los hechos pertinentes. En vista de lo anterior, y en ausencia de cualquier evidencia que justificara la conclusión de que las publicaciones eran discriminatorias, no considera razonable que los tribunales internos tuvieran responsabilidad o que sus juicios hubieran sido impulsados por intenciones racistas. Asimismo, el TEDH observa que los tribunales internos tuvieron en cuenta la jurisprudencia reciente del TEDH sobre la materia al momento de analizar el caso⁵⁴⁶. De igual forma, el TEDH tiene en consideración el hecho de que el solicitante tuvo un proceso interno con doble instancia y con decisiones razonadas sobre sus pretensiones. A la luz de lo anterior, el TEDH considera que en el equilibrio de los derechos fundamentales en conflicto

⁵⁴³ Ibid., párr. 63.

⁵⁴⁴ Ibid., párrs. 64-68.

⁵⁴⁵ Ibid., párr. 69.

⁵⁴⁶ Al respecto, véase una recopilación de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 en relación con el 10 del CEDH en: VAN DIJK (2006), pp. 793-797. Asimismo, para un análisis de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión y el derecho al honor de grupos étnicos o raciales, véase: BUSTOS GISBERT (2014), pp. 473-509.

conforme a los artículos 8 y 10 del CEDH los tribunales turcos hicieron una evaluación basada en los principios que se derivan de la jurisprudencia del TEDH.⁵⁴⁷

La sentencia en análisis contó con el voto disidente de la Jueza Alvina Gyulumyan. Para la Jueza los hechos examinados del caso según el artículo 14 y 8 del CEDH dan lugar a una violación de este por parte de Turquía, considerando que la razón dada por la opinión mayoritaria para desestimar la demanda es insuficiente y poco convincente. Según el razonamiento mayoritario, los antecedentes del caso no se refieren a una diferencia de trato y, en particular, a una discriminación étnica. La mayoría llegó a esta conclusión sólo sobre la base de que "el solicitante no ha tenido éxito en producir indicios razonables de que las publicaciones impugnadas tenían una intención o efecto discriminatorio".⁵⁴⁸

Sin embargo, para la Jueza Gyulumyan, la carga de la prueba se debe invertir cuando se analizan reclamos que acusan tratamientos discriminatorios de grupos desaventajados en contextos hostiles a la diferencia étnica, racial o cultural⁵⁴⁹. En este caso, el TEDH aunque habría tenido en cuenta el contexto hostil en el que viven los gitanos en Turquía, que a su vez es de los grupos más vulnerables de Europa, considera que el solicitante no aportó prueba suficiente del impacto negativo que tuvieron las publicaciones en cuestión.⁵⁵⁰

Asimismo, el voto disidente pone de relieve la diferencia de enfoque que existe en la Corte de Casación de Turquía cuando analiza casos de denigración a la "identidad turca", los que enfrenta a través de un proceso penal de conformidad al artículo 159 del Código Penal turco⁵⁵¹. La Jueza Gyulumyan, también cuestiona uno de los argumentos de la defensa gubernamental, señalando que el hecho de que el libro hubiera sido escrito por un profesor universitario y, por tanto, era

⁵⁴⁷ Cfr. STEDH (2012). Aksu con Turquía, párrs. 70-74.

⁵⁴⁸ Ibid., p. 24.

⁵⁴⁹ En el voto disidente la Jueza Gyulumyan cita el razonamiento del Juez Giovanni Bonello en el voto disidente del caso *Anguelova con Bulgaria*, en el cual señala lo siguiente: "Alternatively [the Court] should, in my view, hold that when a member of a disadvantaged minority group suffers harm in an environment where racial tensions are high and impunity of State offenders epidemic, the burden to prove that the event was not ethnically induced shifts to the Government". Véase: Ibid., p. 24.

⁵⁵⁰ La Jueza Gyulumyan cita una serie de informes de instituciones internacionales que advierten de la discriminación a la comunidad gitano en Turquía. Véase: Ibid., p. 26.

⁵⁵¹ Al respecto señala: "When it came to the national feelings and traditions of Roma people the Turkish court took a radically different approach, which in itself suggests a difference in treatment based on ethnicity". Ibid., p. 25.

considerado como un trabajo académico no es ni una justificación ni excusa para insultar la dignidad de la comunidad gitana. Dicho argumento, es contrario a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 27 de noviembre de 1978.⁵⁵²

Para la Jueza Gyulumyan, no hay ningún conflicto con el artículo 10 del CEDH en la medida en que este último, en el apartado 2, se refiere a los deberes y responsabilidades asociadas con la libertad de expresión. Para la protección de la reputación y los derechos de los demás es de crucial importancia que la libertad de expresión no sólo confiera el derecho de opinión, sino que también impone deberes y responsabilidades. Así, no podría interpretarse que el precitado artículo habilita para la promoción o difusión de ideas de odio étnico o de superioridad de una nación u otros grupos étnicos⁵⁵³. El estereotipo continuado de los gitanos y su comunidad debe terminar, desaprovechando el TEDH la oportunidad de condenar la incitación a la discriminación como la que figura en las publicaciones en cuestión.

La sentencia en comento, es destacable por dos motivos. El primero, tiene relación con sus aspectos procesales -que derivan en cuestiones sustantivas importantes-, esto es la interpretación que hace el TEDH sobre el artículo 34 del CEDH, ampliando el concepto de víctima y abriendo la puerta para un posible entendimiento de los derechos de grupo dentro del sistema europeo de protección de los derechos humanos.

El segundo motivo, radica en la interpretación que realiza el TEDH sobre el artículo 8 y su ponderación con el artículo 10 del CEDH considerando incipientemente el contexto multicultural⁵⁵⁴, pero sin conseguir otorgar la protección adecuada que requiere a un grupo

⁵⁵² El artículo 2.1 de la citada declaración señala: “Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y étnicos de la humanidad”.

⁵⁵³ Cfr. STEDH (2012). Aksu con Turquía, p. 26.

⁵⁵⁴ Sobre la interpretación contextualizada de los derechos humanos en contextos multiculturales, véase: ÁLVAREZ (2014a), pp. 179-212. Asimismo, véase: GRIMM (2007), pp. 51-69. Para una propuesta de ampliación del espectro argumental de la discriminación indirecta, incorporando criterios interpretativos adicionales (discriminación estructural y la interseccionalidad de las discriminaciones), véase: AÑÓN ROIG (2013), pp. 127-157. Asimismo, para propuestas sobre cómo el derecho procesal puede jugar un papel relevante en los casos que envuelven aspectos culturales o identitarios, véase: BOTICARIO (2014), pp. 271-279.

desaventajado como la comunidad gitana en Turquía. En ese sentido, el contraste de la argumentación de la sentencia con el voto disidente será el centro del análisis que propongo.

Así las cosas, siguiendo el orden de la sentencia, primero analizaré la discusión procesal sobre la objeción preliminar opuesta por el gobierno turco, la interpretación “flexible” del artículo 34 del CEDH que realiza el TEDH y las consecuencias que se podrían derivar del fallo. En segundo lugar, contrastaré la argumentación del fallo con el voto disidente sobre el fondo de la controversia. Para finalizar, realizaré algunas consideraciones sobre la importancia de la interpretación contextualizada para la adecuada protección de los derechos humanos en contextos multiculturales.

En el fallo en análisis, el TEDH reitera la jurisprudencia sobre las características del artículo 34 del CEDH, esto es, que el solicitante se debe encontrar directamente afectado por el acto impugnado y que la acción no se podría considerar como una de tipo popular⁵⁵⁵. Sin embargo, el TEDH señala que si bien la existencia de una víctima personal y directamente afectada por una supuesta violación de un derecho del CEDH es indispensable para poner en movimiento el mecanismo de protección, dicho criterio no se debe aplicar de manera rígida e inflexible.

Lo novedoso del fallo consiste en que el TEDH incorpora un criterio diferente a otras ampliaciones del concepto de víctima establecidas en el artículo 34, tales como, la posibilidad de acceder a peticiones de víctimas potenciales⁵⁵⁶, futuras⁵⁵⁷ o indirectas⁵⁵⁸. En la mayoría de las ampliaciones anteriores la solicitud giraba en torno a una víctima claramente identificable, es decir, requerimientos referentes a una víctima que correspondía a una persona individual, ya sea potencial⁵⁵⁹, futura o indirecta. Sin embargo, en el fallo en análisis el TEDH utilizó la idea de

⁵⁵⁵ Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, véase: VAN DIJK (2006), pp. 46-78.

⁵⁵⁶ Una recopilación de los casos al respecto en: Ibid., pp. 61-65.

⁵⁵⁷ Una recopilación de los casos al respecto en: Ibid., pp. 66-68.

⁵⁵⁸ Una recopilación de los casos al respecto en: Ibid., pp. 68-73.

⁵⁵⁹ El caso guarda cierta relación con el presentado por la Federación Cristiana de Testigos de Jehová en contra de Francia. Sin embargo, refiriéndose expresamente el TEDH al demandante como una víctima potencial, en su decisión final, no admite su petición por carecer de la calidad de víctima, incluso en términos potenciales, de conformidad al artículo 34 del CEDH. Véase: STEDH, Federación Cristiana de Testigos de Jehová con Francia, N° 53430/99, 6 de noviembre de 2001.

“flexibilidad” en la interpretación del artículo 34 del CEDH -aunque no explicita a que se refiere con ello- para analizar el requerimiento y la objeción preliminar del Gobierno turco.

El TEDH, en el fallo en comento, cuando se refiere al criterio de “flexibilidad” en la interpretación del artículo 34 del CEDH utiliza como precedente su decisión en el caso *Bitenc con Slovenia* (2008). En dicho caso, el TEDH no da mayores luces sobre lo que entiende por una interpretación “flexible” del artículo 34, es más, en dicho caso el TEDH acogió la objeción preliminar y señaló que de conformidad al artículo precitado el solicitante no tenía la condición de víctima⁵⁶⁰. Así, resulta paradójico que utilice como precedente del criterio de “flexibilidad” el caso precitado.

Al respecto, surgen dos preguntas: 1) ¿Por qué el TEDH no utilizó los criterios jurisprudenciales de víctima (potencial, futura o indirecta) que ha creado en los últimos años para el análisis del presente caso? 2) ¿Cuáles podrían ser las consecuencias teóricas y prácticas de una interpretación “flexible” del artículo 34?

Respecto a la primera pregunta, las características del presente caso implicaban que si el TEDH utilizaba los criterios de víctima potencial, futura o indirecta, debía acoger la objeción preliminar del Gobierno turco. El criterio de “flexibilidad” le permite una discrecionalidad mayor al TEDH para acoger a tramitación requerimientos más “abstractos” y que se sitúan en los bordes de la línea que separa una reclamación individual de una reclamación de grupo.⁵⁶¹

En un caso similar al fallo en comento del TEDH, el Tribunal Constitucional español (1991) acogió un recurso de amparo, presentado por una ciudadana española que defendía el derecho fundamental al honor del pueblo judío por declaraciones públicas realizadas por un ciudadano de origen Belga. En este caso, los Tribunales de Justicia españoles, habían rechazado en diversas instancias la demanda por falta de legitimación activa, sin embargo el Tribunal Constitucional acoge el recurso de amparo y, por ende, le da legitimidad activa a un derecho de grupo, en este

⁵⁶⁰ Véase: STEDH (2008), *Bitenc con Slovenia*, N° 32963/02.

⁵⁶¹ Sobre la jurisprudencia del TEDH en lo relativo a reclamaciones “abstractas”, véase: VAN DIJK (2006), pp. 58-61.

caso el “honor”. El Tribunal ocupa el criterio de acoger el interés legítimo del grupo si es identificable y quien recurre pertenece al grupo.⁵⁶²

Así, el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional español, para resolver si acoge a tramitación o no una reclamación de grupo, me parece más adecuado que el criterio vago de “flexibilidad” con el que el TEDH resuelve el mismo asunto.

En relación con la segunda pregunta, las consecuencias teóricas y prácticas del fallo en comento consistirían en la apertura del concepto de víctima -a la luz del artículo 34 del CDH- a una mirada que permite reclamos colectivos en su seno. Con la incorporación del criterio de “flexibilidad” al momento de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 34 del CEDH, como lo hizo el TEDH con el reclamo de un miembro de la comunidad gitana por publicaciones que afectaban el honor de dicha comunidad en su conjunto, abre la puerta para que reclamos de grupos étnicos o culturales -que no pueden ser leídos en clave individual- sean conocidos dentro del sistema de peticiones individuales del TEDH. La incorporación de dicho criterio, analizado en conjunto con los otros criterios ya establecidos por la jurisprudencia del TEDH, implica la ampliación del concepto de víctima y la posibilidad de poner en movimiento el sistema de peticiones individuales con solicitudes que se encuentran en el borde de la línea que separa las reclamaciones de derechos de víctimas individuales de las de grupo. Asimismo, con el criterio de “flexibilidad” el límite que establece la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 34 del CEDH y la denegación de requerimientos “abstractos” se vuelve más borrosa.

Revisando la evolución que ha tenido el debate sobre los derechos de las minorías culturales, Will Kymlicka señala que actualmente los defensores de estos derechos han logrado redefinir con éxito los términos del debate, desplazando la carga de la prueba, la que recae –ahora- en los defensores de las instituciones ciegas a las diferencias en el sentido de que son ellos quienes deben probar que su análisis “neutro” no genera injusticias para los grupos minoritarios⁵⁶³. Asimismo,

⁵⁶² Véase: STCE (1991), Violeta Friedman con Sala Primera del Tribunal Supremo. Asimismo, para un análisis del fallo, véase: ATIENZA RODRÍGUEZ (2003), pp. 36-40.

⁵⁶³ Véase: KYMLICKA (2003), p. 33.

plantea que tanto críticos como multiculturalistas aceptan que las demandas de los grupos culturales sean evaluadas caso a caso, tomando en consideración las peculiaridades que le imprime el grupo cultural al caso concreto y sus criterios interpretativos.⁵⁶⁴

Tomando en cuenta lo anterior como prisma para el análisis de la sentencia, podemos apreciar una tímida inclinación del TEDH a la realización de una interpretación contextualizada⁵⁶⁵. En ese sentido, si bien el TEDH para la realización de una adecuada ponderación entre el artículo 8 y 10 del CEDH toma en consideración la característica de grupo desaventajado de la comunidad gitana en Turquía⁵⁶⁶, no llega a dar el paso de invertir la carga de la prueba⁵⁶⁷ y, por ende, establecer la obligación positiva al Gobierno turco de probar que las publicaciones en cuestión no afianzaron o empeoraron la situación desaventajada de la comunidad gitana.⁵⁶⁸

Precisamente lo analizado anteriormente, es el principal reproche que realiza a la sentencia en comento el voto disidente de la Jueza Gyulumyan, quien aboga por una inversión de la carga de la prueba en este tipo de casos. Ello implica un nivel de protección especial para el grupo desaventajado, que llevado a la práctica significaría una presunción general consistente en que cualquier publicación o declaración que estereotipe o menosprecie al grupo no debería ser permitida. Obviamente, dicha presunción general admitiría prueba en contrario, pero la carga de la prueba sería trasladada al emisor de la publicación o declaración y no a quien solicita la protección. Como vimos en el punto anterior con las expulsiones de gitanos en el Reino Unido, en este caso el TEDH tampoco invirtió la carga de la prueba, lo que lo llevo a señalar que no existía violación a las normas señaladas del CEDH por parte de Turquía.

Seguir el razonamiento propuesto por la Jueza Gyulumyan habría implicado que el TEDH al momento de ponderar los derechos en juego debería haber inclinado la balanza hacia la protección de la honra de la comunidad gitana en Turquía, en vez del derecho a la libertad de expresión de los

⁵⁶⁴ Ibid., pp. 34-35. Véase en ese sentido el trabajo de: ÁLVAREZ (2014a) pp. 179-212. Asimismo, para un análisis centrado en la incorporación de esta perspectiva en los criterios de ponderación, véase: GRIMM (2007), pp. 51-69.

⁵⁶⁵ Sobre la interpretación contextualizada véase el apartado 1.3.4 del Capítulo I del presente trabajo.

⁵⁶⁶ Véase: STEDH (2012). Aksu con Turquía, párrs. 75-76.

⁵⁶⁷ El TEDH ha invertido la carga de la prueba en casos de “discriminación múltiple”, por ejemplo en la sentencia del caso “B.S.C. con España” conocido como “Solomon con España”. Al respecto véase: STEDH (2012). B.S.C con España. Para un análisis de la sentencia, véase: ABRIL (2013), pp. 309-326.

⁵⁶⁸ En ese sentido véase: BOURLOYANNIS-VRAILS (2012), pp. 685-687.

autores de las publicaciones, condenando en definitiva a Turquía por no ejercer su deber positivo de actuación y protección del derecho establecido en el artículo 8 del CEDH a favor de la comunidad gitana en la forma requerida por el solicitante de protección.

Es importante tener en consideración que para que la inversión de la carga de la prueba pueda operar en una interpretación contextualizada, la evaluación de un grupo como desaventajado es una consideración previa que debe realizar el tribunal. Ello implica dos aspectos polémicos y complejos para la teoría del derecho. El primero es la categoría de “grupo” a una reunión de personas y la segunda es considerarlo como “desaventajado”. Sin embargo, considero que los trabajos de Gutmann, Kymlicka y Young al respecto son esclarecedores y de utilidad práctica.⁵⁶⁹

La sentencia en comentario del TEDH resulta interesante, tanto por la ampliación del concepto de víctima que contiene como por el incipiente análisis contextualizado que realiza en su interpretación y ponderación de los derechos en cuestión. Aunque, en ambos temas no es posible visualizar un desarrollo jurisprudencial sólido, sí es posible advertir una apertura del TEDH hacia un enfoque flexible y contextualizado que le permite enfrentar los casos de grupos desaventajados más allá del enfoque tradicional en la materia.

En ese sentido, es importante apuntar que existe una diferencia de grado en el afianzamiento de la perspectiva del TEDH en los temas que he traído para el análisis. Así, en la ampliación del concepto de víctima producto de la flexibilización de los criterios procesales contenidos en el artículo 34 del CEDH, aunque vaga e incipiente, es una realidad en la jurisprudencia del TEDH, con las consecuencias teóricas y prácticas que ya he apuntado. Por el contrario, la interpretación contextualizada y la posible inversión de la carga de la prueba a favor de los grupos étnico-culturales desaventajados, sólo está presente con claridad en el análisis de la Jueza disidente de la sentencia en comentario. Con ello, la diferencia de grado al respecto resulta evidente.

Asimismo, ambos temas junto con ser polémicos y teóricamente complejos, hay un incipiente desarrollo en la jurisprudencia del TEDH, siendo la sentencia analizada un claro ejemplo de ello. Además, la sentencia comentada nos permite apreciar hacia dónde están mirando los jueces del

⁵⁶⁹ Véase el apartado 1.3. del Capítulo I del presente trabajo.

tribunal para dar solución a los casos complejos que se derivan del fenómeno multicultural. En ese sentido, concuerdo con Bourloyannis-Vrails cuando señala que si bien ni la Sala del TEDH que consideró el caso en virtud del artículo 14 en relación con el artículo 8, ni la Gran Sala del mismo que lo examinó en virtud del artículo 8, reivindicaron la afirmación de Aksu respecto a la naturaleza ofensiva de las publicaciones pertinentes, el caso contribuye como una pequeña victoria para los derechos de las minorías y otros grupos vulnerables, gracias a que caracteriza los estereotipos de un grupo étnico como una injerencia negativa en el derecho a su vida privada.⁵⁷⁰

2.4.2. Los derechos culturales y la prohibición a la discriminación

Desde el caso lingüístico del “Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica con Bélgica (1968)” que el TEDH considera que la prohibición de no discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH se puede alegar autónomamente, siendo suficiente que la materia de la demanda entre en el campo de aplicación de un artículo que protege una libertad para que se pueda alegar válidamente la violación del principio de no discriminación, pues limitar su aplicabilidad a las hipótesis de violación concurrente con otro artículo del CEDH sería privarle de todo efecto útil.⁵⁷¹

Asimismo, el TEDH en el caso lingüístico belga para determinar cuándo estamos ante una diferencia de trato legítima de una discriminatoria confeccionó un esquema que señala que para que exista una discriminación debe ocurrir que: i) de los hechos se puede constatar un trato diferente; ii) el trato diferente no persigue un fin legítimo, no tiene una justificación objetiva ni razonable; y iii) no exista proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido.⁵⁷²

Ahora bien, el artículo 14 del CEDH establece una serie de motivos, a modo ejemplar, que se consideran prohibidos o causales de discriminación que atentan contra el principio de igualdad de trato. Así, se encontrarían prohibidos los tratos diferenciados que se haga para el goce de los derechos y libertades que preceptúa el CEDH, especialmente, por razones de sexo, raza, color,

⁵⁷⁰ Cfr., BOURLOYANNIS-VRAILS (2012), p. 686.

⁵⁷¹ Cfr. CARMONA (2014), p. 590.

⁵⁷² Cfr. STEDH (1968). Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica con Bélgica, p. 31.

lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.⁵⁷³

El TEDH al interpretar el sentido del artículo 14 del CEDH “que si la discriminación existe cuando se trata de forma distinta a determinadas personas sin justificar esta diferencia de trato por motivos objetivos y razonables, con mayor razón hay discriminación cuando se explica el distinto trato a partir de un de los criterios que se enuncian en el art. 14, expresamente declarados discriminatorios”.⁵⁷⁴

De esta forma, la jurisprudencia del TEDH ha sido abundante en la condena de prácticas antidiscriminatorias con el objeto de proteger a grupos culturales minoritarios y étnicos⁵⁷⁵, siendo relevantes para analizar aquellos que tienen relación con las personas de etnia gitana. A mi juicio, aquí hay dos casos interesantes para la revisión de la jurisprudencia del TEDH en este punto. El primero de ellos es el caso D.H. y otros con la República Checa (2007) y, en segundo lugar, el caso Muñoz Díaz con España (2009).

2.4.2.1. Caso D.H. y otros con la República Checa, prohibición de educación separada de niños gitanos

En el año 2007, la Gran Sala del TEDH revocó la Sentencia dictada por la Sala del mismo tribunal el año anterior en el caso D.H. y otros con la República Checa⁵⁷⁶, marcando un hito en la protección de las minorías al interior del sistema europeo de protección de los derechos humanos.⁵⁷⁷

El caso aborda el problema que se planteó por la diferencia de trato que los niños gitanos recibieron durante un cierto periodo de tiempo en la República Checa, debido a que un número

⁵⁷³ El artículo 14 del CEDH señala: “Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁵⁷⁴ Cfr. CARMONA (2014), p. 593.

⁵⁷⁵ Cfr. Ibid., pp. 595-598.

⁵⁷⁶ Luego el TEDH confirma las líneas jurisprudenciales de la Sentencia de la Gran Sala en el caso D.H. y otros con la República Checa en los casos: 1) Sampanis y otros con Grecia (2008); 2) Orsus y otros con Croacia (2010).

⁵⁷⁷ En ese sentido, véase: REY (2007), pp. 279-307.

importante de niños gitanos eran ubicados en escuelas especiales para niños con discapacidades intelectuales, siendo discriminados por ser parte de la comunidad gitana a diferencia del resto de los niños que habitaba en dicho Estado.⁵⁷⁸

Para el Gobierno de la República Checa no había una discriminación arbitraria y la razón de la diferencia de trato tenía un motivo justificado. Así, explica la diferencia de trato entre niños gitanos y no gitanos en la necesidad de adaptar el sistema educativo a la capacidad de los niños con necesidades educativas especiales, cuya base de justificación radica en dos datos (que considera neutros y no discriminatorios por motivos raciales), los que son: 1) La baja capacidad intelectual de los niños miembros de la comunidad gitana la que era medida con la ayuda de pruebas psicológicas en centros imparciales y técnicamente competentes; 2) El consentimiento de los padres en la decisión de derivación de los niños a centros educativos especiales.⁵⁷⁹

En su sentencia, el TEDH no consideró ni razonables ni justificables ninguna de las dos causales entregadas por el Gobierno de la República Checa para un trato diferenciado a los niños de la comunidad gitana, condenando al Estado por vulneración a la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH. De esta forma, sobre la supuesta baja capacidad intelectual por parte de los niños miembros de la comunidad gitana como causal de justificación para un trato diferenciado, el TEDH señala que los test utilizados para tales fines eran objeto de controversia científica y no tenían en cuenta las circunstancias específicas de los niños gitanos. Asimismo, El TEDH advierte el peligro de que las pruebas psicológicas y sus resultados no fueran analizados a la luz de las circunstancias especiales de los niños gitanos y, por ende, no pueden servir como justificación de la diferencia de trato impugnada.⁵⁸⁰

Luego, en relación con la causal de justificación para el trato diferenciado dada por el Gobierno de la República Checa, esto es, la del consentimiento de los padres para la adopción de la medida, el TEDH observa que el Gobierno sostiene que este fue el factor decisivo, sin el cual no habrían sido ubicados los niños en las escuelas especiales. Tomando en consideración el hecho de que una

⁵⁷⁸ Cfr. STEDH (2007). D.H. y otros con República Checa, párrs. 11-28.

⁵⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, párrs. 39-48.

⁵⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, párrs. 199-200.

diferencia de trato se ha establecido en el presente caso, se deduce que ese consentimiento significaría una aceptación de la diferencia de trato, en sí mismo discriminatorio, en otras palabras, una renuncia al derecho a no ser discriminado. Para el TEDH, citando su jurisprudencia⁵⁸¹, la renuncia a un derecho garantizado por el CEDH (en la medida en que dicha renuncia es permisible) se ha establecido de forma inequívoca, sólo será permitida con pleno conocimiento de los hechos, es decir, sobre la base del consentimiento informado y sin restricciones, lo que a juicio del TEDH no se cumple en el presente caso.⁵⁸²

Lo interesante del caso, a mi juicio, es que para arribar a las conclusiones ya señaladas el TEDH realizó una interpretación de los derechos humanos teniendo en cuenta los escenarios multiculturales en los que se ven envueltos grupos culturalmente minoritarios y desaventajados⁵⁸³. Para esto, el TEDH primero constata la situación vulnerable de la comunidad gitana en la República Checa⁵⁸⁴ y a través del método estadístico y la inversión de la carga de la prueba realiza una interpretación a su favor de la situación jurídica en conflicto.⁵⁸⁵

El TEDH utilizó el método estadístico para determinar la existencia de una discriminación de impacto (o indirecta)⁵⁸⁶, esto es, una diferencia de trato entre dos grupos similarmente situados, a pesar de que el criterio de diferenciación no sea uno de tipo cultural, sino uno “neutro” (en este caso, serán las capacidades y necesidades educativas de los niños). La Gran Sala no se centró en

⁵⁸¹ El TEDH cita la jurisprudencia sobre el caso Pfeifer y Plankl con Austria (1992) y del caso Deweer con Bélgica (1980).

⁵⁸² Cfr. STEDH (2007). D.H. y otros con República Checa, párr. 202.

⁵⁸³ En ese sentido para María José Añón la decisión del TEDH en el caso “D.H. y otros con República Checa” marca un cambio significativo en su jurisprudencia que se podría catalogar de formalista, ya que amplía el alcance del CEDH realizando un análisis del contexto social y de la segregación de hecho que se produce por las políticas educativas en contra de la población infantil romaní. Cfr. AÑÓN (2013), p. 139.

⁵⁸⁴ Citando el caso Chapman con Reino Unido, que analizamos en el punto 2.5.1.1, el TEDH constata la especial vulneración en la que se encuentra la comunidad gitana en Europa. En ese sentido señala que: “Lastly, as noted in previous cases, the vulnerable position of Roma/Gypsies means that special consideration should be given to their needs and their different lifestyle both in the relevant regulatory framework and in reaching decisions in particular cases (see *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 96, ECHR 2001-I, and *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 84, 27 May 2004). In *Chapman* (cited above, §§ 93-94), the Court also observed that there could be said to be an emerging international consensus among the Contracting States of the Council of Europe recognising the special needs of minorities and an obligation to protect their security, identity and lifestyle, not only for the purpose of safeguarding the interests of the minorities themselves but to preserve a cultural diversity of value to the whole community”. Cfr. *Ibid.*, párr. 181.

⁵⁸⁵ Cfr. *Ibid.*, párrs. 175-185.

⁵⁸⁶ El TEDH utilizó el criterio de discriminación indirecta que tiene como precedente el caso “Hoogendijk con Holanda (2005)” sobre la situación de discriminación de mujeres. Véase: *Ibid.*, párrs. 179-180.

el contenido de las disposiciones legales que regulaban las escuelas especiales, sino en si la forma en que se había aplicado esa legislación había dado lugar al ingreso de un número desproporcionadamente elevado de alumnos romaníes en escuelas especiales sin una justificación aparente. Así, para el TEDH no sería necesario probar la existencia de una intención discriminadora por parte de la autoridad implicada, ya que esto, provocaría una inversión de la carga de la prueba, de modo que no será quien alega la discriminación sino el Gobierno de la República Checa el que deberá demostrar que la diferenciación de trato es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación de tipo cultural o étnica.⁵⁸⁷

Como iremos viendo a lo largo de este trabajo, el TEDH tiende a realizar una interpretación contextualizada de los derechos humanos en juego para evaluar con criterios neutrales posibles discriminaciones indirectas, sin justificar la utilización del mismo en razón a la necesidad de un trato diferenciado debido a las diferencias culturales, sino que demostrando que la práctica es discriminatoria por sus efectos y por la falta de fundamentación por parte de la autoridad estatal. Esta forma de resolver los casos de tipo multicultural no evalúa la práctica estatal en si ni su justificación normativa, sino que se limita a constatar sus efectos, evitando el TEDH someter a un escrutinio de razonabilidad actuaciones estatales que tienen un efecto segregador o menospreciador.

2.4.2.2. Caso Muñoz Díaz con España, discriminación y flexibilidad de requisitos formales para la protección de minorías culturales

⁵⁸⁷ Las estadísticas mostraron que el 56% de todos los niños en colegios especiales en la localidad de la República Checa examinada (Ostrava) eran gitanos, aunque éstos sólo constituían el 2,26% del total de alumnos en escuelas primarias de dicha localidad, de los cuales, sólo el 1,8% de niños no gitanos estaban en ese tipo de escuelas, mientras que la proporción de niños gitanos ascendía al 50,3%. Así, el TEDH observa que el Gobierno de la República Checa no cuestionó estos datos y no aportó otros diferentes. Cfr. *Ibid.*, párr. 190-191. En ese sentido, para María José Añón, “[l]os Estados deben ofrecer razones para justificar sus normas de acuerdo con criterios o principios racionales, y no sobre patrones sociales que suscriben la necesidad de preservar pautas culturales, tradiciones o el *statu quo*”. Cfr. AÑÓN (2013), p. 141.

El caso Muñoz Díaz con España planteó la situación de denegación de una pensión de viudedad a una mujer que había contraído matrimonio a través del rito gitano, el que no fue reconocido por la legislación española y, según el TEDH, se generó una violación del artículo 14 del CEDH.⁵⁸⁸

En este caso nuevamente el TEDH constata la discriminación estructural de la que son víctimas los miembros de la comunidad Gitana en Europa⁵⁸⁹, aunque resuelve el caso señalando que la Señora Muñoz Díaz fue víctima de una discriminación por el hecho de haber sido tratada diferentemente cuando existía una sentencia del Tribunal Constitucional español en la que éste entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia⁵⁹⁰. A lo anterior, el TEDH agrega el hecho de que la Señora Muñoz Díaz se encontraba de buena fe y tenía la certeza de que ella había contraído un matrimonio totalmente válido, ya que ese era el valor que le otorgaba al hecho de haber realizado el acto conforme a los ritos de la comunidad gitana⁵⁹¹.

Como podemos apreciar, al igual que en el caso D.H. y otros con República Checa, el TEDH resuelve por las consecuencias prácticas que tiene la acción estatal y no por considerar que la Señora Muñoz Díaz tenía derecho a un tratamiento diferenciado en razón de su cultura y creencias⁵⁹². El TEDH no analiza la posibilidad de que los universos simbólicos que dotan de

⁵⁸⁸ Para un análisis en profundidad de los antecedentes del caso, véase: MOYA (2015), pp. 179-214. Asimismo, véase: REQUENA (2009), pp. 563-578.

⁵⁸⁹ Al respecto, véase: STEDH (2009). Muñoz Díaz con España, párrs. 60-62. Asimismo, véase: REY (2010); BARRÈRE y MORONDO (2011), pp. 31-34.

⁵⁹⁰ Al respecto, véase: STCE (2004). Pedro Manrique Miranda con Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

⁵⁹¹ Cfr. STEDH (2009). Muñoz Díaz con España, párrs. 62-64.

⁵⁹² David Moya realiza una crítica similar, aunque desde otro ángulo, al respecto señala que: “La primera cuestión es el selectivo empleo por parte del TEDH del marco normativo internacional y comunitario. En contraste con las numerosas referencias al marco convencional regional europeo adoptado en el seno del Consejo de Europa, el TEDH apenas recurre a dos instrumentos clave en esta materia como son el Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 7 de marzo de 1996, ratificado por España, y la Directiva de 2000/43/CE que si bien era coetánea al inicio del litigio principal, fue tomada en cuenta por los Tribunales españoles desde la primera sentencia sobre el caso. Es importante poner de relieve el énfasis puesto por el Tribunal en el Convenio Marco del Consejo de Europa de 1995, porque le sirve al Tribunal para anunciar la emergencia de un creciente consenso internacional sobre la necesidad de reconocer las necesidades especiales de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y estilo de vida, de la que derivará la necesidad, si no de introducir excepciones a las disposiciones legales generales, sí al menos de tomar en consideración la pertenencia a esta minoría en la aplicación de las mismas”. MOYA (2015), pp. 196-197.

contenido y razones para la acción práctica de la Sra. Muñoz se constituyen de forma relacional, en la cual sus prácticas y creencias son fundamentales. Así, el TEDH se esfuerza para que de su argumentación no se desprenda que se está haciendo una excepción a favor de la comunidad gitana, sino más bien que se les está tratando igual que al resto.⁵⁹³

Posteriormente, el año 2010 el TEDH resolvió el caso “Şerife Yiğit con Turquía” rechazando la pretensión de equiparación de una mujer casada bajo la tradición musulmana a la que se le negó la validez del acto y, por ende, el acceso a efectos (pensión) de un matrimonio realizado bajo la ley civil⁵⁹⁴. Para el TEDH el caso no es equiparable al de la Sra. Muñoz Díaz, ya que en Turquía

⁵⁹³ En ese sentido el TEDH señala que: “As regards the arrangements for survivor’s pensions at the material time, the Court observes that the General Social Security Act, according to the version then in force, recognised an entitlement to a survivor’s pension for the surviving spouse. That statutory provision was, however, supplemented and nuanced both in the law itself and in the case-law of the domestic courts, including that of the Constitutional Court (see paragraph 32 above). The constitutional case-law has indeed taken into account, in recognising survivor’s pensions, the existence both of good faith and of exceptional circumstances rendering the celebration of marriage impossible, even though no legally valid marriage has taken place. The Court notes that the tenth amendment to Law no. 30/1981 of 7 July 1981, amending the provisions pertaining to marriage (see paragraph 26 above), recognised an entitlement to a survivor’s pension even in the absence of marriage, in cases where it had not been possible to give consent according to canonical rites. It observes that, according to the interpretation of that provision by constitutional case-law, a survivor’s pension may be granted in the event of an impediment to marriage (in the canonical form), for example where a divorce could not be obtained, or where marriage was against the couple’s beliefs (see paragraph 32 above). The General Social Security Act, as in force at the material time, recognised in section 174 an entitlement to a survivor’s pension where there had been a belief in good faith in the existence of a marriage that was null and void. The Constitutional Court has moreover recognised, in particular in its judgment no. 199/2004 (see paragraph 32 above), a survivor’s pension entitlement in the event of a canonical marriage where the statutory requirements were not met, as the marriage had not been registered in the Civil Register for reasons of conscience”. Cfr. STEDH (2009). Muñoz Díaz con España, párr. 54. Fernando Rey critica que el TEDH resolviera el caso en base al principio general de igualdad y no a partir de categorías más específicas del derecho antidiscriminatorio como lo es la discriminación múltiple o interseccional. Para el autor, el caso es un buen ejemplo de una discriminación múltiple o interseccional, ya que la Sra. Muñoz fue tratada de forma diferente por ser mujer y gitana. Cfr. REY (2010). Por su parte, para María Barrère y Dolores Morondo el caso de la Sra. Muñoz nos debe hacer reflexionar con cuidado sobre el contenido de la discriminación interseccional y a superar una concepción matemática de la misma (que sería la que aplica Fernando Rey), ya que una protección de la “cultura” gitana nos puede llevar a legitimar situaciones en las que a las mujeres se les impide trabajar fuera de casa, celebrar el matrimonio según ciertos ritos y cuidar al marido hasta su muerte. Así, para las autoras teniendo presente la distinción que hace Kymlicka entre protecciones externas y restricciones internas (que comparto), señalan que: “(...) pedir que se reconozca validez jurídica, so pena de discriminación étnica, a una práctica cultural que concurre de manera significativa a la dependencia matrimonial y económica de las mujeres gitanas respecto de sus maridos no puede considerarse una propuesta válida de Derecho antidiscriminatorio o, al menos, no como concebimos este último. En tal sentido, la discriminación que sufre “la Nena” es, ante todo, una discriminación como mujer dentro de la “cultura” de su etnia. Y si en el caso judicial hay que resolver, como pensamos, a favor de esta mujer gitana viuda que reclama una pensión, no debiera ser porque no se reconoce su matrimonio étnico, sino porque el Estado ha dado cobijo a normas (escritas o no) que sostienen una práctica subdiscriminatoria para las mujeres como es, en el caso que nos ocupa, el matrimonio gitano”. Cfr. BARRÈRE y MORONDO (2011), pp. 36-37.

⁵⁹⁴ Al respecto, véase: STEDH (2010). Şerife Yiğit con Turquía.

no existe el reconocimiento de otro tipo de matrimonio que no sea el civil, por lo que no hubo discriminación en razón a otras tradiciones o creencias⁵⁹⁵. Así, el presente caso nos sirve para ilustrar la óptica de la jurisprudencia del TEDH y señalar que la interpretación contextualizada que hizo el TEDH en el caso Muñoz Díaz no tenía como objetivo proteger una tradición cultural de una minoría marginada, sino más bien el hecho de que no hubieran tratos privilegiados al interior de las sociedad española entre culturas o creencias. Sin embargo, si el grupo cultural (como ocurre en el caso Şerife Yiğit con Turquía) no es tratado de forma diferente, para el TEDH no hay justificación para evaluar el contenido de la práctica estatal. Esto, nos ilumina los límites que tiene la protección de las prácticas culturales de los grupos en el marco europeo y el alcance que le da al principio de no discriminación el TEDH.⁵⁹⁶

Como hemos podido apreciar, el TEDH ha sido reacio a otorgar una protección a las formas de vida y la cultura de los grupos étnicos-culturales, situándose mas cercano a las coordenadas teóricas del liberalismo clásico que a las del liberalismo multicultural. Así, en los casos sobre expulsión de caravanas gitanas y el derecho a la vida privada y familiar, el TEDH convalidó la actividad estatal utilizando la doctrina del margen de apreciación, pese a que constató la vulnerabilidad y exclusión en la que se encuentran los gitanos en el Reino Unido. Similar razonamiento utilizó el TEDH en el caso Aksu con Turquía, a pesar de que dicha sentencia es interesante en la ampliación del concepto de víctima, no da el paso para -a pesar del contexto- invertir la carga de la prueba a favor del peticionario que es miembro de la comunidad gitana en Turquía. Por su parte, en los últimos dos grupos de casos que tienen que ver con la prohibición de la discriminación, el TEDH avanza en una interpretación contextualizada para evaluar la actividad estatal desde una perspectiva estadística con pretensiones de neutralidad, cuidándose de que sus

⁵⁹⁵ Al respecto, el TEDH señala que el caso *Şerife Yiğit* se distingue del caso *Muñoz Díaz* porque: “The Court must now ascertain whether the difference in treatment in question pursued a legitimate aim. In that connection, taking into account the importance of the principle of secularism in Turkey, the Court notes that in adopting the Civil Code in 1926, which instituted monogamous civil marriage as a prerequisite for any religious marriage, Turkey aimed to put an end to a marriage tradition which places women at a clear disadvantage, not to say in a situation of dependence and inferiority, compared to men”. Cfr. STEDH (2010). *Şerife Yiğit con Turquía*, párr. 81.

⁵⁹⁶ Para David Moya, con la sentencia en el caso *Şerife Yiğit* el TEDH restituye a los Estados un mayor margen de apreciación que en el caso *Muñoz Díaz*. Cfr. MOYA (2015), p. 212.

criterios den pie para un trato diferenciado de los miembros de grupos étnico-culturales que solicitan su protección.

2.5. JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS MULTICULTURALES

La libertad de expresión, en sus diferentes vertientes⁵⁹⁷, ha sido descrita, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales de derechos humanos, como la piedra angular de una sociedad democrática⁵⁹⁸. Para Luis López Guerra, esto es así porque representa un elemento irrenunciable en el ámbito propio de cada individuo, esto es, la posibilidad de proyectar ideas, creencias y sentimientos hacia los demás. Asimismo, y desde una perspectiva colectiva, porque constituye una garantía para el pluralismo y un elemento de crítica y control imprescindible frente a la arbitrariedad y el abuso de poder.⁵⁹⁹

En contextos multiculturales la libertad de expresión juega un rol relevante para los grupos que conforman la diversidad cultural y sus miembros en, al menos, dos dimensiones, esto es, en términos de libertad de opinión, comunicación e información, de su forma de vida, costumbres, tradiciones y cultura⁶⁰⁰; y en el sentido de restricción a los discursos que pueden afectar fuertemente el ejercicio de la autonomía de los miembros de grupos culturales y minoritarios, cuando éste reproduce una imagen devaluada, distorsionada, prejuiciosa o estereotipada de estos, generando un desprecio, intolerancia –incluso odio- del resto de la sociedad.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ En general, se ha sostenido que la libertad de expresión implica la libertad de opinión, de comunicación y de información. Al respecto, entre otros, véase: BUSTOS (2014), pp. 473-475; LÓPEZ GUERRA (2015), pp. 111-118.

⁵⁹⁸ El TEDH ha señalado que la libertad de expresión es uno de los fundamentos de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y la autorealización de los individuos. Cfr. STEDH (1999). Arslan con Turquía, párr. 44. Sobre la jurisprudencia del TEDH en la materia, véase: Cfr. BUSTOS (2014), pp. 473-509.

⁵⁹⁹ Cfr. LÓPEZ GUERRA (2015), p. 111. En el mismo sentido, véase: BUSTOS (2014), p. 475.

⁶⁰⁰ El rol que juega la libertad de expresión en una democracia de tipo pluralista que tome en consideración el fenómeno multicultural se ve reforzado, porque tomar en serio la cultura y el reconocimiento como bienes primarios, como necesidades dignas de satisfacción que traen aparejadas consecuencias jurídicas y políticas, “nos obliga a discutir acerca de las condiciones para negociar la participación igualitaria en el espacio público, desde la pluralidad, sin que ello destruya ni la cohesión ni la igualdad”. Cfr. De Lucas (2016), p. 32.

⁶⁰¹ En ese sentido, entre otros, véase: ÁLVAREZ (2009), pp. 544-559; FISS (1999a); RAZ (1991), pp. 303-320; WALDRON (2010 y 2012). Para Ana Filipa, poniendo el acento en lo importante de la libertad de expresión en sentido de protección externa (Kymlicka) de los grupos culturales desaventajados, señala que: “Although freedom of expression is viewed as a fundamental right attached to individual, it carried little meaning unless there is recognition of a communal or collective context. Therefore, it is also considered critical for cultural (or religious) minorities. For

En el espacio europeo, la libertad de expresión se encuentra regulada en el artículo décimo del CEDH señalando tanto su contenido como sus límites⁶⁰². Así, en el presente apartado, analizaré la jurisprudencia del TEDH desde una doble perspectiva. En primer lugar, revisaré la jurisprudencia sobre libertad de expresión en su sentido positivo, esto es, de libertad en el ejercicio del derecho por parte de miembros o grupos culturales como garantía de pluralismo. En segundo lugar, sistematizaré la jurisprudencia que se relaciona con la protección externa de los grupos culturales y sus miembros, con relación a lo que se ha denominado como “discurso del odio”.

2.5.1. La libertad de expresión en contextos multiculturales como garantía de pluralismo

En el caso “Arslan con Turquía (1999)” el TEDH junto con reiterar el valor del pluralismo para las sociedades democráticas que ha venido señalando desde el caso “Handyside con Reino Unido (1976)”⁶⁰³, aplicó dichos principios en defensa de la libertad de expresión de ideas que representan a un grupo cultural y minoritario dentro de dicho país. En éste caso el Sr. Arslan, autor de un libro titulado "Historia en luto, 33 balas" (Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun), que ganó el Premio Yunus Nadi y que fue publicado en diciembre de 1989 (con una segunda edición de julio de 1991), recurrió al TEDH alegando violación (entre otros) de su derecho a la libertad de expresión, debido a que por la publicación del libro se le condenó por el delito “propaganda separatista”. El Sr. Arslan fue condenado a seis años de prisión y la confiscación del libro por la Corte Nacional de Seguridad.⁶⁰⁴

El libro del Sr. Arslan, tenía un prefacio de Musa Anter, político pro-kurdo y escritor, cuyo tema principal era la reivindicación de los derechos del pueblo kurdo en Turquía y quien fuera

example, the right to freedom of expression was recognized as such in the interwar minority treaties which protected communities in newly created states in Central and Eastern Europe”. Cfr. FILIPA (2013), p. 37.

⁶⁰² El artículo 10 del CEDH señala que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones con denciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Este artículo, a diferencia del CADH, no prohíbe absolutamente la censura previa, a pesar de que su jurisprudencia ha sido restrictiva en este ámbito. Al respecto, véase: BUSTOS (2014), pp. 477-479.

⁶⁰³ Al respecto, véase: STEDH (1976). Handyside con Reino Unido.

⁶⁰⁴ Cfr. STEDH (1999). Arslan con Turquía, párrs. 8-13.

asesinado en 1992. Ello es relevante, porque la condena que sufrió el Sr. Arslan fue por el contenido del prefacio escrito por el Sr. Musa Anter.⁶⁰⁵

En el presente caso, el TEDH reiteró el carácter fundamental de la libertad de expresión en las sociedades democráticas y señaló que, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 10, éste no sólo es aplicable a las "informaciones" o "ideas" que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, sacuden o perturban. Tales son las exigencias del pluralismo, de la tolerancia y de la amplitud, sin las cuales no existe una "sociedad democrática". Tal como se establece en el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones, que deben, sin embargo, ser interpretadas estrictamente, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de manera convincente.⁶⁰⁶

Por último y que se vincula con el punto siguiente, el TEDH le señala a Turquía que no se encuentra bajo la protección de la libertad de expresión aquellas que incitan a la violencia contra un individuo o un funcionario público o un sector de la población (lo que no ocurría en el presente caso). En ese caso, las autoridades estatales gozan de un margen de apreciación más amplio al examinar la necesidad de una interferencia de la libertad de expresión.⁶⁰⁷

2.5.2. La libertad de expresión en contextos multiculturales como protección externa y prohibición del “discurso del odio”

El término "discurso de odio" es una definición relativamente nueva para denotar casos que originalmente se conocían, simplemente, como objeto de un discurso racista. Debido a que en contextos multiculturales, las personas y grupos que son objeto de discriminación, a menudo, sufren no sólo por sus características raciales, sino también por su sexo, orientación sexual, etnia, cultura u otras, el concepto de "discurso de odio" ha adquirido un alcance más amplio.⁶⁰⁸

⁶⁰⁵ Cfr. Ibid., párrs. 10-11.

⁶⁰⁶ Cfr. Ibid., párr. 44.

⁶⁰⁷ Cfr. Ibid., párr. 44.

⁶⁰⁸ Cfr. ÁLVAREZ (2009), pp. 552. Sartre señalaba que: "(...) me niego a llamar opinión a una doctrina (antisemitismo) que apunta expresamente a determinadas personas y que tiende a suprimirle sus derechos o a exterminarlas (...). El antisemitismo no entra en la categoría de pensamientos protegidos por el derecho de libre opinión". Cfr. SARTRE (1988), p. 11.

El discurso del odio, tiene elementos que están, generalmente, presentes en las expresiones que se vierten contra determinados miembros y grupos (desaventajados) de la sociedad. Uno de ellos, es que el discurso del odio adopta una afirmación fáctica, esto es, una imputación de peligrosidad que tiene un impacto directo y de daño permanente en las relaciones de la sociedad con los miembros y los grupos que son destinatarios del discurso⁶⁰⁹. Asimismo, el discurso del odio, tiende a estigmatizar y denigrar la forma de vida y la identidad en sí de grupos históricamente desaventajados y sus miembros, lo que incide en su acceso a oportunidades al interior de la sociedad⁶¹⁰ y restringe la autonomía de éstos de manera sustancial.⁶¹¹

Para Waldron, el fundamento de la restricción de la libertad de expresión a raíz del “discurso del odio” se basa en: 1) la existencia de un bien público de “inclusión social”⁶¹²; 2) la idea de “dignidad”⁶¹³, en el sentido que el “discurso del odio” afecta principalmente a minorías desaventajadas histórica y culturalmente.⁶¹⁴

Por su parte el TEDH, partiendo de la importancia que el pluralismo y la tolerancia revisten en una sociedad democrática, ha considerado que el “discurso del odio” no puede ser admitido como parte del ejercicio de la libertad de expresión, constituyendo un abuso del derecho y representando un acto que tiende a la destrucción de los derechos o libertades que reconoce el CEDH.⁶¹⁵

⁶⁰⁹ Cfr. WALDRON (2012), p. 57.

⁶¹⁰ En ese sentido, Waldron señala que: “(...) that stereotyping and stigmatization of historically disadvantages groups through group hate propaganda shape their social image and reputation, which controls their access to opportunities more powerfully than their individual abilities ever do”. Cfr. *Ibid.*, p. 58.

⁶¹¹ ÁLVAREZ (2009), pp. 552.

⁶¹² En este sentido, para Owen Fiss, una lectura “democrática” de la Primera Enmienda, cláusula constitucional que garantiza la libertad de expresión, implica hacer el debate público inclusivo, esto es, entregando voz a todas las personas y grupos que se encuentran excluidos de la deliberación democrática, para que esto contribuya al fortalecimiento de autodeterminación colectiva y de protección a la soberanía popular. Cfr. FISS (1999a), pp. 13-14.

⁶¹³ Waldron señala que el discurso del odio deshumaniza a sus destinatarios. En ese sentido, dice que: “Group libel may go directly to the normative basis of equal standing, damning the members of the group with vicious characterizations that dehumanize their ascriptive characteristics and depict them as insects or animals”. Cfr. WALDRON (2012), p. 58.

⁶¹⁴ Cfr. WALDRON (2010), pp. 1569-1657.

⁶¹⁵ En ese sentido la jurisprudencia del TEDH que recae sobre el caso “Ivanov con Rusia (2007)”, en el que el Sr. Ivanov denostaba a la comunidad judía en Rusia; y, el caso “Norwood con Reino Unido (2004)”, en que el “discurso del odio” estaba dirigido contra la comunidad musulmana en el Reino Unido. Al respecto, véase: López Guerra (2015), p. 113.

Para el TEDH la determinación de cuándo nos encontramos en presencia del “discurso del odio” no ha sido un tema pacífico⁶¹⁶. Tal como señala Rafael Bustos, lo que comparto, con los últimos fallos se ha ido asentando el criterio que ha sido mayoritario al interior del TEDH, debido a que han ido desapareciendo los votos particulares en la materia⁶¹⁷. El criterio mayoritario ha sido que existirá “discurso del odio” y, por ende, se podrá limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, si los términos concretamente utilizados suponen una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas, creencias, orientación sexual, nacionalidad o militancia política⁶¹⁸. Para López Guerra, el elemento común “a todos estos supuestos es que se trata de expresiones que difunden, incitan o justifican el odio basado en la intolerancia”.⁶¹⁹

Profundizando la protección externa de los grupos culturales, el TEDH ha fallado en una serie de casos que se encuentran en una “zona gris” o en la dimensión subjetiva del “discurso del odio”⁶²⁰. En estos casos, el TEDH ha determinado, principalmente, en el caso de grupos religiosos, que la “blasfemia” y el “insulto religioso” podrían constituir una excepción a las expresiones que se encuentran protegidas por el ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, permitir a las autoridades estatales su intervención⁶²¹. Lo relevante es que la “blasfemia” y el “insulto religioso”, pueden representar una incidencia en el derecho a la libertad religiosa consagrada en el artículo 9 del CEDH, lo que por conexión con el artículo 10 del CEDH que señala que es posible restringir la libertad de expresión cuando se afecta los “derechos de otros”, ha sido el punto de partida que ha tenido el TEDH para entrar en esta “zona gris”.⁶²²

⁶¹⁶ Las sentencias relevantes, en orden cronológico, del TEDH al respecto son: 1) *Norwood con Reino Unido* (2003); 2) *Ivanov con Rusia* (2007); 3) *Kutlular con Turquía* (2008).

⁶¹⁷ Los votos particulares han sostenido que el criterio para determinar que existe un real peligro o que se generará violencia debido al discurso, debe implicar un examen del contexto, que no basta con que el discurso en “abstracto” lo podamos catalogar de “discurso del odio”. Al respecto, véase: Bustos (2014), pp. 500-501.

⁶¹⁸ En ese sentido, véase: *Ibid.*, p. 500. Es importante señalar, que tal como apunta López Guerra, “que el Tribunal, aun manteniendo su posición respecto de la inadmisibilidad del discurso del odio, ha concluido en diversos casos a él sometidos, en que los límites establecidos a la libertad de expresión en esos casos no se encontraban justificadas, ya que no se había producido un discurso del odio, sino una expresión de crítica u oposición a determinadas creencias o actitudes”. Cfr. LÓPEZ GUERRA (2015), pp. 113-114.

⁶¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 113. En ese mismo sentido, véase: CRUZ (2014), pp. 630-631.

⁶²⁰ Las sentencias relevantes, en orden cronológico, del TEDH al respecto son: 1) *Otto Preminger Institute con Austria* (1994); 2) *Giniewski con Francia* (2006); 3) *Aydin Tatlav con Turquía* (2006); 4) *Klein con Eslovaquia* (2006).

⁶²¹ Al respecto, véase: LÓPEZ GUERRA (2015), pp. 115-117.

⁶²² Este fue el punto de partida utilizado por el TEDH en el caso “*Otto Preminger Institute con Austria* (1994)”. Al respecto, véase: *Ibid.*, p. 115-116.

El razonamiento del TEDH en estos casos es similar al del grupo de casos relacionados a la disolución de partidos políticos por reivindicación de derechos de minorías nacionales (que revisamos en el punto 2.3.1 del presente capítulo), debido a que podemos apreciar que para el TEDH la libertad de expresión, al igual que el derecho de asociación, juega un papel fundamental en la garantía del pluralismo al interior del espacio europeo. Para ello, de forma similar a los casos de disolución de partidos políticos señalados, el TEDH primero evidencia el hecho multicultural y luego realiza una interpretación contextualizada, generando una protección externa (en el sentido que señala Kymlicka) a los grupos étnicos-culturales y siendo exigente en el escrutinio de la actividad estatal al momento de que éste realice una restricción al derecho a la libertad de expresión.

2.6. JURISPRUDENCIA RELATIVA AL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

La libertad de pensamiento, conciencia y religión se encuentra consagrada en el artículo 9 del CEDH⁶²³. De la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo noveno del CEDH se pueden derivar,

⁶²³ El artículo 9 del CEDH señala que: “1. Toda persona tiene el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión, o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”. Para una guía completa sobre la jurisprudencia del TEDH sobre este artículo, véase: TEDH (2015). Guide Sur L’Article 9, Liberté de pensée, de conscience et de religion.

en términos generales, tres principios⁶²⁴: 1) la neutralidad del Estado en materia religiosa⁶²⁵; 2) la libertad religiosa⁶²⁶; 3) el principio de igualdad y no discriminación por motivos religiosos.⁶²⁷

Los principios señalados han sido conjugados con los límites al derecho establecidos en el numeral segundo del artículo 9 del CEDH⁶²⁸, generándose una jurisprudencia del TEDH sobre la necesidad de que las restricciones a la libertad religiosa respeten el principio de legalidad⁶²⁹ y tengan una justificación razonable en cada una de sus causales, estas son: 1) la adecuación a las

⁶²⁴ Para estudios amplios sobre este tema, véase, entre otros: 1) MARTÍNEZ-TORRÓN (2001), pp. 185-204; 2) MARTÍN-RETORTILLO (2007); 3) PRIETO (2012), pp. 289-309; 4) RUIZ MIGUEL (2012), pp. 79-97; TORRES (2014), pp. 451-472.

⁶²⁵ Según Alejandro Torres el principio de neutralidad del Estado ante el fenómeno religioso se ha ido configurando en la jurisprudencia del TEDH desde el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca (1976), en el que se estableció que el Estado no puede perseguir fines de adoctrinamiento ideológico que impliquen una falta de respeto a las convicciones religiosas de los padres. Esta idea se reitera en los casos: 1) Cha'ré Shalon Ve Tsedek con Francia (2000); 2) Partido de la Prosperidad y otros con Turquía (2001); 3) Folgerø y otros con Noruega (2007); 4) Hasan y Eylem Zengin con Turquía (2007). Al respecto, véase: TORRES (2014), pp. 452-453. Para Tomás Prieto, el compromiso del Estado con el principio de neutralidad opera “como garantía del ejercicio de la libertad religiosa por parte de individuos y grupos, pues el Estado permanece como garante de las libres decisiones ciudadanas”. Cfr. PRIETO (2012), p. 295.

⁶²⁶ Sobre la base jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, Santiago Cañamares señala que: “(...) la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. La primera de ellas garantiza la existencia de una clastro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual, y asimismo, junto a esta dimensión interna, esta libertad incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros”. Cfr. CAÑAMARES (2012), p. 100. Por su parte, Alejandro Torres, considerando el caso Serif contra Grecia (1999) del TEDH, señala que dicho tribunal ha entendido que “[l]a libertad de pensamiento, conciencia y religión se articula como uno de los fundamentos de lo que el Convenio considera una sociedad democrática. Este tipo de sociedades se caracteriza precisamente por el pluralismo, y sin la libertad de conciencia resultará imposible su plena realización, todo ello sin perjuicio de los eventuales límites que puedan imponerse con el fin de poder reconciliar los intereses de los diferentes grupos religiosos, siempre y cuando superen el test de proporcionalidad”. Cfr. TORRES (2014), p. 454.

⁶²⁷ Si bien, en términos generales, el principio de igualdad y no discriminación se construyen a partir del desarrollo de los artículos 8 y 14 del CEDH, respectivamente, en materia de libertad religiosa, estos principios juegan un rol fundamental, ya que obligan “a poner en juego una serie de delicados instrumentos jurídicos de cara a resolver los diferentes problemas que su aplicación práctica puede conllevar, de manera que habrá que acudir a criterios de proporcionalidad que justifiquen una razonable relación entre los fines perseguidos y las soluciones legalmente articuladas”. Cfr. TORRES (2014), p. 454.

⁶²⁸ El artículo 9 en su numeral segundo del CEDH señala que: “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

⁶²⁹ Tomando en consideración los casos Wemhoff con Alemania (1968), Sunday Times con Reino Unido (1979) y Kokkinakis con Grecia (1993), Alejandro Torres señala que el TEDH ha dado una interpretación coordinada a la versión inglesa “in accordance with law” y la francesa “préveu(s) par la loi”, reiterando la necesidad de interpretar ambas y conciliarlas cuanto sea posible. Así, se trata de que la ley sea accesible, precisa y previsible, de modo que las personas puedan regular su conducta, de manera que estén en condiciones de prever de modo razonable las consecuencias que pueda traerle su conducta. Ello, se cumple si existe una jurisprudencia suficiente que se encuentre publicada y sea accesible. Cfr. TORRES (2014), p. 457.

exigencias impuestas por una sociedad democrática; 2) la seguridad pública; 3) la protección del orden, la salud o la moral públicas; 4) la protección de los derechos de los demás.⁶³⁰

Con lo anterior como telón de fondo, el TEDH ha resuelto en materia multicultural una gran cantidad de casos que dicen relación, en su vertiente individual, con: 1) El uso de símbolos religiosos; 2) La declaración sobre la propia religión o creencias; 3) Relaciones y autonomía dentro de las propias órdenes religiosas. Otro aspecto relevante en este punto ha sido la jurisprudencia sobre libertad religiosa y libertad de expresión, la que ya analicé de forma separada en el punto anterior del presente capítulo.

Asimismo, el TEDH ha resuelto casos que dicen relación con una vertiente colectiva del derecho a la libertad religiosa y que han tenido como fin una protección por parte del Estado a las injerencias externas, considerando una dimensión comunitaria en la manifestación del derecho a la libertad de religión y prohibiendo injerencias estatales en la autonomía organizativa y asociativa de los diversos credos religiosos.

2.6.1. El uso de símbolos religiosos

La jurisprudencia del TEDH sobre el uso de prendas de vestir u accesorios que tienen un carácter religioso ha sido abundante y problemática y, se ha dado tanto en ámbitos educativos como en espacios públicos⁶³¹. Como es de conocimiento público, la principal discusión, ha sido

⁶³⁰ La justificación de los límites al derecho por las causales señaladas requiere de un cuidadoso examen de proporcionalidad. Así, estas han sido utilizadas por el TEDH en los siguientes casos: 1) La causal de adecuación a las exigencias impuestas por una sociedad democrática, se utilizó como una de justificación al límite del derecho a la libertad religiosa en los casos *Efstratiou y Valsamis con Grecia* (1996) para conciliar el interés de los diversos grupos y asegurar que se respetarán las creencias de todos; 2) La causal de seguridad pública se utilizó como una de justificación al límite del derecho a la libertad religiosa en casos vinculados a la prohibición del discurso del odio de grupos neonazis o neofascistas; 3) La causal de protección del orden público, se utilizó como una justificación al límite del derecho a la libertad religiosa en el caso *Kalac con Turquía* (1997), en el que se autorizó el retiro forzado de un militar turco por ser parte a un grupo fundamentalista religioso; 4) La causal de protección de la salud pública, se utilizó como una justificación al límite del derecho a la libertad religiosa en el caso *Shalom Ve Tsdek con Francia* (2000), autorizando que los sacrificios rituales de animales requirieran de una autorización administrativa previa; 5) La causal de protección de los derechos de los demás, ha sido la más utilizada para justificar la restricción del uso de prendas de vestir o símbolos religiosos en espacios públicos y establecimientos educacionales. Finalmente, no hay registros a la fecha de que el TEDH hubiera utilizado la causal de moral pública como justificación para limitar el derecho a la libertad religiosa. Al respecto, entre otros, véase: 1) MARTÍNEZ-TORRÓN (2003), pp. 1535-166; 2) TORRES (2014), pp. 457-458.

⁶³¹ Al respecto, en orden cronológico, véanse los siguientes fallos del TEDH: 1) *Dahlab con Suiza* (2001); 2) *Leyla Şahin con Turquía* (2005); 3) *Köse y otros 93 con Turquía* (2006); 4) *Kurtulmus con Turquía* (2006); 5) *Emine Araç*

sobre el uso (o no) de símbolos religiosos por parte de mujeres que practican y reivindican la religión musulmana⁶³². En ese sentido, y siendo una derivada de lo anterior, últimamente, el debate se ha centrado en el uso (o no) del velo islámico integral en los espacios públicos, con la tendencia a un aumento en la restricción del uso del velo integral en los espacios públicos y una creciente discusión parlamentaria al respecto.⁶³³

En ese contexto, el TEDH, en su conformación de Gran Sala, dictó el 1 de julio de 2014 la sentencia del caso S.A.S. con Francia⁶³⁴, estableciendo que la prohibición del uso del velo integral⁶³⁵ en los espacios públicos, preceptuada por la Ley n° 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, no vulneraría los artículos 8, 9 y 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH, debido al gran margen de apreciación nacional del que gozarían los Estados en la materia. Así, la sentencia en análisis es parte de una jurisprudencia que ha ido progresivamente aumentando

con Turquía (2008); 6) Dogru con Francia (2008); 7) Kervanci con Francia (2008); 8) Ahmet Arslan y otros con Turquía (2010); 9) Lautsi y otros con Italia (2011); 10) S.A.S con Francia (2014). Para estudios de doctrina, entre otros, véase: BOSSET (2012), pp. 192-217; HOWARD (2012); MANCINI y ROSENFELD (2012), pp. 160-191; RUIZ MIGUEL (2012), pp. 79-97; GARCÍA (2011), pp. 185-209.

⁶³² En este punto podemos agrupar los siguientes casos que han sido paradigmáticos en la materia: 1) Dahlab con Suiza (2001). Este caso se trata de una profesora de primaria de nacionalidad Suiza y que practica la religión musulmana. Debido a ello, se presenta a dar sus clases en un colegio público con el pañuelo árabe en la cabeza. La dirección del colegio le prohíbe su uso, lo que origina su reclamo por vulneración a su libertad religiosa. En este caso, el TEDH consideró que Suiza no había violado el artículo 9 de la CEDH, ya que se justificaba una restricción a su derecho amparada en el artículo 9.2 en particular en la causal de protección de los derechos de los demás, principalmente, por su posición de profesora en un colegio público en el cual debe primar la neutralidad religiosa, teniendo los Estados un amplio margen de apreciación para ello; 2) Leyla Şahin con Turquía (2005). Este caso se trata de una estudiante universitaria de medicina a la que las autoridades de la Universidad de Estambul le prohibieron asistir al recinto universitario con el velo islámico. El TEDH, consideró que no hubo violación por parte del Estado del artículo 9 del CEDH y confirmó el amplio margen de apreciación que tendrían los Estados para limitar el ejercicio del derecho; 3) Kervanci con Francia (2008). Caso similar al de Leyla Şahin, pero ahora con una alumna de doce años de un colegio público, y en el que el TEDH confirmó su doctrina sosteniendo que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para restringir el derecho a la libertad religiosa en virtud de la protección de derechos ajenos y el mantenimiento del orden público. Para un estudio sobre el significado de los símbolos religiosos en contextos multiculturales, véase: MANCINI (2011), pp. 127-144.

⁶³³ Bélgica aprobó el año 2011 una ley de similares características. Para una visión panorámica al respecto, véase: HOWARD (2012), pp. 2-3. Asimismo, para la discusión que se ha llevado a cabo en España, véase: ARECES (2014), pp. 159-195.

⁶³⁴ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia.

⁶³⁵ Por “velo integral” (*voile intégral*) se entiende aquella prenda de ropa que está diseñada para cubrir el rostro. Dentro de dichas prendas de ropa se encontrarían el *burka* y el *niqab*. El *burka* es usualmente entendido como aquella prenda de ropa que cubre el cuerpo completo de la mujer, incluida la parte frontal del rostro, dejando una malla para que la mujer puede ver. El *niqab* se diferencia del *burka*, debido a que deja el área de los ojos abierta. Véase la sección primera de la Ley francesa n° 2010-1192 del 11 de octubre de 2010. Asimismo, para los significados del *burka* y el *niqab* y una argumentación que niega su carácter de símbolo religioso, véase: ARECES (2014), pp. 67-71. Para una visión sobre la restricción que significa el uso del velo en la dignidad de las mujeres, véase: SOLANES (2011), pp. 161-184.

el margen de apreciación del que gozan los Estados para imponer limitaciones al ejercicio del derecho humano a la libertad religiosa contemplado en el artículo 9 del CEDH.⁶³⁶

Como veremos, esta sentencia no realiza un juicio de ponderación entre los derechos del CEDH alegados por la peticionaria y los intereses estatales, ya que utiliza la doctrina del margen de apreciación como elemento justificatorio de la actividad estatal y de manera *ex ante* a la realización del test de ponderación.⁶³⁷

Debido a que este caso cristaliza la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, analizaré el punto tomándola como referencia, para lo cual, revisaré los hechos del caso y las consideraciones jurídicas a las que arribó el Tribunal, para terminar el punto, realizando un análisis crítico del devenir de la jurisprudencia del TEDH sobre la materia.

2.6.1.1. Hechos y contexto del caso S.A.S. con Francia

El caso tiene su origen en la aplicación n° 43835/11 en contra de la República de Francia realizada por una ciudadana francesa, el 11 de abril de 2011, en la que señala que la Ley n° 2010-1192 que prohíbe el uso de vestimentas diseñadas para cubrir el rostro en los lugares públicos le impediría el uso del velo integral libremente, vulnerando sus derechos humanos y, en especial, los artículos 3, 8, 9, 10 y 11 del CEDH, de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH.

La peticionaria, de nacionalidad francesa es practicante de la religión musulmana y usa *burqa* y *niqab* de acuerdo a su religión, cultura y convicciones personales. La recurrente, argumenta que ni su esposo u otra persona le obligan o han presionado para el uso de dicha vestimenta. Agrega que no siempre usa el *burqa* o el *niqab* en público, ya que para la realización de ciertas actividades (reuniones sociales en lugares públicos, visitas al doctor, viajes en avión, etc.) no utiliza dichas

⁶³⁶ Luego de las sentencias del TEDH sobre los casos Ahmet Arslan y otros con Turquía (2010) y, especialmente, en el fallo del caso Leyla Şahin con Turquía (2005) el legislador nacional no estaría habilitado para prohibir el uso de símbolos religiosos en el espacio público, entre ellos, el velo integral. En ese sentido, véase: BARTON (2012), pp. 1-27. Asimismo: RUIZ RUIZ (2012), pp. 1-56.

⁶³⁷ En ese sentido, me parece esclarecedor e importante de considerar el trabajo de Gerards y Senden, quienes señalan que el razonamiento del TEDH en este tipo de casos es confuso y ambiguo, ya que no realiza una adecuada distinción entre los elementos de definición del alcance de los derechos y los de justificación de los mismos, véase: GERARDS y SENDEN (2009), pp. 619-653.

vestimentas. Sin embargo, enfatiza que ella quiere tener la posibilidad de optar cuando usar dichas prendas, dependiendo, principalmente, de sus sentimientos espirituales.⁶³⁸

Para la solicitante, la Ley francesa afecta su derecho humano a la vida privada y familiar, establecido en el artículo 8 del CEDH⁶³⁹, debido a: 1) La posibilidad de que use el *burqa* y *niqab* en los espacios públicos es una parte importante para su vida social e identidad cultural⁶⁴⁰; 2) Citando jurisprudencia del TEDH, señala que hay una zona de interacción de una persona con otros, incluso en los espacios públicos, que cae dentro de la protección del derecho humano a la vida privada y familiar, cuando están en juego aspectos relacionados con la identidad del individuo⁶⁴¹; 3) Señala la estigmatización que le produce salir a la calle con el velo integral e incluso el riesgo que le provoca para su integridad física y mental. Señala que se está viendo forzada a adoptar una personalidad de “Dr. Jekyll y Mr. Hyde”.⁶⁴²

En cuanto a la supuesta vulneración de la Ley en cuestión al artículo 9 del CEDH señala que la normativa precitada no tiene ningún fin legítimo, susceptible de ser encuadrado en las causales de justificación para una restricción al derecho contempladas en el artículo 9.2 del CEDH. Argumentando que la Ley francesa tiene un claro objetivo discriminatorio en contra de la religión musulmana, lo que se puede ver en la excepción que contiene, al señalar que no se aplicará en contextos de festividades o eventos tradicionales o artísticos, permitiendo a la mayoría cristiana realizar sus procesiones, carnavales, rituales y el uso de sus vestimentas como las de Santa Claus.⁶⁴³

⁶³⁸ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párrs. 10-13. Asimismo, apoyaron la posición de la peticionaria como terceras partes intervinientes: Amnistía Internacional, ONG Artículo 19, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ghent, la ONG Libertad, la ONG Open Society Justice Initiative. Ibid., párrs. 89-105.

⁶³⁹ El artículo 8.2 del CEDH enumera los siguientes bienes o valores como fines que pueden justificar la injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio del derecho humano a la vida privada y familiar: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la protección del orden y la prevención del delito, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁶⁴⁰ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párr. 10-1379.

⁶⁴¹ Véase: STEDH (2004). Von Hannover con Alemania, párrs. 50-69.

⁶⁴² Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párr. 79.

⁶⁴³ Ibid., párrs. 79-80.

Por su parte, el gobierno francés opuso excepciones preliminares⁶⁴⁴ y contestó el fondo del asunto, explicando ante el TEDH los motivos de la Ley en cuestión y defendiendo sus objetivos⁶⁴⁵. Así, el Gobierno francés señaló que la Ley objetada podría ser vista como una limitación al ejercicio de la libertad religiosa, consagrado en el artículo 9.1 del CEDH, pero al perseguir legítimos objetivos se encontraría dentro de las restricciones que se pueden imponer a tal derecho, en conformidad con el artículo 9.2 del CEDH⁶⁴⁶. Además, el Gobierno se refiere a la jurisprudencia del TEDH al respecto, señalando que en conformidad con la doctrina del margen de apreciación los Estados tienen un amplio margen y se encuentran mejor situados para establecer restricciones a la libertad religiosa en conformidad a intereses públicos debidamente acreditados⁶⁴⁷. Finalmente, el Gobierno francés señala que la Ley en cuestión no está creada especialmente para las mujeres musulmanas, no siendo posible que ellas aleguen ser víctimas de una discriminación directa o indirecta, en conformidad al artículo 14 del CEDH.⁶⁴⁸

2.6.1.2. Fundamentos del fallo del TEDH en el caso S.A.S. con Francia

El TEDH por quince votos contra dos, estableció que no hubo violación por parte del Estado francés a los artículos 8 y 9 del CEDH. Asimismo, de manera unánime determinó que no hubo

⁶⁴⁴ No me referiré a las excepciones preliminares opuestas por el gobierno francés porque no suponen aspectos procesales novedosos y, además, todas fueron rechazadas en definitiva por el TEDH. Dichas objeciones consistieron en: a) Negar la condición de “víctima” de la peticionaria; b) El no agotamiento de los recursos internos por parte de la solicitante; c) El abuso del derecho individual para recurrir ante el TEDH. Véase: *Ibid.*, párrs. 53-68.

⁶⁴⁵ Apoyó los argumentos del Gobierno francés como tercero interviniente el Estado de Bélgica, véase: *Ibid.*, párrs. 86-88.

⁶⁴⁶ Para el gobierno francés la Ley que prohíbe el uso del velo integral en los espacios públicos tiene legítimos objetivos para restringir la libertad religiosa, en conformidad con el artículo 9.2 del CEDH y son los siguientes: a) La seguridad pública, ya que con la prohibición se puede satisfacer la necesidad de identificar a los individuos y así prevenir los riesgos para las personas y la comunidad; b) La protección de los derechos y las libertades de los otros, debido a que con la medida se respetan el mínimo de valores necesarios para vivir en una sociedad abierta y democrática. Ellos serían, primero, la necesidad de interacción entre los individuos que componen la sociedad, donde el rostro juega un papel muy importante, con lo que se advierte la necesidad de prohibir vestimentas que lo cubran. En segundo lugar, uno de los principios de la República es la idea de “vida en común” (*le vivre ensemble*), el cual se ve dificultado con el velo integral. En tercer lugar, la necesidad de proteger la igualdad entre hombres y mujeres, viendo el velo integral como un elemento que atenta contra ello y no es posible compatibilizarlo con el principio de dignidad humana. Cfr. *Ibid.*, párrs. 81-82. Para revisar los principales argumentos en contra de la prohibición del velo integral, véase: HOWARD (2012), pp. 39-52.

⁶⁴⁷ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párr. 83.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, párr. 85. La contradicción en la que incurre la defensa del Gobierno francés es clara, ya que todo el debate legislativo y la ley en sí misma: están inspiradas en la prohibición del velo integral islámico. Al respecto, véase: BARTON (2012), pp. 5-9.

vulneración al artículo 14 de forma separada y conjunta con los artículos 8 y 9 del CEDH, como tampoco al artículo 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH.⁶⁴⁹

El razonamiento del TEDH para establecer que no hubo violación a los artículos del CEDH precitados, fue el siguiente: 1) Analizó en abstracto los principios involucrados y se preguntó sobre los requisitos para limitar o interferir los derechos consagrados en los artículos 8 y 9 del CEDH⁶⁵⁰; 2) Realizó una aplicación de los principios generales identificados al caso; 3) Utiliza la doctrina del margen de apreciación al presente caso.⁶⁵¹

En primer lugar, el TEDH señala que la prohibición establecida en la Ley francesa en cuestión tiene implicaciones en el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 del CEDH) y el derecho a la libertad religiosa (artículo 9 del CEDH). Por ello, realiza un análisis en abstracto sobre las posibilidades convencionales para la limitación de dichos derechos, reiterando su jurisprudencia y señalando que para una interferencia legítima en los derechos precitados, se requiere: 1) Que la medida se encuentre prescrita en una ley⁶⁵²; 2) Que tenga un interés legítimo, de los establecidos en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH⁶⁵³; 3) Que la medida sea necesaria en una sociedad democrática.⁶⁵⁴

En segundo lugar y aplicando los principios generales previamente revisados al caso, el TEDH señala expresamente que este debe ser analizado a la luz de su jurisprudencia previa sobre el uso de símbolos religiosos en instituciones y colegios públicos. Así, el TEDH realiza un análisis específico sobre los motivos señalados en la Ley francesa y en la defensa del Gobierno para la prohibición del velo integral en los espacios públicos, manifestando sus dudas sobre la legitimidad de los objetivos y la posibilidad de que estos se encuadren dentro de las casuales establecidas en

⁶⁴⁹ Es importante mencionar que previamente el TEDH determinó, por unanimidad de sus miembros, que no se cumplían los requisitos necesarios para admitir a tramitación la supuesta vulneración a los artículos 3 y 11 del CEDH realizadas por la peticionaria. Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párrs. 69-73.

⁶⁵⁰ Ibid., párrs. 106-131.

⁶⁵¹ Ibid., párrs. 153-157.

⁶⁵² Ibid., párr. 112.

⁶⁵³ Ibid., párrs. 113-122.

⁶⁵⁴ Ibid., párrs. 123-131. Resultan de especial relevancia los párrafos 127 y 128 de la sentencia en comento, ya que en dichos pasajes el TEDH, citando su jurisprudencia, refuerza la idea de que el pluralismo es consustancial a la democracia y que el Estado debe propiciar el diálogo y la tolerancia entre los grupos opuestos presentes en las sociedades.

los artículo 8.2 y 9.2 del CEDH⁶⁵⁵. Además, pone en duda la proporcionalidad de la medida y muestra su preocupación por la posible islamofobia que puede generar.⁶⁵⁶

A pesar de lo anterior, como cláusula de cierre y en tercer lugar, el TEDH señala que en virtud del principio de subsidiariedad⁶⁵⁷ y de la doctrina del margen de apreciación, el Estado francés se encuentra mejor situado para hacer el balance de los derechos humanos involucrados en el presente caso⁶⁵⁸. Además, sostiene que el amplio margen de apreciación del que gozarían los Estados en la materia se justifica por la falta de consenso europeo en la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos.⁶⁵⁹

Finalmente, el TEDH argumenta de forma breve que del caso no se puede desprender evidencia para señalar que hubo algún tipo de discriminación indirecta en contra de la peticionaria en conformidad del artículo 14 del CEDH⁶⁶⁰, como tampoco que hubiera vulneración de derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 10 del CEDH.⁶⁶¹

2.6.1.3. Voto parcialmente disidente en el caso S.A.S. con Francia

La sentencia en análisis contó con el voto parcialmente disidente de las Juezas Angelika Nußberger y Helena Jäderblom, señalando que en el presente caso sí hubo una violación de los derechos humanos de la peticionaria por parte del Estado francés, en particular a los derechos consagrados en los artículos 8 y 9 de la CEDH.⁶⁶²

Las Juezas disidentes, sostienen su razonamiento en tres argumentos. Primero, señalan que el fallo mayoritario sacrifica derechos individuales por principios abstractos, siendo dudoso que la

⁶⁵⁵ Ibid., párrs. 139-146.

⁶⁵⁶ Ibid., párrs. 147-149.

⁶⁵⁷ El principio de subsidiariedad busca, básicamente, que las decisiones sobre la protección de los derechos humanos sean tomadas en las instancias nacionales, por ser las más próximas a los ciudadanos y a los hechos, véase: CAROZZA (2002), pp. 38-79.

⁶⁵⁸ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párrs. 154-155.

⁶⁵⁹ Ibid., párrs. 156-157.

⁶⁶⁰ Ibid., párrs. 160-162.

⁶⁶¹ Ibid., párr. 163. Si el TEDH hubiera realizado un análisis completo de la proporcionalidad de la medida, podría haber ocupado su jurisprudencia previa sobre libertad de expresión, en particular el caso Vajnai con Hungría (2008), donde señaló que Hungría vulneraba la libertad de expresión del peticionario al prohibirle el uso de una cazadora roja y cuestionó la necesidad de que le aplicaran sanciones penales por ello.

⁶⁶² Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párrs. 25-26.

prohibición de usar el velo integral en espacios públicos persiga un objetivo legítimo y, aunque así lo fuera, no es una medida necesaria en una sociedad democrática.⁶⁶³

En segundo lugar, señalan que la prohibición no tiene un objetivo legítimo en conformidad a la CEDH. Para las Juezas disidentes las ideas señaladas por el Gobierno francés dentro de la causal de justificación “la protección de los derechos o las libertades de los demás” establecida en el artículo 9.2 del CEDH, esto es la observancia de mínimos requerimientos para vivir en sociedad o *le vivre ensemble*, no pueden considerarse como tales⁶⁶⁴. Asimismo, apuntan que tampoco la medida se puede justificar dentro de la causal de protección de la seguridad pública, ya que no existe un contexto de amenaza general en ese sentido.⁶⁶⁵

En tercer lugar, las Juezas ponen de manifiesto la necesidad de que el TEDH hubiera realizado un test de proporcionalidad de la medida adoptada por el Gobierno francés. En ese sentido, primero, señalan que el Gobierno no explicó ni dio ejemplos de cómo impacta la prohibición en el pluralismo que según la jurisprudencia del TEDH es uno de los pilares de la democracia. Para las Juezas la medida prohibitiva puede ser interpretada como un signo de restricción de la tolerancia y de pluralismo selectivo⁶⁶⁶. Luego, como segundo aspecto, no concuerdan con el voto mayoritario en cuanto a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación para el presente caso, por los siguientes argumentos: 1) La prohibición se dirige a un código de vestimenta estrechamente ligado a la fe religiosa, la cultura y las convicciones personales y, por lo tanto, sin duda, un derecho íntimamente relacionado con la propia personalidad⁶⁶⁷; 2) No les resulta convincente que el caso en análisis se integre dentro de la jurisprudencia previa del TEDH sobre la relación del Estado con la religión, ya que tiene diferencias notorias con los casos previos de regulación de vestimenta y símbolos religiosos en instituciones educacionales⁶⁶⁸; 3) No comparten la premisa del TEDH en cuanto a que no existe un consenso europeo en la materia. Señalan que sí existe un consenso y es

⁶⁶³ Ibid., párrs. 1-2.

⁶⁶⁴ Ibid., párr. 8.

⁶⁶⁵ Ibid., párrs. 3-12.

⁶⁶⁶ La jurisprudencia previa del TEDH señalaba que el rol de las autoridades públicas era que los grupos religiosos se toleraran unos con otros, por ejemplo en el caso *Serif con Grecia* (1999). Sin embargo, al prohibir el uso del velo integral en los espacios públicos, las autoridades francesas hicieron lo opuesto, es decir, tensionan la relación entre una mayoría cultural y una minoría religiosa. Cfr. STEDH (2014). *S.A.S. con Francia*, párrs. 13-14.

⁶⁶⁷ Ibid., párr. 17.

⁶⁶⁸ Ibid., párr. 18.

en relación con la no prohibición del velo integral en los espacios públicos, ya que 45 de los 47 estados miembros del Consejo de Europa permiten el velo integral en los espacios públicos.⁶⁶⁹

Como tercer punto, apuntan sobre las consecuencias de la medida sobre los derechos de las mujeres, señalando que la Ley francesa en cuestión, establece sanciones criminales al uso del velo integral en los espacios públicos, siendo una medida restrictiva que puede tener los efectos inversos a los esperados, excluyendo de la sociedad a las mujeres que utilizan el velo integral y, por ende, agravando su situación.⁶⁷⁰

Finalmente, señalan que el Gobierno francés no explicó el por qué no utilizó una medida menos intrusiva, tal y como le recomendó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y optó por la criminalización del uso del velo integral en los espacios públicos.⁶⁷¹

2.6.1.4. El uso de símbolos religiosos luego del caso S.A.S. con Francia

Con el fallo en análisis, el TEDH amplía el margen de apreciación de los Estados en materia de libertad religiosa, generando una relación inversamente proporcional al respecto, es decir, mientras más se extiende el margen de apreciación de los Estados, más se restringe (vulnera) el derecho humano a la libertad religiosa e incluso se comienza a afectar otros derechos humanos, como en este caso el derecho humano a la vida privada y familiar; y, el derecho humano a la no discriminación.⁶⁷²

En ese mismo sentido, el fallo en análisis acepta que en materia de libertad religiosa y vida privada y familiar, el Estado pueda restringir el derecho sin la necesidad de argumentar fines legítimos de los contemplados en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH. De hecho, el fallo incurre en una contradicción flagrante al señalar que las restricciones contempladas en los artículos precitados son de derecho estricto, es decir, las que se enumeran son taxativas⁶⁷³, sin embargo,

⁶⁶⁹ Ibid., párr. 19.

⁶⁷⁰ Ibid., párrs. 21-23.

⁶⁷¹ Ibid., párr. 24.

⁶⁷² Comparto con Erica Howard la idea de que las prohibiciones al uso del velo integral pueden ser vistas como una discriminación directa e indirecta, véase: HOWARD (2012), pp. 78-101. En términos más generales, las prohibiciones pueden ser vistas como una discriminación directa hacia los miembros de la comunidad musulmán en la Europa multicultural, véase: MALIK (2012), pp. 93-133. En un sentido similar, véase: CAÑAMARES (2012), pp. 99-120.

⁶⁷³ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párr. 113.

luego señala que a pesar de no estar claro que las restricciones que argumenta el Gobierno francés en su defensa se puedan encuadrar dentro de ellas⁶⁷⁴ al poseer los Estados un amplio margen de apreciación en la materia, ellos se encuentran mejor situados para realizar el balance de los derechos humanos en conflicto.⁶⁷⁵

Asimismo, es discutible que el TEDH hubiera enmarcado el presente caso dentro de la jurisprudencia previa del mismo sobre el uso de símbolos religiosos en establecimientos educacionales. Ya había sido criticado el TEDH cuando resolvió los casos de Leyla Şahin con Turquía en el año 2005 (una estudiante universitaria a quien no se le permitió rendir un examen usando el pañuelo musulmán), y el de Kervanci con Francia en el año 2009 (una estudiante de doce años que se negó a dejar de usar su pañuelo musulmán en las clases de educación física, siendo expulsada del colegio), ya que a diferencia del caso Dahlab con Suiza del año 2001 (una profesora de enseñanza primaria en un colegio público a quien se le prohibió usar el pañuelo musulmán mientras daba clases), en los primeros se encontraba en juego de manera directa únicamente el derecho a la libertad religiosa de las alumnas francesa (Kervanci) y turca (Şahin). Por su parte en el caso de la profesora Suiza (Dahlab) también se encontraba en juego la libertad religiosa de los menores a los que la profesora impartía clases⁶⁷⁶. Sin embargo, el TEDH no ha realizado ninguna distinción al respecto, tratando de igual forma situaciones diferentes y ampliando en exceso el ámbito de actuación estatal al respecto con un claro detrimento en la libertad religiosa.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ Ibid. párrs. 115-122.

⁶⁷⁵ En ese sentido, véase: IGLESIAS (2014), p. 31. Además, cabe preguntarse si realmente los Estados se encuentran mejor situados para resolver este tipo de conflictos cuando en sus parlamentos prima un discurso estereotipado y hostil a la diferencia religiosa, véase: MALIK (2012), pp. 106-107.

⁶⁷⁶ Para una esclarecedora distinción de las diferencias fácticas y, por ende, de los derechos humanos en juego, véase: RUIZ MIGUEL (2012), 83-85.

⁶⁷⁷ En ese sentido, comparto, el argumento de Ángeles Solanes que señala: “La cuestión que supone una novedad es la justificación de la prohibición con un concepto jurídico indeterminado como el de la convivencia que no está presente en el CEDH (...) este argumento del Tribunal resulta difícil de compartir por su propia debilidad ya que es difícil admitir como justificada y correcta la limitación de un derecho protegido por el CEDH a partir de la protección de un valor que no está expresamente definido en el mismo”. Cfr. SOLANES (2016), pp. 106-107.

En cuanto a la doctrina del margen de apreciación, la presente sentencia confirma su uso errático, confuso⁶⁷⁸ y acrítico de la actividad estatal en la materia⁶⁷⁹. Además, para justificar la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, el TEDH realiza dos presupuestos muy discutibles. Primero, debe encuadrar el presente caso dentro de su jurisprudencia previa sobre el uso de vestimenta religiosa en establecimientos educacionales, sin realizar las distinciones fácticas respectivas. Segundo, argumenta la inexistencia de un consenso europeo al respecto. Ello, no sólo es discutible, sino que no es cierto, tal y como apuntaron las Juezas disidente, ya que sólo en dos Estados de cuarenta y siete que forman parte del Consejo de Europa se prohíbe el uso del velo integral en los espacios públicos, es decir, sí hay un consenso europeo en la materia y consiste en permitir el uso del velo integral en los espacios públicos.

En términos más generales, la sentencia en cuestión aumenta la incoherencia axiológica de la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado sobre la gestión estatal del pluralismo religioso en detrimento del principio convencional de protección efectiva de los derechos individuales.⁶⁸⁰

La sentencia en análisis reconoce que el uso del velo integral en los espacios públicos es una manifestación del ejercicio del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad religiosa, consagrados en los artículos 8 y 9 del CEDH. Junto con ello, señala que el pluralismo es consustancial a la democracia y que las restricciones a los derechos señalados, sólo se puede hacer mediante alguna de las causales expresas contempladas en los artículos 8.2 y 9.2 del CEDH. Sin embargo, como el fallo del TEDH no realiza un juicio de ponderación de la Ley francesa en cuestión, cabe preguntarse acerca de la necesidad y fundamentación de la medida. Así, junto con compartir la opinión de las Juezas disidentes y autores críticos a este tipo de medidas⁶⁸¹, sobre la imposibilidad de entender la fundamentación que entrega la Ley francesa en cuestión como un legítimo objetivo para restringir el ejercicio de los derechos humanos a la vida privada y libertad religiosa a la luz de los artículos 8.2 y 9.2, considero que el modelo francés de gestión de la

⁶⁷⁸ Cfr. GARCÍA ROCA (2010), pp. 263-311.

⁶⁷⁹ Cfr. IGLESIAS (2014), pp. 30-31.

⁶⁸⁰ Ibid., p. 27.

⁶⁸¹ Cfr. RUIZ RUIZ (2013), pp. 1-56.

diversidad cultural tiende cada vez más a la homogeneidad cultural, atentando contra uno de los cimientos de la democracia europea, esto es, el pluralismo.⁶⁸²

La ley francesa en cuestión tiene entre sus fundamentos fuertes para la limitación de los derechos humanos establecidos en los artículos 8 y 9 del CEDH la protección de los derechos de otros, especialmente, asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. En este punto, existen dos argumentos para criticar la medida, los que fueron planteados en el proceso tanto por la peticionaria como por los terceros intervinientes que actuaron a su favor.

En primer lugar, el TEDH ignoró el hecho de que la peticionaria señaló que en su caso usaba del velo integral en algunas ocasiones y por razones identitarias o sentimientos religiosos, no siendo forzada u obligada a ello. Ello es coincidente con lo expresado por algunas autoras en el sentido de que las mujeres musulmanas (especialmente las jóvenes en países occidentales⁶⁸³) usan el velo integral como una muestra de su identidad religiosa. Así, la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos, interfiere directamente con la autonomía personal de las mujeres y su libre opción.⁶⁸⁴

En segundo lugar, la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos puede resultar contraproducente, es decir, en vez de promover la igualdad de las mujeres musulmanas en su contexto relacional puede generar la exclusión de las mismas de la esfera pública⁶⁸⁵, preocupación que plantearon en el marco del proceso las organizaciones no gubernamentales y universidades que actuaron en el proceso como terceros intervinientes.⁶⁸⁶

El fallo en análisis era una excelente oportunidad para que el TEDH estableciera un límite a la intromisión estatal en la vida privada y la libertad religiosa, y no convalidara actuaciones estatales que afectan directamente el pluralismo que es uno de los pilares de la democracia europea. Sin embargo, dicha oportunidad no sólo fue desaprovechada, sino que también, con la presente

⁶⁸² En ese sentido, véase: MANCINI y ROSENFELD (2012), pp. 181-183.

⁶⁸³ Véase: ÁLVAREZ (2013), pp. 95-122.

⁶⁸⁴ Véase: HOWARD (2012), pp. 43-44.

⁶⁸⁵ Sobre la autonomía relacional, véase: ÁLVAREZ (2014b), pp. 53-79.

⁶⁸⁶ Cfr. STEDH (2014). S.A.S. con Francia, párr. 89-105. Para estudios empíricos que demuestran lo contraproducente de la medida, véase: Human Rights Watch (2009), *Discrimination in the Name of Neutrality. Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany*.

sentencia se sacrificaron los derechos individuales contemplados en los artículos 8 y 9 del CEDH por intereses estatales que no se encuentran amparados en el CEDH.

Con la presente sentencia, el TEDH podría haber enmendado el rumbo en materia de libertad religiosa y vida privada, ya que tenía las condiciones fácticas para no aplicar la doctrina del margen de apreciación (debido a que sí hay un consenso europeo de permitir el uso del velo integral) y realizar un juicio de proporcionalidad a la Ley francesa en cuestión. En vez de ello, prefirió aplicar la doctrina del margen de apreciación (generando mayor incertidumbre jurídica sobre qué se entiende por “consenso”) y, por esa vía, convalidar la actuación del Estado francés, que en conformidad al análisis realizado, no cumple los requisitos del CEDH para restringir la libertad religiosa y la vida privada de la peticionaria.

Además, con el presente fallo, el TEDH propicia soluciones y modelos de gestión de la libertad religiosa dentro de Europa que junto con hacer ilusorio dicho derecho para las minorías culturales y religiosas, buscan la homogeneidad de la sociedad. En ese sentido, esta sentencia representa un oscuro capítulo para la libertad religiosa y los derechos humanos de las minorías culturales y religiosas en Europa, que al amparo del TEDH han sido víctimas de una constante restricción de sus derechos individuales.

2.6.2. La declaración sobre la propia religión o creencias

El TEDH ha considerado como un componente del derecho a la libertad religiosa y del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa, la posibilidad de no realizar declaraciones sobre la propia religión o creencias, generándose una obligación positiva para el Estado en ser un garante de dicha libertad.⁶⁸⁷

En ese sentido, Alejandro Torres señala que “el derecho a la libertad religiosa y el propio derecho a manifestar las propias convicciones religiosas, incluye el derecho negativo a no ser

⁶⁸⁷ Según Lorenzo Martín-Retortillo, el origen de esta manifestación del derecho a la libertad religiosa lo encontramos en el artículo 136.2 de la Constitución de Weimar, que establecía el derecho al silencio, es decir, que nadie está obligado a manifestar sus creencias religiosas. Este principio, se expandió a otras Constituciones, como la española de 1978 y su artículo 16.2, que señala: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Cfr. Martín-Retortillo (2007), pp. 113-115.

obligado a declarar sobre las creencias religiosas, ni ser obligado a comportarse de modo que pueda deducirse que las posee o carece de ellas”.⁶⁸⁸

En sociedades multiculturales y porosas como las que componen Europa, esta manifestación del derecho a la libertad religiosa es lo que podríamos denominar –utilizando la clasificación de Kymlicka- una protección externa de carácter individual⁶⁸⁹, ya que aquellos miembros de grupos religiosos que no sean parte del grupo cultural o religioso hegemónico pueden gozar de la libertad de no verse condicionados a que en su actuar quede en evidencia que son parte de una religión minoritaria.

Lo anterior se puede desprender del caso *Alexandridis con Grecia* (2008), en el que se condenó a dicho país debido a que su legislación procesal asumía que todos los abogados eran cristianos ortodoxos, por lo cual debían realizar un juramento en ese sentido para el ejercicio de la profesión, obligando a aquellos que no lo fueran a prestar de igual forma el juramento. Debido a ello el TEDH llegó a la conclusión de que la obligación impuesta al demandante para demostrar ante el tribunal que no era cristiano ortodoxo vulneró el derecho a no ser obligado a manifestar sus creencias religiosas, produciéndose una violación del artículo 9 de la CEDH.⁶⁹⁰

Similar razonamiento tuvo el TEDH en los casos de *Grecia*⁶⁹¹ y *Turquía*⁶⁹² en los que estimó que no era acorde al artículo 9 del CEDH que se estableciera la constancia de la religión de las personas en su documento de identidad, ya que constituía en los hechos una imposición de la declaración involuntaria de las creencias religiosas.

Sin embargo, en los casos *Spampinato con Italia* (2007) y *Wasmuth con Alemania* (2011) el TEDH ha permitido excepciones, lo que genera un reconocimiento simbólico mayor para ciertos credos y mina el principio de neutralidad estatal en materia religiosa. Así, en el caso *Spampinato con Italia*, el TEDH señaló que no se vulneraba el artículo 9 del CEDH si en la declaración de impuestos se debe marcar una casilla que atribuye la creencia religiosa para efectos de la

⁶⁸⁸ Cfr. TORRES (2014), p. 463.

⁶⁸⁹ Cfr. KYMLICKA (1995), pp. 34-40.

⁶⁹⁰ Cfr. STEDH (2008). Caso *Alexandridis con Grecia*, párr. 41.

⁶⁹¹ Véase: STEDH (2002). Caso *Sofianopoulos, Spaïdiotis, Metallinos y Kontogiannis con Grecia*.

⁶⁹² Véase: STEDH (2010). Caso *Sinan Işik con Turquía*.

asignación tributaria, ya que a su juicio no sería una injerencia desproporcionada⁶⁹³. Complementó el razonamiento con el caso *Wasmuth con Alemania*, señalando que solicitar la información sobre la pertenencia a un credo que tiene el beneficio respectivo en la declaración de impuestos para la asignación tributaria no es una injerencia desproporcionada, ya que la información no sería pública y no tendría ningún tipo de consecuencia negativa, debiendo el Estado resguardar la seguridad de dichos datos sensibles.⁶⁹⁴

Si bien estos casos no han tenido la relevancia de los casos analizados en el apartado anterior, dan cuenta de la importancia de las protecciones externas de carácter individual en las sociedades multiculturales. Sin embargo, el TEDH debiera invertir la óptica con la que ha analizado estos casos, ya que es el miembro del grupo religioso minoritario quien ha tenido que probar la injerencia estatal y su impacto en el derecho a la libertad religiosa. Si el TEDH optará decididamente por tener una óptica liberal multicultural sería el Estado el que debería probar que su injerencia en la vida privada o la mantención de preferencias para la religión hegemónica no constituye una injerencia desproporcionada y no tendrá ningún tipo de consecuencia negativa para la persona que es parte de un grupo cultural o religioso minoritario.

2.6.3. Relaciones y autonomía dentro de las propias órdenes religiosas

Uno de los aspectos relevantes en este punto es analizar si el TEDH ha protegido a los individuos miembros de los grupos religiosos de las posibles restricciones internas de éstos o en su defecto si han protegido el derecho de salida del mismo.⁶⁹⁵

Sobre el primer punto el TEDH no ha resuelto de forma directa, sin embargo ha tendido a no proteger el derecho de los miembros de los grupos religiosos a mantener una posición heterodoxa al interior de este⁶⁹⁶. Ello ha quedado de manifiesto en los casos sobre relaciones laborales que se han suscitado en Alemania⁶⁹⁷. En el caso *Obst con Alemania* (2010), el TEDH convalidó el despido de un jefe de relaciones públicas de credo mormón por haber incumplido la obligación contenida

⁶⁹³ Véase: STEDH (2007). Caso *Spampinato con Italia*.

⁶⁹⁴ Véase: STEDH (2011). Caso *Wasmuth con Alemania*, párrs. 52-64.

⁶⁹⁵ Véase: KYMLICKA (1995), pp. 34-44.

⁶⁹⁶ Javier Martínez Torrón sostiene esta idea luego de analizar una serie de decisiones (Nºs 7374/76, 10901/84, 12356/86 y 10616/83) de la ECHR. Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN (2008), pp. 15-42.

⁶⁹⁷ Al respecto, véase: TORRES (2011), pp. 243-290.

en su contrato de respeto a “principios morales superiores” al convivir con una mujer diferente a su esposa⁶⁹⁸. Asimismo, en el caso *Siebenhaar con Alemania* (2011), el TEDH permitió el despido de una educadora de párvulos por su pertenencia a otra confesión religiosa, debido a que los grupos religiosos gozan de la autonomía organizativa para que las personas que trabajan para ellas les deban lealtad ideológica⁶⁹⁹. Similar razonamiento utilizó el TEDH en el caso *Fernández Martínez con España* (2012) en el que se autorizó el despido de un profesor de religión de un colegio público por su opinión en un medio de comunicación social a favor del celibato sacerdotal opcional.⁷⁰⁰

En cuanto al derecho de salida, el TEDH ha señalado que las autoridades nacionales cuentan con un margen de apreciación amplio a la hora de determinar los requisitos formales que deben cumplir los miembros de un grupo religioso para abandonarlo. Así, la ECHR permitió no aceptar a las autoridades suizas el deseo de abandonar el catolicismo de dos ciudadanos que no mostraron su adscripción religiosa al empadronarse y dejaron en blanco el impreso del impuesto sobre la renta en el que debían dejar constancia de ello.

Tal y como revisamos en el capítulo primero (1.1) tanto el derecho a salida del grupo como la prohibición de restricciones internas, son garantías fuertes de la posición teórica del liberalismo multicultural para mantener su centro liberal. Sin embargo, a pesar de que, con lo visto hasta acá, el TEDH tiene una óptica liberal para analizar los casos de tipo multicultural, al utilizar la doctrina del margen de apreciación y no realizar un escrutinio más profundo en este tipo de casos, convalida prácticas estatales de grupos religiosos y culturales hegemónicos que vulneran la autonomía de las personas y fortalece a este tipo de grupos. Es decir, debido a una aplicación supuestamente neutra o formal que se rehúsa a analizar estos casos con las herramientas teóricas y prácticas que nos ha entregado el desarrollo de la teoría multicultural, el TEDH termina avalando prácticas culturales que restringen derechos individuales y fortalecen posiciones de los grupos culturales y religiosos

⁶⁹⁸ Véase: STEDH (2010). Caso *Obst con Alemania*, párr. 39-51.

⁶⁹⁹ Véase: STEDH (2011). Caso *Siebenhaar con Alemania*, párr. 36-52.

⁷⁰⁰ Véase: STEDH (2014). Caso *Fernández Martínez con España*, párr. 150-151.

hegemónicos de las sociedades europeas, avalando la crítica que realizaban los comunitaristas a la supuesta “neutralidad” del liberalismo.

2.6.4. Dimensión colectiva del derecho a la libertad religiosa

En el punto anterior, vimos que el TEDH ha potenciado la autonomía de los grupos religiosos lo que ha originado restricciones a la libertad de sus miembros. Ello, puede ser visto desde la óptica del colectivo, en el sentido de que al potenciar la autonomía de los grupos religiosos refuerza la idea de que estos deben ser protegidos de las injerencias externas, generando una especie de derecho de grupo bajo el amparo del derecho a la libertad religiosa establecido en el artículo 9 del CEDH. Ello se ha manifestado en diversas sentencias del TEDH y que tienen relación con la personalidad jurídica de los grupos religiosos, con la autonomía organizacional y con sus templos y lugares de culto.

Dentro del grupo de casos que han abordado el hecho de que las interferencias arbitrarias de las autoridades estatales denegando la personalidad jurídica de los grupos religiosos vulneran el artículo 9 de CEDH⁷⁰¹, podemos destacar el caso de la Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros con Moldavia (2001), en el que se concluye que el derecho de libertad religiosa contiene una vertiente comunitaria en su manifestación, no estando el Estado autorizado a inmiscuirse en su autonomía organizativa.⁷⁰²

Luego, el TEDH en otro grupo de casos revisó los alcances de la autonomía organizativa de los grupos religiosos⁷⁰³, señalando que los Estados vulneraban el artículo 9 del CEDH si se entrometían en la designación de los líderes de las comunidades religiosas, lo que trae por consecuencia que el Estado en las sociedades democráticas no puede tomar medidas para asegurar que las comunidades religiosas permanezcan o sean conducidas bajo un liderazgo unificado. Así,

⁷⁰¹ Entre otros casos, véase: 1) STEDH (1997). Caso Iglesia Católica de Canea con Grecia; 2) STEDH (2006). Caso Sección de Moscú del Ejército de Salvación con Rusia; 3) STEDH (2007). Caso Iglesia de la Cienciología de Moscú con Rusia; 4) STEDH (2007). Caso Biserica Adevărat Ortodoxă din Moldova y otros con Moldavia; 5) STEDH (2008). Caso Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros con Austria.

⁷⁰² Cfr. STEDH (2001). Caso Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros con Moldavia, párr. 121-130.

⁷⁰³ Entre otros casos, véase: 1) STEDH (1999). Caso Serif con Grecia; 2) SETDH (2000). Caso Hasan y Chaush con Bulgaria; 3) STEDH (2004). Supreme Holey Council of the Muslim Community con Bulgaria; 3) SETDH (2006). Caso Agga con Grecia; 4) SETDH (2007). Caso Svyato-Mykhaylivska Parafiya con Ucrania.

la existencia de este tipo de divisiones es una consecuencia inevitable del pluralismo y del principio de neutralidad que debe guiar la actividad estatal.⁷⁰⁴

Finalmente, en cuanto a los templos y lugares de culto, el TEDH ha protegido a los grupos religiosos de las injerencias externas, condenando a los Estados por no otorgar permiso para establecer un lugar de culto de forma arbitraria⁷⁰⁵, por interrumpir abruptamente reuniones religiosas⁷⁰⁶ y por impedir los desplazamientos masivos a sus ceremonias.⁷⁰⁷

Como hemos podido apreciar, el TEDH ha sido reacio a otorgar una protección a las manifestaciones identitarias de los miembros de grupos culturales-religiosos, situándose mas cercano a las coordenadas teóricas del liberalismo clásico que a las del liberalismo multicultural. Así, en los casos sobre uso de símbolos religiosos y, en particular, en el caso del velo islámico, el TEDH convalidó la actividad estatal utilizando la doctrina del margen de apreciación, propiciando un modelo de gestión de la diversidad cultural y religiosa en Europa de tipo asimilacionista. Asimismo, resulta paradójica la jurisprudencia del TEDH sobre lo que podríamos calificar como restricciones internas al interior de los grupos culturales-religiosos, ya que si el TEDH quisiera proteger adecuadamente a los individuos haría un escrutinio mas intenso, utilizando una interpretación finalista de la normas convencionales, que no permita la violación de los derechos humanos de los miembros de dichos grupos en sus relaciones internas. Sin embargo, el TEDH ha optado por otorgar a los Estados el margen de apreciación para que ellos definan si ha habido vulneración de los derechos humanos de los miembros de los grupos culturales-religiosos o no.

2.7. JURISPRUDENCIA RELATIVA A MIGRANTES

En el capítulo primero (1.1) expuse el concepto de multiculturalismo que utilizaría para el presente trabajo y las fuentes del mismo. En ese sentido, señalé que una de las fuentes del multiculturalismo era el fenómeno migratorio, que en el caso europeo representa más de un tercio

⁷⁰⁴ Cfr. TORRES (2011), p. 467.

⁷⁰⁵ Véase: STEDH (1996). Manoussakis con Grecia.

⁷⁰⁶ Véase: STEDH (2007). Caso Kuznetsov y otros con Rusia.

⁷⁰⁷ Véase: STEDH (2001). Caso Chipre con Turquía.

de la población de migrantes a nivel mundial y ha tenido un aumento importante, por distintas razones, en las últimas dos décadas, generando un desafío para Europa y sus instituciones.⁷⁰⁸

El TEDH a través de su jurisprudencia ha jugado un rol importante en la protección de los derechos humanos de los migrantes. De esta forma, la jurisprudencia del TEDH sobre migrantes ha sido abundante y profunda en contenido, relacionándose con diversas disposiciones del CEDH y abordando una gran cantidad de tópicos, asumiendo un rol pionero y protagónico en la protección de los derechos humanos de las personas migrantes⁷⁰⁹. El TEDH, fue el primer tribunal internacional en extender los derechos humanos de los extranjeros más allá del ámbito de la migración forzada, que ha estado sujeto a las garantías del derecho internacional desde los años cincuenta, a la migración voluntaria sobre la base del artículo 8 CEDH. El TEDH en el fallo del caso “Moustaquim con Bélgica (1991)”⁷¹⁰ calificó por primera vez la deportación de un extranjero como una violación de su derecho a la vida familiar⁷¹¹. Si bien los casos que ha resuelto el TEDH se refieren, en su gran mayoría, a solicitudes individuales, son relevantes para la perspectiva multicultural por la potencialidad que tienen en la configuración de grupos culturales en las sociedades receptoras de migración.

Así, el TEDH ha tenido una jurisprudencia sobre migrantes en los siguientes temas: 1) La expulsión de migrantes y sus condiciones de vida en centros de reclusión, revisado a la luz del artículo 3 del CEDH que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes; 2) Derecho a la libertad y a la seguridad de los migrantes en procedimientos de expulsión o extradición, de conformidad con el artículo 5.1. letra f) del CEDH; 3) Garantías judiciales, proceso equitativo y su aplicación restringida en casos de extradición, de conformidad al artículo 6 del CEDH; 4) Diversas aristas de la protección de la vida privada y familiar de los migrantes, en relación con el artículo 8 del CEDH; 5) Libertad de circulación y residencia de los migrantes que residen

⁷⁰⁸ Al respecto véase el punto 1.5 del capítulo primero del presente trabajo.

⁷⁰⁹ Más de un centenar de casos componen la jurisprudencia del TEDH sobre cuestiones relativas a los derechos de los migrantes. Para una recopilación exhaustiva al respecto, véase: ADFUE (2015); MONTILLA, BOZA, GARCÍA Y RODRÍGUEZ (2016), pp. 272-293.

⁷¹⁰ Véase: STEDH (1991). Caso Moustaquim con Bélgica.

⁷¹¹ Cfr. THYM (2014), p. 106.

legalmente, de conformidad al artículo 2 del Protocolo Adicional N° 4; 6) Derechos sociales de los migrantes.⁷¹²

Como podremos apreciar, en materia migratoria, a diferencia del resto de los temas que hemos revisado hasta acá, el TEDH es sensible al contexto, es decir, al delicado momento histórico que viven los migrantes en el mundo, lo que implica que los caracteriza como un grupo de personas desaventajadas y que requieren de una protección especial. Para lograr esto, interpreta contextualizadamente las normas convencionales y de manera flexible, integradora y tendiendo a la protección efectiva de los derechos humanos. De todas formas, es importante tener presente, como podremos revisar, que el TEDH utiliza la interpretación contextualizada para otorgar una protección a los migrantes desde un enfoque individual y no, necesariamente, por sus características culturales. Sin embargo, lo interesante es que lo hace considerando a los migrantes como un grupo que se encuentra especialmente desprotegido y vulnerable en el contexto europeo.

2.7.1. La expulsión de migrantes y sus condiciones de vida en centros de reclusión

El artículo 3 del CEDH consagra la prohibición de la tortura y el derecho a la integridad personal⁷¹³, el que constituye uno de los valores fundamentales del mismo y para la doctrina un derecho inderogable y absoluto, que no permitiría excepciones de ningún tipo⁷¹⁴. Lo anterior ha sido ratificado por el TEDH, quien ha señalado que los Estados, incluso en las circunstancias más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo o el crimen organizado, deben prohibir en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, y tomar las medidas para que ningún sujeto bajo su jurisdicción sufra de estos vejámenes, incluido cuando son realizados por particulares.⁷¹⁵

⁷¹² En los temas propuestos para el análisis de la jurisprudencia del TEDH sigo la sistematización realizada por Javier García Roca y María Díaz, con la adición del último punto (derechos sociales de los migrantes) que es de mi autoría. Al respecto, véase: GARCÍA ROCA y DÍAZ (2006), pp. 180-190; DÍAZ (2013), pp. 257-282.

⁷¹³ El artículo 3 del CEDH señala que: “Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

⁷¹⁴ En ese sentido, entre otros, véase: CASSESE (1993), p. 228; SALADO (2014a), p. 87.

⁷¹⁵ Al respecto, véase: STEDH (1997). H.L.R. con Francia; STEDH (1998). A. con Reino Unido. Asimismo, véase: CDE (2003), pp. 36-38.

En ese sentido, el artículo 3 del CEDH ha sido utilizado por el TEDH para la protección de supuestos de hecho en los que se ven envueltos migrantes en, al menos, dos sentidos. El primero, en relación con el objeto de protección en sí, esto es, tanto ligado al entendimiento de “tortura y tratos inhumanos o degradantes” como a las condiciones de detención. El segundo, tiene que ver con el vínculo que ha realizado el TEDH entre el artículo 3 del CEDH, el artículo 33 de la CSER⁷¹⁶ y el artículo 3.1. de la CCTNU.⁷¹⁷

En el primer sentido, el TEDH en el fallo del caso “Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga con Bélgica (2006)” ha señalado que un “trato inhumano” puede ser físico y psíquico. En este fallo el TEDH aborda el caso de una niña de 5 años que vivía con su madre, que era una migrante que había entrado y permanecía en Bélgica en situación irregular. La madre de la niña fue detenida, debido a su situación migratoria y la niña fue separada de ella y recluida en un centro de menores. El TEDH condenó a Bélgica por violación del artículo 3 del CEDH considerando que dicha actuación era un “trato inhumano” por las consecuencias psicológicas graves que tiene la separación de su madre para la niña.⁷¹⁸

Asimismo, el TEDH en el caso “Slimani con Francia (2004)” ha extendido a los migrantes que se encuentren en centros de detención las obligaciones positivas que le ordenaban a los Estados garantizar, en el caso de las personas privadas de libertad por la comisión de algún delito, que las condiciones de detención sean compatibles con el respeto de la dignidad humana.⁷¹⁹

En el segundo sentido, el TEDH utilizando una interpretación “integradora” de las obligaciones que tienen los Estados de conformidad al derecho internacional de los Derechos Humanos ha vinculado el artículo 3 del CEDH con el artículo 33 de la CSER y el artículo 3.1. de la CCTNU,

⁷¹⁶ El artículo 33 de la CSER señala que: “Prohibición de expulsión y de devolución. 1) Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2) Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

⁷¹⁷ El artículo 3.1 de la CCTNU señala que: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”.

⁷¹⁸ Al respecto, véase: STEDH (2006). Mubilanzila Mayeka y Kaniki con Bélgica, párrs. 66-71.

⁷¹⁹ Al respecto, véase: STEDH (2004). Slimani con Francia, párrs. 27-32.

generando un criterio general de abstención por parte del Estado si la extradición⁷²⁰, expulsión⁷²¹ o deportación⁷²² de un migrante puede generar que sea tratado de forma contraria al artículo 3 del CEDH y sufra en el país de destino “torturas” o “tratos inhumanos o degradantes”.⁷²³

Lo anterior fue por primera vez explorado por parte del TEDH en la sentencia del caso “Soering con Reino Unido (1989)”, señalando que el Estado no tenía una facultad ilimitada en casos de extradición debiendo considerar si en el país requirente se le respetará el derecho contenido en el artículo 3 del CEDH. En este caso, el TEDH condenó al Reino Unido por extraditar al Sr. Soering a los Estados Unidos de Norteamérica, a pesar de que en dicho país era acusado de cometer el crimen de homicidio y en el caso de ser culpable tener que sufrir la pena de muerte y la tortura conocida como el “callejón de la muerte”.⁷²⁴

Además, el TEDH desde el caso “D. Con Reino Unido (1997)” ha generado una extensión del contenido del artículo 3 del CEDH a casos en que migrantes que pueden ser objeto de expulsión, deportación o extradición y que padecen de una enfermedad, la medida de traslado a otro país le puede generar un “trato inhumano” debido a su condición de salud. Para que se dé este supuesto,

⁷²⁰ Este es el supuesto en el caso “Soering con Reino Unido (1989)”.

⁷²¹ Entre muchos casos sobre expulsión de migrantes que violan el artículo 3 del CEDH, se puede citar el caso “Jabari con Turquía (2000)” en el que se condenó a Turquía por contravenir el artículo 3 del CEDH al disponer la expulsión (por no tener un permiso de residencia) de la Sra. Jabari a Irán que era acusada de cometer el adterio lo que la ponía en un peligro real de ser objeto de actos contrarios al precitado artículo del CEDH. Cfr. STEDH (2000). Jabari con Turquía, párrs. 9-21. Más reciente, tenemos la sentencia del TEDH en el caso “A.A. con Francia (2015)”, en el que se condena a dicho país por no considerar el riesgo relacionado con el artículo 3 del CEDH al expulsar a los requirentes a Darfur. Véase: STEDH (2015). A.A. con Francia.

⁷²² Al respecto, véase: STEDH (1996). Chahal con Rein Unido; STEDH (1996). Ahmed con Austria.

⁷²³ Al respecto, véase: CHETAILE (2014), pp. 19-72.

⁷²⁴ Al respecto, véase: STEDH (1989). Soering con Reino Unido, párr. 111. Un aspecto de evolución de la jurisprudencia del TEDH “es el de determinar si el riesgo real de sufrir tratos contrarios al Convenio debe ser un riesgo personalizado en el demandante o si es suficiente con que exista una situación generalizada de riesgo o de violencia en el país al que va a ser expulsado o extraditado. En su jurisprudencia inicial, y tal y como hemos señalado en pasadas ediciones de este Anuario el TEDH exigía la personalización del riesgo. Sin embargo, se admitía la necesidad de tener en cuenta las circunstancias generales del país de origen junto con las personales del demandante a fin de determinar si existía un riesgo real de sufrir tratos contrarios al art. 3 CEDH en caso de expulsión o extradición. Recientemente, el TEDH ha ido más allá, admitiendo que la situación general existente en un país puede ser de tal nivel de violencia indiscriminada o extrema que proceda reconocer vulnerado el art. 3 CEDH en relación con cualquier expulsión o extradición dirigida hacia el país”. Cfr. DÍAZ (2012), p. 261.

el TEDH ha señalado que se requiere que el sujeto se encuentre en la última fase de una enfermedad terminal y sin la posibilidad de cuidados médicos adecuados en el lugar de destino.⁷²⁵

Finalmente, en el caso “M.S.S. con Bélgica y Grecia (2011)”, la Gran Sala del TEDH examinó si la extrema pobreza en que vivía un solicitante de asilo en Grecia mientras su solicitud de suspensión estaba pendiente era compatible con la prohibición establecida en el artículo 3 del CEDH. El solicitante reclamaba que se encontraba sin techo, sin acceso a instalaciones sanitarias y que solo había recibido algún apoyo material de los transeúntes y de una iglesia. Su reclamación ante el TEDH fue que su situación ascendía a tal vulnerabilidad que violaba el artículo 3 del CEDH⁷²⁶. El TEDH observa que la situación del demandante está vinculada a su condición de solicitante de asilo y al hecho de que su requerimiento no haya sido examinado por las autoridades. En otras palabras, el TEDH considera que, si hubieran examinado con prontitud la solicitud de asilo del solicitante, las autoridades podrían haber aliviado considerablemente su sufrimiento y mejorado sus condiciones de vida.⁷²⁷

A la luz de lo anterior y teniendo en cuenta las obligaciones que incumben a las autoridades estatales, el TEDH considera que las autoridades griegas no han tenido debidamente en cuenta la vulnerabilidad del solicitante como solicitante de asilo y son responsables, por inacción, de la situación en la que se ha encontrado durante varios meses el requirente. Así, el TEDH considera que el demandante ha sido víctima de un trato humillante que muestra una falta de respeto por su dignidad y que esta situación ha suscitado sin duda en él sentimientos de miedo, angustia o inferioridad capaces de inducir a la desesperación. Considera que estas condiciones de vida, combinadas con la prolongada incertidumbre en que se ha mantenido y la ausencia total de perspectivas de mejora de su situación, han alcanzado el nivel de gravedad requerido para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3 del CEDH.⁷²⁸

⁷²⁵ Al respecto, véase: STEDH (1997). D. con Reino Unido. Para un estudio de los últimos fallos del TEDH al respecto y la aplicación de este criterio jurisprudencial, véase: MONTILLA, BOZA, GARCÍA Y RODRÍGUEZ (2016), p. 290.

⁷²⁶ Cfr. STEDH (2011). M.S.S. con Bélgica y Grecia, párrs. 9-30.

⁷²⁷ Cfr. *Ibid.*, párr. 262.

⁷²⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 263.

Para diversos autores el fallo descrito anteriormente es una muestra de la extensión que ha experimentado el artículo 3 del CEDH en la jurisprudencia del TEDH y del uso que éste le ha dado para proteger las condiciones de vida de los migrantes. Además, el fallo es una muestra de la idea de interrelación de los derechos humanos y de la protección de los derechos sociales a través de derechos que han sido “clásicamente” entendidos como civiles y políticos.⁷²⁹

Como podemos apreciar en los casos analizados en este apartado, el TEDH ha realizado un escrutinio fuerte de la actividad estatal en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del artículo 3 del CEDH. Asimismo, ha utilizado una interpretación “integradora” del derecho internacional de los derechos humanos y extensiva del artículo del CEDH precitado. Lo anterior da cuenta de una especial protección del TEDH a los migrantes no por sus características culturales, sino más bien por la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Lo relevante en este punto es la decisión del TEDH de realizar una evaluación más profunda de la acción estatal dado la situación fáctica de los migrantes en Europa.

2.7.2. Derecho a la libertad y a la seguridad de los migrantes en procedimientos de expulsión o extradición

El TEDH ha utilizado el artículo 5.1 letra f)⁷³⁰ para analizar -caso a caso- si el internamiento o la detención preventiva para impedir la entrada ilegal de un migrante o la expulsión o extradición de un extranjero se ha realizado conforme a los parámetros que establece el CEDH y su jurisprudencia.⁷³¹

Esta norma del CEDH permite que los Estados intervengan el fenómeno migratorio que se realiza de forma irregular y tiene por fundamento el derecho que poseen los Estados de controlar la entrada, el tiempo de permanencia de los extranjeros dentro de su territorio y de expulsarles

⁷²⁹ Véase: RYAN y MANTOUVALON (2014), pp. 205-206.

⁷³⁰ El artículo 5.1. letra f) señala que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

⁷³¹ Para un estudio general de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 5, véase: ÁLVAREZ y QUERALT (2014), pp.129-199.

conforme a derecho⁷³². Así, lo ha reconocido el TEDH, entre otros, en el fallo del caso “Amuur con Francia (1996)”⁷³³.

La jurisprudencia del TEDH ha establecido que la detención debe ser por el menor tiempo posible⁷³⁴, bajo la premisa de la organización de la repatriación o para la gestión de la admisión en el territorio de los solicitantes de asilo⁷³⁵, lo que se debe realizar -siempre- a través del control judicial⁷³⁶. Así, todo migrante que se encuentre privado de libertad puede recurrir de la resolución respectiva ante un órgano jurisdiccional, el que determinará la legalidad o no de la misma.⁷³⁷

En este sentido, “(...) el procedimiento nacional que permita controlar judicialmente la legalidad de una medida privativa de libertad tendrá que valorar cualquier motivo que pueda llevar a considerar que la privación de libertad es ilegal, inclusive la posibilidad de que la privación de libertad se prolongue más allá del plazo razonable para lograr el objetivo perseguido.³² Finalmente, si la medida privativa de libertad es muy prolongada en el tiempo, el control judicial de la misma deberá ser periódico”⁷³⁸.

Otro aspecto que ha sido relevante en esta materia es que el TEDH en el caso “Amuur con Francia (1996)” señaló que el mantenimiento de un migrante en un aeropuerto o zona portuaria a través de la fuerza de las autoridades administrativas o policiales también es entendido como una

⁷³² Para Di Pascale el ejercicio de esta potestad por parte de los Estados se debe hacer conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Véase: DI PASCALE (2014), p. 309. Además, el TEDH ha señalado que “conforme a derecho” implica que las condiciones de privación de libertad estén previstas y definidas en la legislación interna y que estas tengan por finalidad proteger a la persona contra la arbitrariedad. Cfr. ÁLVAREZ y QUERALT (2014), p.151.

⁷³³ Al respecto, véase: STEDH (1996). Amuur con Francia, párr. 41.

⁷³⁴ Los límites de tiempo de la medida, los ha determinado de la siguiente forma: 1) En el caso “Longa Yonkeu con Letonia (2011), señalando que se respeten los límites temporales de la prisión preventiva prevista en el ordenamiento interno; 2) En otra serie de casos ha señalado que a privación de libertad no exceda el plazo que sea razonablemente necesario para alcanzar el fin perseguido, esto es, que las autoridades desarrollen los procedimientos de expulsión o extradición con la debida diligencia. En ese sentido, véase: STEDH (2012). Kozhayev con Rusia; STEDH (2012). Alim con Rusia.

⁷³⁵ En estos supuestos, el TEDH ha considerado que no atenta con el CEDH medidas privativas de libertad que han tenido una larga duración. En el caso “Alim con Rusia (2012)” la medida privativa de libertad duró seis meses. En el caso “Al Hanchi con Bosnia Herzegovina (2011)” la medida privativa de libertad duró ocho meses. En el caso “Khodzhamberdiyev con Rusia (2012)” la medida privativa de libertad duró un año.

⁷³⁶ Al respecto, entre otros, véase: STEDH (2012). Mathloom con Grecia; STEDH (2012). Abidov con Rusia; STEDH (2012). M.S. con Bélgica.

⁷³⁷ Al respecto, véase: STEDH (2012). Khodzhamberdiyev con Rusia.

⁷³⁸ Cfr. Díaz (2012), p. 271. En ese mismo sentido, véase: ÁLVAREZ y QUERALT (2014), pp.154-199.

medida privativa de libertad y que se encuentra al amparo de las exigencias que impone éste artículo del CEDH.⁷³⁹

Asimismo, el TEDH ha afirmado –generalmente- que la aplicación del artículo 5.1. letra f) CEDH no impone un test de necesidad de la medida privativa de libertad⁷⁴⁰. Sin embargo, la exigencia de necesidad, derivada del principio de proporcionalidad de la medida, en ocasiones ha llevado al TEDH, a valorar la necesidad de una medida privativa de libertad fundada en el artículo 5.1.f) CEDH, lo que ha hecho en situaciones en la que el migrante se encuentra gravemente enfermo⁷⁴¹ o había niños involucrados.⁷⁴²

De forma similar al apartado anterior, el TEDH ha realizado un escrutinio fuerte de la actividad estatal en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del artículo 5.1 f) del CEDH. Así, considerando el contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran los migrantes en Europa, a través de una interpretación finalista de las normas convencionales, les entrega una protección reforzada.

2.7.3. Garantías judiciales, proceso equitativo y su aplicación en casos de extradición

El artículo 6 del CEDH garantiza el derecho a un debido proceso (o a un proceso equitativo), señalando las distintas exigencias que deben tener en cuenta los Estados para que proporcionen una adecuada protección a los derechos humanos de las personas que están involucradas en un proceso judicial.⁷⁴³

⁷³⁹ Al respecto, véase: STEDH (1996). Amuur con Francia.

⁷⁴⁰ Al respecto, entre otros, véase: STEDH (2008). Saadi con Reino Unido, párr. 71; STEDH (1999). T. con Reino Unido, párr. 103; STEDH (2002). Stafford con Reino Unido, párr. 64.

⁷⁴¹ Al respecto, véase: STEDH (2011). Yoh-Ekale Mwanje con Bélgica.

⁷⁴² Al respecto, véase: STEDH (2012). Popov con Francia.

⁷⁴³ El artículo 6 del CEDH señala que: “Derecho a un proceso equitativo. 1) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3) Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a

La jurisprudencia reiterada del TEDH ha señalado que el artículo 6 del CEDH no es una garantía que se pueda utilizar en el procedimiento de extradición, debido a que no resulta aplicable a decisiones relativas a la entrada, permanencia y alejamiento de los extranjeros del territorio nacional, al no ser considerados estos procedimientos derechos y obligaciones de carácter civil o acusaciones penales.⁷⁴⁴

Sin perjuicio de lo anterior, el TEDH en el caso “Othman con Reino Unido (2012)” matizó dicha doctrina al admitir que la extradición de una persona hacia un país podría suponer una vulneración del artículo 6 del CEDH en el caso de que existiera un riesgo real y concreto de que no tuviera acceso a la justicia y un debido proceso en el país de destino⁷⁴⁵. En el caso el Sr. Othaman corría el serio peligro de que si era expulsado a Jordania fuera juzgado sobre la base de testimonios obtenidos a través de tortura⁷⁴⁶. Así, para el TEDH señala que en el caso anterior la extradición implicaría una vulneración del artículo 6 del CEDH ya que sería una vulneración tan notoria del debido proceso (flagrante negación de justicia) que supondría la destrucción de la esencia de este⁷⁴⁷. Cabe señalar que, en los veintidós años transcurridos desde la sentencia en el caso “Soering con Reino Unido (1989)”, el TEDH nunca había considerado que una expulsión violara el artículo 6 del CEDH. Este hecho, sirve para subrayar la opinión del TEDH de que la “flagrante negación de justicia” es una prueba estricta de injusticia, que va más allá de simples irregularidades o falta de salvaguardias en los procedimientos judiciales que pudieran resultar en una infracción del artículo 6 del CEDH si se produjera en el propio Estado contratante. Lo que se

ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”. Para un estudio amplio de la jurisprudencia del TEDH sobre este artículo, véase: ARAGÜENA (2014), pp. 201-228.

⁷⁴⁴ Sobre lo que ha entendido el TEDH por “derechos y obligaciones de o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida”, véase: *Ibid.*, pp. 203-204. Asimismo, véase: STEDH (1989). *Soering con Reino Unido*; STEDH (2006). *Olaechea con España*, párr. 52.

⁷⁴⁵ Al respecto, véase: STEDH (2012). *Othman con Reino Unido*.

⁷⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, párrs. 9-20.

⁷⁴⁷ En la sentencia el TEDH reviso la situación sobre tortura en Jordania y otros fallos de Tribunales Superiores de Justicia (Canadá y Suecia) que habían negado la extradición en casos similares. Cfr. *Ibid.*, párrs. 151-154. Sobre el concepto de “flagrante negación de justicia” que utiliza el TEDH véase: Cfr. *Ibid.*, párrs. 258-262.

requiere es una violación de los principios esenciales del debido proceso garantizados por el artículo 6 del CEDH, que es tan fundamental que equivale a anular o destruir la esencia misma del derecho garantizado por ese artículo.⁷⁴⁸

Nuevamente, al igual que en los apartados previos, el TEDH ha realizado un escrutinio fuerte de la actividad estatal (ahora) en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del artículo 6 del CEDH. Asimismo, ha utilizado una interpretación extensiva del artículo del CEDH precitado, dando cuenta de una especial protección del TEDH a los migrantes no por sus características culturales, sino más bien por la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Con la jurisprudencia que hemos revisado hasta acá que ha recaído sobre casos en los que se ven involucradas personas migrantes, se puede ir apreciando la decisión del TEDH de realizar una evaluación más profunda de la acción estatal en este tipo de casos debido a la situación fáctica de los migrantes en Europa.

2.7.4. Diversas aristas de la protección de la vida privada y familiar de los migrantes

El artículo 8 del CEDH ha sido una de las principales fuentes normativas que ha tenido el TEDH para interpretar el CEDH de forma amplia y proteger con ello a los miembros de grupos desaventajados⁷⁴⁹. En ese sentido, la basta jurisprudencia que ha producido el TEDH sobre este artículo se ha levantado como la principal limitación a las expulsiones de los migrantes y sus familias e incluso imponiendo por parte del TEDH la obligación positiva a los Estados de asegurar el otorgamiento de permisos de residencia a los migrantes que llevan un largo tiempo en el país y que han sido sujetos de protección.⁷⁵⁰

Para el análisis de los casos que involucran migrantes de conformidad al artículo 8 del CEDH el TEDH ha desarrollado dos principios generales que guían su interpretación. El primero de ellos

⁷⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 260.

⁷⁴⁹ Al respecto, véase el punto 2.5.1. del presente capítulo.

⁷⁵⁰ Cfr. GARCÍA ROCA y DÍAZ (2006), pp. 186-188. En ese sentido, véase: THYN (2014), p. 107; MONTILLA, BOZA, GARCÍA Y RODRÍGUEZ (2016), p. 291.

es un principio de interpretación extensiva a favor de la protección de los migrantes, y el segundo, es un principio de deferencia hacia los Estados partes.⁷⁵¹

Así, en el primer sentido y siguiendo lo señalado por Daniel Thyn al respecto, podemos señalar que el TEDH ha considerado al CEDH como un “instrumento vivo”, facilitando así el reconocimiento proactivo de nuevas situaciones que originalmente no se pretendían cubrir y en las cuales el TEDH amplía el CEDH mediante una interpretación dinámica. La interpretación dinámica se ve solidificada por la afirmación del TEDH de que el propósito del CEDH de proteger a los seres humanos implica que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas para que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas, así como la invocación esporádica del CEDH es el instrumento constitucional del orden público europeo⁷⁵², sirven como bases adicionales para la extensión cuantitativa y cualitativa de los derechos de los migrantes.⁷⁵³

Ahora bien, en cuanto al principio de “deferencia”, el TEDH tiene cuidado de no parecer parcial. La mayoría de los juicios sobre migración comienzan con una afirmación basada en la soberanía de los Estados sobre el control migratorio como una cuestión de orden del derecho internacional bien establecido. Además, el TEDH reconoce que el alcance de las obligaciones de los Estados en virtud del artículo 8 del CEDH en los casos migratorios “no tiene una definición precisa” y, por ende, el Estado goza de cierto “margen de apreciación”. El margen de apreciación

⁷⁵¹ Cfr. THYM (2014), p. 109. No pareciera estar de acuerdo con esto Pablo Santolaya, para quien, la jurisprudencia del TEDH sobre la materia le “(...) resulta extremadamente casuística, asistemática, y en buena medida impredecible”. Cfr. SANTOLAYA (2014), p. 445.

⁷⁵² Al respecto el TEDH en el caso “Loizidou con Turquía (1998)” señaló que: “The Court recalls the general principle that States must bear their own costs in contentious proceedings before international tribunals (see, for example, Article 64 of the Statute of the International Court of Justice and the Advisory Opinion of that Court in “Application for Review of Judgement no. 158 of the United Nations Administrative Tribunal”, ICJ Reports 1993, p. 211, § 96). It considers that this rule has even greater application when, in keeping with the special character of the Convention as an instrument of European public order (*ordre public*), High Contracting Parties bring cases before the Convention institutions, whether by virtue of Article 24 or Article 48 (c), as part of the collective enforcement of the rights set out in the Convention or by virtue of Article 48 (b) in order to protect the rights of their nationals. In principle, it is not appropriate, in the Court’s view, that States which act, *inter alia*, in pursuit of the interests of the Convention community as a whole, even where this coincides with their own interests, be reimbursed their costs and expenses for doing so”. Cfr. STEDH (1998). Loizidou con Turquía, párr. 48.

⁷⁵³ Cfr. THYM (2014), p. 109.

se complementa con el supuesto institucional de que el TEDH debe ser deferente con las decisiones nacionales, ya que en ese ámbito se produce la efectiva salvaguardia de los derechos humanos.⁷⁵⁴

Con lo anterior como telón de fondo, el TEDH ha resuelto una serie de casos sobre migrantes utilizando el artículo 8 del CEDH. Así, en primer lugar, ha establecido un entendimiento sobre el concepto de “vida familiar” y su uso como límite a la expulsión de extranjeros. En segundo lugar, se ha referido a la “reagrupación familiar” de los migrantes y sus implicancias.⁷⁵⁵

Sobre qué ha entendido el TEDH por “vida familiar”⁷⁵⁶, podemos señalar que en su jurisprudencia ha tenido un entendimiento amplio de la misma, en la que prima las circunstancias y vínculos de hecho más que si la “vida familiar” se encuentra legalmente reconocida a causa del matrimonio⁷⁵⁷. Asimismo, en relación con los parientes próximos, “éstos también pueden ser incluidos en la vida familiar, siempre y cuando los lazos familiares *de facto* que establezcan tengan un carácter real, efectivo y profundo, producto de una convivencia o una dependencia afectiva o financiera entre ellos. Así, las relaciones entre abuelos, hermanos/as, tíos/as, sobrinos/as, primos u otra familia extensa podrán constituir, en ciertos casos, vida familiar”.⁷⁵⁸

Con el entendimiento amplio de los supuestos que contempla la “vida familiar” el TEDH ha frenado las medidas de expulsión de migrantes cuando ello puede significar la interrupción del derecho a la vida familiar contemplado en el artículo 8 del CEDH. En general, tal como ha

⁷⁵⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 110.

⁷⁵⁵ Esta delimitación de contenidos de la jurisprudencia la utiliza Pablo Santaloya. Al respecto, véase: SANTOLAYA (2014), pp. 443-447.

⁷⁵⁶ La jurisprudencia relevante del TEDH al respecto es la siguiente: 1) STEDH (1986). Johnston y otros con Irlanda; 2) STEDH (1997). X, Y y Z con Reino Unido; 3) STEDH (2012). Nacic y otros con Suecia.

⁷⁵⁷ Al respecto, véase: DÍAZ (2012), p. 271. Sin embargo, resulta relevante la prevención que realiza Sales i Jardí sobre que no siempre los lazos familiares de facto crean una vida familiar, señalando que: “Los lazos familiares de *facto* deben revestir una serie de requisitos de intensidad para que puedan ser considerados como constitutivos de vida familiar. Éstos incluyen la duración de la cohabitación entre la pareja, la duración combinada con e nacimiento de hijos o el simple hecho de la existencia de éstos. Por lo tanto, existe un lazo familiar de *facto* entre un hombre y una mujer, o entre dos hombres o dos mujeres (incluyendo a los transexuales) siempre que la relación sea estable, ya se trate de una relación extraconyugal o una relación libre de la cual nazcan hijos”. Cfr. SALES I JARDÍ (2015), pp. 170-171.

⁷⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 171.

apuntado Sales i Jardí, las medidas de expulsión de migrantes se han producido por el término del permiso de residencia o por la comisión de algún delito por parte del migrante.⁷⁵⁹

En relación con los migrantes a los que les expiró su permiso de residencia, la jurisprudencia del TEDH⁷⁶⁰ ha señalado que, si existe una vida familiar establecida, la regla general es que no se puede expulsar a éstos y que se debe procurar que la vida familiar pueda seguir desarrollándose en el país en el que se reside habitualmente. Además, ha señalado que el momento para tener en cuenta las circunstancias familiares es al momento de la expulsión y éstas deben siempre estar sometidas al principio de la proporcionalidad.⁷⁶¹

En el supuesto de que el migrante haya cometido algún delito que justifique su expulsión, la jurisprudencia del TEDH ha tenido dos etapas⁷⁶². En una primera etapa⁷⁶³, el TEDH realizaba la distinción entre migrantes de primera y segunda generación, señalando que los de segunda generación no debían ser expulsados por su vida familiar, el nivel de integración y la dificultad que traería aparejada para ellos llegar a un país diferente del que había sido su hogar desde su nacimiento⁷⁶⁴. Sin embargo, desde el fallo del TEDH en el caso “Baghli con Francia (1999)” se ha matizado lo anterior⁷⁶⁵, analizándose de forma más casuística si procede su expulsión o no.⁷⁶⁶

Además, en el supuesto señalado anteriormente, el TEDH ha construido una serie de criterios para analizar si la expulsión del migrante infringe el derecho a la vida familiar o no⁷⁶⁷. Estos serían los siguientes: a) La naturaleza y la gravedad del delito cometido por el migrante; b) El hecho de que el comportamiento del migrante sea una amenaza real y concreta para el orden público del

⁷⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 178.

⁷⁶⁰ La jurisprudencia relevante del TEDH al respecto es la siguiente: 1) STEDH (1986). *Berrahab con Países Bajos*; 2) STEDH (1991). *Moustaquim con Bélgica*; 3) STEDH (1992). *Beljoudi con Francia*; 4) STEDH (2008). *Emre con Suiza*.

⁷⁶¹ Al respecto, entre otros, véase: SALES I JARDÍ (2015), pp. 178-179; SANTOLAYA (2014), pp. 444-445; DÍAZ (2012), pp. 272-273.

⁷⁶² Cfr. SALES I JARDÍ (2015), p. 179.

⁷⁶³ Un ejemplo de la jurisprudencia del TEDH de la primera etapa sería la siguiente: 1) STEDH (1991). *Moustaquim con Bélgica*; 2) STEDH (1992). *Beljoudi con Francia*.

⁷⁶⁴ Cfr. SALES I JARDÍ (2015), p. 179.

⁷⁶⁵ Al respecto, véase: STEDH (1999). *Baghli con Francia*. Asimismo, véase: STEDH (2010). *Mutlag con Alemania*.

⁷⁶⁶ Cfr. SALES I JARDÍ (2015), p. 179.

⁷⁶⁷ Las sentencias del TEDH en los casos “Üner con Países Bajos (2006)” y “Boultif con Suiza (2001)” son la base para la construcción de estos criterios.

país de residencia; c) El tiempo que lleva de residencia el migrante; d) El tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la medida de expulsión, considerando el comportamiento del migrante durante dicho período; e) La edad y el estado de salud del migrante; f) La situación económica y la posible integración social y cultural en el Estado al que será expulsado y su grado de vinculación; g) La situación familiar del migrante que será expulsado, considerando, entre otras cosas, la duración de su matrimonio; h) La existencia de niños, considerando sus edades, en el núcleo familiar.⁷⁶⁸

En cuanto a la reagrupación familiar, el TEDH ha sido cauto en el sentido de establecer algún tipo de obligación positiva para los Estados al respecto. Sin perjuicio, sí ha señalado que la expulsión de algún miembro de la familia puede generar una violación del derecho a la vida familiar⁷⁶⁹. Así, la doctrina del TEDH puede ser resumida de la siguiente forma: “(...) la obligación de un Estado de admitir en su territorio a familiares inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general y no se impone la obligación general de respetar la elección del domicilio común realizada por los matrimonios y permitir la reagrupación familiar en su territorio. Además, en relación con los menores se debe tener en cuenta su edad, su integración en el país de origen y su grado de dependencia de los padres”.⁷⁷⁰

En este grupo de casos podemos apreciar, a diferencia de los apartados anteriores, que el TEDH entrega una protección reforzada a los migrantes debido a su especial vulnerabilidad, pero utilizando para ello las características culturales diferenciadoras de los mismos. Esto da cuenta de que el TEDH ha tenido una consideración especial al contexto de la migración en Europa, sus características y sus impactos en los derechos de los migrantes, especialmente en los que dicen relación con sus formas de vida, como es el caso del derecho contemplado en el artículo 8 del CEDH⁷⁷¹. Con este grupo de casos, podemos ir completando la óptica que ha utilizado el TEDH

⁷⁶⁸ Cf. SALES I JARDÍ (2015), p. 179-180. Asimismo, véase: DÍAZ (2012), pp. 273-274. Sobre la existencia de niños en el núcleo familiar, véase: STEDH (2011). Nuñez con Noruega.

⁷⁶⁹ Al respecto, entre otros, véase: STEDH (1985). Abdulaziz, Cabales y Balkandali con Reino Unido; STEDH (1996). Gül con Suiza; STEDH (1996). Ahmut con Países Bajos.

⁷⁷⁰ Cf. SALES I JARDÍ (2015), p. 182. En el mismo sentido, véase: SANTOLAYA (2014), pp. 443-444.

⁷⁷¹ El TEDH ha considerado los aspectos culturales de los migrantes para un entedimiento amplio del concepto de familia y de vida familiar. La jurisprudencia relevante del TEDH al respecto es la siguiente: 1) STEDH (1986). Johnston y otros con Irlanda; 2) STEDH (1997). X, Y y Z con Reino Unido; 3) STEDH (2012). Nacic y otros con Suecia.

para la protección de los derechos de las personas migrantes. Al realizar una interpretación contextualizada, flexible y que busca la efectiva realización de los derechos consagrados en el CEDH podemos concluir que la óptica del TEDH en este tipo de casos se acerca más a los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural que en los otros casos de tipo multicultural que hemos revisado.

2.7.5. Libertad de circulación y residencia y la prohibición de expulsiones colectivas de migrantes

En el Protocolo Adicional N° 4 se consagran, entre otros, dos derechos relevantes para los migrantes. El primero de ellos se refiere al consagrado en su artículo 2, esto es el de la libertad de circulación y residencia para los migrantes que se encuentren con permisos de residencia⁷⁷². Por su parte, el artículo 4 establece una prohibición general a la expulsión colectiva de migrantes.⁷⁷³

Ambos artículos han tenido una jurisprudencia acotada y sencilla por parte del TEDH. En el caso. Así, el artículo 2 del Protocolo Adicional N° 4, tal como señala Nuria Arenas, “lleva aparejada la proclamación de la libertad de cada persona para decidir dónde quiere residir o desplazarse sino también en la consideración de esta libertad a modo de presupuesto o condición previa para el ejercicio de otros derechos de carácter económico, social, cultural, civil o político”⁷⁷⁴. En ese sentido, de dicho artículo podemos extraer tres derechos: libre circulación en el Estado para todos sus residentes regulares; libertad para escoger el lugar de residencia; y, la libertad para salir libremente del Estado.⁷⁷⁵

⁷⁷² El artículo 2 del Protocolo Adicional N° 4 señala que: “Libertad de circulación. 1) Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia. 2) Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo. 3) El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. 4) Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”.

⁷⁷³ El artículo 2 del Protocolo Adicional N° 4 señala que: “Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

⁷⁷⁴ Cfr. ARENAS (2014), p. 744.

⁷⁷⁵ Cfr. Ibid., p. 748.

Así, en cuanto a la libertad de circulación el TEDH ha señalado que ese derecho no incluye el derecho a obtener un visado que permita la entrada en otro de los Estados parte del Protocolo⁷⁷⁶. El TEDH si ha considerado una injerencia indebida a la libertad de circulación que las autoridades impongan la obligación a los migrantes que deseen cambiar de residencia o visitar a familiares o amigos tengan que informar de ello a las autoridades⁷⁷⁷. En el mismo sentido, el TEDH ha considerado que se viola el derecho a la libertad de circulación si se impide a un migrante abandonar el país debido a la existencia de deudas tributarias⁷⁷⁸ o de otro tipo.⁷⁷⁹

Con respecto a la prohibición de las expulsiones colectivas de migrantes, comparto la opinión de Juan Durán, en el sentido de que la garantía prevista en el artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4 tiene una doble arista. Por un lado, el derecho tiene una naturaleza adjetiva, ya que no permite que los Estados procedan de forma colectiva a la expulsión de migrantes, esto es, sin el análisis pormenorizado de cada uno de los casos. Por otro lado, tiene una naturaleza sustantiva, ya que, aun habiéndose resuelto las formalidades requeridas, la expulsión colectiva de migrantes se encuentra expresamente prohibida.⁷⁸⁰

Así, el TEDH en el caso “Čonka con Bélgica (2002)” señaló que la expulsión colectiva de migrantes abarca todo tipo de medidas que obligue a los extranjeros, como un grupo, a salir del país, a menos que ésta se haya tomado luego de un examen pormenorizado de las circunstancias de cada caso.⁷⁸¹

En este sentido uno de los temas más interesantes que ha tenido que resolver el TEDH dice relación con las interceptaciones de migrantes en alta mar y su traslado a tierra firme en territorio

⁷⁷⁶ Al respecto, véase: STEDH (2006). Demir con Francia.

⁷⁷⁷ Al respecto, véase: STEDH (2001). Denizci y otros con Chirpre; STEDH (2007). Bolat con Rusia; SETDH (2007). Tatishvili con Rusia.

⁷⁷⁸ Al respecto, véase: STEDH (2006). Reiner con Bulgaria

⁷⁷⁹ Al respecto, véase: ARENAS (2014), p. 753-755.

⁷⁸⁰ Cfr. DÚRAN (2014), p. 777.

⁷⁸¹ En ese sentido el TEDH señala que: “The Court reiterates its case-law whereby collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group (see *Andric*, cited above). That does not mean, however, that where the latter condition is satisfied the background to the execution of the expulsion orders plays no further role in determining whether there has been compliance with Article 4 of Protocol No. 4”. Cfr. STEDH (2002). Čonka con Bélgica, párr. 59.

de otro Estado. Este es el supuesto en el caso “Hirsi Jamaa y otros con Italia (2012)”, en el cual las autoridades italianas trasladaron un grupo de migrantes en alta mar hasta el puerto de Trípoli, sin que éstos estuvieran nunca en territorio italiano⁷⁸². Para el TEDH si hubo una violación por parte de Italia a la garantía establecida en el artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4, lo que se habría producido por el hecho de que las autoridades tomaron la decisión de trasladar a este grupo de inmigrantes en alta mar hasta otro país sin información alguna de la identidad de las personas, ni de su origen y sin comprobar si existía información acerca de los procedimientos administrativos o judiciales pendientes.⁷⁸³

Para que el TEDH pudiera llegar a la conclusión de que Italia había contravenido el artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4, a pesar de que los migrantes nunca habían entrado al territorio italiano⁷⁸⁴, señaló qué: 1) si bien los casos examinados hasta ahora se refieren a personas que ya se encontraban en diversas formas en el territorio del país de que se trate, el texto del artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4 no contiene ninguna referencia al concepto de “territorio”, mientras que, por el contrario, el texto del artículo 3 del mismo Protocolo se refiere específicamente al alcance territorial de la prohibición de expulsión de los nacionales; 2) una interpretación sistemática, útil y evolutiva del CEDH, considerando el contexto migratorio actual, justificaba la necesidad de considerar “expulsión” a todo acto de alejamiento de un extranjero, aunque éste no hubiera llegado a tocar el territorio de un Estado parte.⁷⁸⁵

Como podemos apreciar, nuevamente, al igual que en los apartados previos, el TEDH ha realizado un escrutinio fuerte de la actividad estatal (ahora) en relación con el cumplimiento de las obligaciones que emanan del Protocolo Adicional N° 4, dando cuenta de la protección reforzada que entrega el TEDH a los migrantes por la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran.

⁷⁸² Al respecto, véase: STEDH (2012). *Hirsi Jamaa y otros con Italia*, párrs. 9-14. Para un análisis de esta sentencia, véase: DÍAZ (2012), pp. 49-50; SCOVAZZI (2014), pp. 249-250; DURÁN (2014), pp. 779-781; PÉREZ (2014), pp. 211-214.

⁷⁸³ Cfr. STEDH (2012). *Hirsi Jamaa y otros con Italia*, párr. 185.

⁷⁸⁴ El principal argumento de la defensa de Italia, consistía en que no se podía hablar de “expulsión” porque los migrantes nunca habían entrado en territorio italiano. Cfr. *Ibid.*, párr. 172.

⁷⁸⁵ Cfr. *Ibid.*, párrs. 173-181.

2.7.6. Derechos sociales de los migrantes

María José Añón ha señalado que los derechos sociales son un test de inclusión⁷⁸⁶ y la condición *sine qua non* de pertenencia a una comunidad política⁷⁸⁷, derivándose la importancia que estos sean reconocidos ampliamente y garantizados para quienes habitan dentro de una comunidad política. Sin embargo, la idea de universalidad de los derechos humanos se pone a prueba en el caso de los migrantes.⁷⁸⁸

En el presente apartado revisaré una incipiente jurisprudencia del TEDH que, a través de una interpretación “integradora” del CEDH⁷⁸⁹, ha ido generando un reconocimiento de los derechos sociales de los migrantes y superando la jurisprudencia que se cimentaba en la premisa de “aguas separadas” entre derechos civiles y políticos y derechos sociales⁷⁹⁰. Así, el artículo 4 del CEDH⁷⁹¹, que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados, ha servido de base para que el TEDH dicte sentencia en los casos: 1) Siliadin con Francia (2005); 2) Rantsev con Chipre y Rusia (2010); 3) C.N. con Reino Unido (2012).⁷⁹²

El caso “Siliadin con Francia (2005)” es el que inauguró esta línea jurisprudencial por parte del TEDH y es considerado el caso guía al respecto⁷⁹³. El caso se trataba de una trabajadora

⁷⁸⁶ Cfr. AÑÓN (2000), pp. 148-191.

⁷⁸⁷ Cfr. DE LUCAS (2004), pp. 27-36.

⁷⁸⁸ Al respecto, Kymlicka señala que en la teoría liberal “hay una sutil pero profunda inversión en la terminología. Generalmente, lo que comienza como una teoría sobre la igualdad moral de las *personas*, termina siendo una teoría de la igualdad moral de los *ciudadanos*. Los derechos básicos que el liberalismo confiere a los individuos resultan finalmente estar reservados sólo para algunos individuos, principalmente a quienes son ciudadanos del Estado. Únicamente los ciudadanos tienen el derecho a circular libremente dentro de un país, o a ganarse la vida, o a participar en el autogobierno”. Cfr. KYMLICKA (2006), p. 36. En el mismo sentido, véase: GARCÍA AMADO (2003), pp. 9-28.

⁷⁸⁹ Sobre la interpretación basada en el principio de integración funcional del CEDH, véase: GARCÍA ROCA (2014a), pp. 29-31.

⁷⁹⁰ Cfr. RYAN y MANTOUVALOU (2014), p. 205.

⁷⁹¹ El artículo 4 del CEDH señala que: “Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado 1) Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2) Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3) No se considera como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo: a) todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional ; b) todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio; c) todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad; d) todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”. Para un estudio amplio de la jurisprudencia del TEDH sobre éste artículo, véase: CANOSA (2014a), pp. 113-128.

⁷⁹² Para un análisis detallado de los casos Siliadin y Rantsev, véase: GILES (2014), pp. 187-207.

⁷⁹³ Cfr. RYAN y MANTOUVALOU (2014), p. 206. Asimismo, véase: CANOSA (2014), p. 116; GILES (2014), pp. 189-190.

doméstica migrante de Togo que vivía y trabajaba en condiciones deplorables en Francia, siendo obligada a trabajar quince horas diarias, desde que era menor de edad, sin posibilidad de escolarización, sin vacaciones y sin remuneración. El TEDH no clasificó la situación como “esclavitud” porque los empleadores no ejercían un derecho de propiedad legal sobre la demandante, pero consideraron que esa situación equivalía a un tipo de “trabajo forzoso”⁷⁹⁴. La situación migratoria de la solicitante fue considerada por el TEDH como un factor que la hacía particularmente propensa a la explotación, haciendo hincapié en el hecho de que sus empleadores le habían prometido que su estatus sería regularizado (algo que nunca ocurrió) y alimentaban el temor que tenía a ser detenida.⁷⁹⁵

Así, el TEDH condenó a Francia, luego de señalar que la insuficiencia de la legislación penal en Francia sobre la materia y el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (haciendo referencia al Convenio N° 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso⁷⁹⁶) considerando el deber de los Estados de garantizar un cumplimiento horizontal de los derechos humanos⁷⁹⁷. Tal como apunta Canosa, en el caso el TEDH realiza una interpretación del CEDH de tipo “integradora” y señala que éste es un instrumento vivo, la que se produce debido a que establece la obligación positiva de actuación (artículo 1 del CEDH) por parte de Francia en la protección del derecho contenido en el artículo 4 del CEDH, cuya omisión es la que le acarrea la condena por responsabilidad internacional en la violación del CEDH.⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ Para Canosa, el elemento clave para entender un concepto moderno de esclavitud es: “(...) la «cosificación», total o parcial, del sujeto sobre quien, al quedar convertido en cosa, recae un poder dominical propio del derecho de propiedad. Por aterrador que parezca, la esclavitud consiste en despojar al esclavo de su dignidad y con ella de sus derechos, reduciéndolo a cosa –una suerte de bien mueble- que puede comprarse y venderse. Sin embargo, ya no es frecuente, al menos entre los países firmantes del Convenio, encontrar regímenes jurídicos de esclavitud, sino más bien situaciones de sumisiones que reducen a ciertas personas a condición servil. El artículo 7 b) de 1956 aclara que las manifestaciones de servidumbre son análogas a la esclavitud y deben erradicarse, y considera como tales (artículo 1): la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, la privación del derecho de la mujer a oponerse a ser prometida o dada en matrimonio, la cesión de una mujer a tercero o su transmisión por herencia a la muerte de su marido y la entrega de menores para ser explotados”. Cfr. CANOSA (2014), p. 117. Rosa Giles señala que el concepto de “esclavitud” usado por el TEDH es muy restrictivo, pero valora que haya servido para la condena a Francia. Cfr. GILES (2014), p. 195.

⁷⁹⁵ Cfr. STEDH (2005). Siliadin con Francia, párrs. 9-45.

⁷⁹⁶ Al respecto, véase: Convenio N° 30 de la OIT sobre el trabajo forzoso.

⁷⁹⁷ Cfr. STEDH (2005). Siliadin con Francia, párrs. 88-89.

⁷⁹⁸ Cfr. CANOSA (2014), p. 115.

En el caso “Rantsev con Chipre y Rusia (2010)”⁷⁹⁹ el TEDH, junto con seguir la línea jurisprudencial inaugurada en el caso “Siliadin”, ahondó en la necesidad de comprender que el CEDH es un instrumento vivo, que debe ser interpretado según los fenómenos modernos y en el cual el derecho internacional de los derechos humanos juega un papel relevante de guía⁸⁰⁰. Posteriormente, en el caso “C.N. con Reino Unido (2012)”, el que al igual que el caso Siliadin aborda una situación de trabajo doméstico, ratificó que las circunstancias de “trabajo forzoso” son específicas y deben ser revisadas a la luz de características excepcionales, ratificando que los Estados tienen obligaciones positivas de abordar en su legislación penal situaciones que puedan ser caracterizadas de este modo, lo que no fue realizado por el Reino Unido y, por ende, fue condenado por violación al artículo 4 del CEDH.⁸⁰¹

Esta jurisprudencia del TEDH, tal como señalan Ryan y Montouvalou, reconoce una superposición entre los derechos civiles, políticos, económicos y sociales. La cobertura del CEDH, tal como se desarrolla a través de la jurisprudencia del TEDH, complementa las deficiencias que tiene la ESC en la materia. El TEDH no duda en extender el alcance de la protección a los migrantes, que se encuentran en situaciones irregulares en lo relativo a sus permisos de residencia, cuando se enfrentan a graves dificultades y está dispuesto a considerar que el trato discriminatorio de los trabajadores migrantes es incompatible con el CEDH⁸⁰².

Concluyendo el análisis de la jurisprudencia del TEDH en materia migratoria, podemos señalar que el TEDH realiza una interpretación flexible y finalista de las normas del CEDH en los casos

⁷⁹⁹ El caso aborda la situación de una joven rusa que llegó a Chipre para trabajar como “artista de cabaret” y que se vio envuelta en una red de prostitución y de trata de personas. La joven rusa contaba con un permiso temporal de residencia y cuando quiso escapar del lugar en el que se encontraba fue denunciada por sus dueños por no contar con los permisos para trabajar y residir en Chipre. La policía de Chipre dejó a la joven en custodia de los dueños del cabaret, siendo trasladada a un piso con otras chicas y, posteriormente, muriendo sin que se esclarecieran sus causas. Véase: STEDH (2005). Rantsev con Rusia y Chipre, párrs. 11-88.

⁸⁰⁰ Cfr. Ibid., párrs. 273-274. Al respecto, Rosa Giles señala que: “(...) desarrolló una argumentación general según la cual afirmó que los preceptos del Convenio no pueden leerse en un vacío, sino teniendo en cuenta que cada artículo debe ser coherente con su marco de referencia general, a lo que añadió que el texto debe leerse como un todo para que pueda definirse adecuadamente el objeto y propósito de cada precepto. Aplicando esta idea general al caso concreto, el TEDH precisó que la ausencia de referencia al tráfico de seres humanos en el artículo 4 no resulta sorprendente si se contextualiza en el momento de su elaboración y los antecedentes en los que se basó, pero dada la proliferación de esta práctica y de las medidas internacionales adoptadas para combatirlo, resulta apropiado examinar si se puede considerar que ésta incluida en el espíritu y propósito de este proyecto”. Cfr. GILES (2014), pp. 198-199.

⁸⁰¹ Cfr. STEDH (2012). C.N. con Reino Unido, párrs. 70-82.

⁸⁰² Cfr. RYAN y MANTOUVALOU (2014), pp. 207-208.

que hemos revisado, ya que luego de caracterizar su especial vulnerabilidad, decide que requieren de una protección reforzada. Sin embargo, el acento por parte del TEDH ha estado puesto en las condiciones materiales de los migrantes como fuente de discriminación, incorporando en algunos casos los aspectos culturales y sus implicancias en las diferencias de trato y falta de reconocimiento. Así, al realizar una interpretación contextualizada y flexible, que busca la efectiva realización de los derechos consagrados en el CEDH y que incorpora algunos aspectos culturales de las personas migrantes, podemos concluir que la óptica del TEDH en este tipo de casos se acerca más a los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural que en los otros casos de tipo multicultural que hemos revisado.

2.8. JURISPRUDENCIA RELATIVA A PUEBLOS INDÍGENAS EN EUROPA

Tal como señalábamos en el capítulo primero (punto 1.5.1) cuando caracterizaba en términos generales las fuentes del multiculturalismo en Europa, en el informe sobre el “estado de los pueblos indígenas en el mundo” de la ONU del año 2010, junto con evidenciar las características comunes que comparten los pueblos indígenas en el mundo⁸⁰³, realizó una caracterización de los pueblos indígenas que habitan en el continente europeo⁸⁰⁴, en el que se destaca la presencia del pueblo Saami en Suecia, Noruega, Finlandia y Rusia⁸⁰⁵; los pueblos indígenas que habitan en Rusia⁸⁰⁶; y, la del pueblo Sorbs en Alemania.⁸⁰⁷

Sin embargo, el concepto de "pueblos indígenas" rara vez se utiliza con respecto a los habitantes originales de ciertos territorios de Europa que, en una etapa de la historia, fueron invadidos, beligerante o pacíficamente, por grupos de diferentes orígenes étnicos cuyos descendientes constituyen actualmente la población mayoritaria política, económica y culturalmente dominante de los respectivos territorios⁸⁰⁸. Asimismo, el reconocimiento de los derechos de los pueblos

⁸⁰³ Cfr. ONU (2009). *State of the World's indigenous peoples*.

⁸⁰⁴ Ibid., pp. 32-34.

⁸⁰⁵ Sobre la situación del pueblo Saami, véase: CARSTENS (2016), pp. 75-116.

⁸⁰⁶ Sobre la situación de los pueblos indígenas en Rusia, véase: IWGIA (2016), pp. 42-51.

⁸⁰⁷ Al respecto, véase: GROTE (2007), pp. 426-427.

⁸⁰⁸ Cfr. Ibid., p. 425.

indígenas que habitan en Europa no ha sido una preocupación relevante en el debate público y académico.⁸⁰⁹

Las razones para ello, según Grote, se deben al hecho de que las reivindicaciones de los pueblos indígenas en Europa implican el reconocimiento de derechos colectivos y el foco del debate legal en dicho continente ha estado situado en la protección de los derechos individuales y después de la caída del muro de Berlín en los derechos individuales de minorías nacionales⁸¹⁰. Por su parte, Koivurova destaca el hecho de que los pueblos indígenas que habitan Europa se encuentran en los bordes de la misma (en el caso del pueblo Saami) y son muy pequeños en cuanto a número, lo que justificaría la escasa atención que se ha prestado a sus temas. Además, considera que el hecho de que los pueblos indígenas que habitan en Rusia son difícilmente entendidos como europeos ya que incluso los habitantes de Rusia tienen dificultades para un reconocimiento cultural de “europeos”.⁸¹¹

Con lo anterior como telón de fondo no resulta extraño que la jurisprudencia del TEDH y de la ECHR sea escasa y que en ninguno de los casos que ambos órganos del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos han conocido se hayan acogido las pretensiones que los pueblos indígenas han sometido a su conocimiento.⁸¹²

Así, en orden cronológico, la ECHR conoció los siguientes casos: 1) G. and E. con Noruega (1983); 2) Kõnkäma y otros 38 comuneros Saami con Suecia (1996); 3) Halvar From con Suecia (1998). Por su parte, el TEDH ha conocido los siguientes casos: 1) Noack y otros con Alemania (2000); 2) Sappmelacat y otros con Finlandia (2005); 3) Hinqitaq y otros 33 con Dinamarca (2006); 4) Handölsdalen y otros comuneros Saami con Suecia (2010); 5) Chagos islanders con Reino Unido (2012).

La jurisprudencia señalada en el párrafo anterior, siguiendo la sistematización realizada por Koivurova⁸¹³, la podemos agrupar en los siguientes temas: 1) Vida tradicional de los pueblos

⁸⁰⁹ Cfr. KOIVUROVA (2011), pp. 28-30.

⁸¹⁰ Cfr. GROTE (2007), p. 425.

⁸¹¹ Cfr. KOIVUROVA (2011), p. 29.

⁸¹² Cfr. Ibid., pp. 28-36.

⁸¹³ Cfr. KOIVUROVA (2011), pp. 9-24.

indígenas versus actividades modernas; 2) Protección de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas; 3) Relocalización de pueblos indígenas.

2.8.1. Vida tradicional de los pueblos indígenas versus actividades económicas

En este tipo se enmarca el caso del pueblo Saami por la construcción de la represa “Alta” en parte de su territorio ancestral, denominado “G. and E. con Noruega” y que fue resuelto por la ECHR en 1983. El presente caso, también conocido como el “caso Alta”, se originó después de que el Parlamento noruego autorizara al Gobierno la construcción de una represa en el valle “Alta” el que junto con inundar una gran parte del valle, lo intervino para la construcción de la infraestructura necesaria para su operación (camino, tendido eléctrico, entre otros). En el valle de “Alta” el pueblo Saami practicaba el pastoreo de renos, la caza y la pesca, las que eran sus ocupaciones tradicionales en el valle del cual se consideraban propietarios originales. Así, el pueblo Saami, mediante una serie de protestas buscaron entorpecer la construcción de la represa, lo que no lograron y fueron multados por no tener autorización para ello.

Debido a lo anterior, representantes del pueblo Saami recurrieron a la ECHR alegando violación a: 1) su derecho a la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH), el que habría sido denegado por no permitirles continuar con las protestas en contra de la instalación de la represa; 2) su derecho a disfrutar de sus posesiones, en los términos garantizados en el artículo 1 del Protocolo Adicional N° 1 del CEDH, ya que se consideraban los propietarios originales de los territorios inundados por la represa; 3) su derecho a no ser discriminados y el respeto a su vida privada y familiar (artículos 14 y 8, respectivamente, del CEDH) lo que ocurriría al no poder ejercer sus prácticas tradicionales en sus territorios.

La ECHR denegó la admisibilidad de la petición realizada por el pueblo Saami, ya que consideró que: 1) el área inundada por la represa era muy pequeña para que las actividades señaladas por el pueblo Saami que debían ser protegidas fueran efectivamente dañadas; 2) no consideró las actividades de pastoreo de renos, caza y pesca, como algo que afectara la identidad en

los terminos del derecho a la vida privada y familiar, ya que estima que dichas actividades son de tipo comercial y deben ser vistas en esos terminos.⁸¹⁴

Las conclusiones a las que arribó la ECHR en este caso dan cuenta de una óptica anclada en los presupuestos teóricos del liberalismo clásico, en el que no se tiene en consideración el valor que tiene la cultura para una configuración especial de los derechos humanos y, en éste caso, para otorgar una protección especial al pueblo Saami. Como veremos en contraste con los casos sobre pueblos indígenas que ha resuelto la Corte IDH, el Sistema europeo de protección de los derechos humanos no ha reconocido derechos especiales a los pueblos indígenas y revisa sus casos sin tomar atención a sus particularidades culturales.

2.8.2. Protección de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas

Dentro de este grupo encontramos los siguientes casos: 1) Kōnkāma y otros 38 comuneros Saami con Suecia (1996); 2) Sappmelaccat y otros con Finlandia (2005); 3) Halvar From con Suecia (1998); 4) Handölsdalen y otros comuneros Saami con Suecia (2010).

Los casos de “Kōnkāma y otros 38 comuneros Saami con Suecia” y “Sappmelaccat y otros con Finlandia” dicen relación con la pretensión del pueblo Saami de dejar sin efecto leyes dictadas en Suecia y Finlandia que ampliaban el derecho a cazar y pescar a la población en general en territorios que anteriormente sólo usaban los miembros del pueblo Saami para ello. En ambos casos representantes del pueblo Saami recurrieron a la ECHR debido a que el Gobierno sueco y finlandés, respectivamente, aprobaron una ley que permitía la caza y la pesca a la población en general dentro de un área en la que, previamente, sólo era utilizada para ello por el pueblo Saami, quienes, reclamaron como una disminución arbitraria de su uso inmemorial del derecho a la caza y la pesca como una practica tradicional ligada a su identidad. Así, los recurrentes del Pueblo Saami señalaron que la ampliación realizada por ley del permiso a la caza y pesca en el área que

⁸¹⁴ Al respecto, véase: ECHR (1983). Caso G. and. E. con Noruega. Analizando el presente caso Koivurova sostiene que el TEDH no consideró como parte de su argumentación el derecho internacional de los pueblos indígenas, en particular el artículo 6.1 del Convenio N° 169 de la OIT que regula el derecho a la consulta indígena; y, el artículo 32.2 de la DNUPI. Sin perjuicio de compartir la crítica señalada, me parece que esta sólo es posible de hacer en retrospectiva, ya que al momento del fallo ninguno de los instrumentos jurídicos internacionales citados se encontraban vigentes. Cfr. KOIVUROVA (2011), pp. 10–13.

antes sólo utilizaban ellos vulneraba su derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo Adicional N°1) y era una discriminación en relación con el resto de la población ya que permitía que otros obtuvieran una licencia de caza o pesca en territorio que ellos consideran que es de su propiedad. La ECHR, desestimó ambos casos, básicamente, debido a que consideró que esto debían ser resueltos por el sistema nacional y constató que el pueblo Saami había tenido acceso a un debido proceso en los dos países.⁸¹⁵

En el caso “Halvar From con Suecia” la ECHR resolvió una disputa entre un propietario sueco y dicho Gobierno. El Sr. Halvar From reclamó de la autorización que le dieron las autoridades suecas a miembros del pueblo Saami para que pudieran cazar y realizar el pastoreo de renos en la propiedad del Sr. Halvar From. La autorización se basó en el “interés general” que existe de proteger la práctica de la caza y el pastoreo de renos como una expresión de la forma de vida y la cultura de los miembros del pueblo Saami y que se encontraría protegido por el artículo 8 del CEDH. Para la ECHR, el interés general en este caso se encontraría acreditado, desestimando la aplicación del Sr. Halvar From. Sin embargo, la ECHR si consideró que dichas prácticas forman parte de la forma de vida y la cultura de los miembros del pueblo Saami, lo que supone una diferencia sustancial con la señalado por la ECHR en el caso *Könkämä*.⁸¹⁶

Por su parte, el caso “*Handölsdalen y otros comuneros Saami con Suecia*” comenzó como una disputa entre propietarios privados y comuneros Saami en 1990 por el derecho al pastoreo de renos en una zona en la que ambos reclamaban propiedad. La Corte Suprema de Suecia falló el caso en el 2004 concediéndole el derecho a los propietarios privados, por lo que los comuneros Saami reclamaron ante el TEDH, alegando la violación (entre otros) del artículo 1 del Protocolo Adicional N° 1 y del artículo 6.1 del CEDH. Así, el TEDH acogió el reclamo de los comuneros Saami, sólo en cuanto a la violación del artículo 6.1. del CEDH en lo relativo a la demora en el acceso a la justicia en sede nacional.⁸¹⁷

⁸¹⁵ Al respecto, véase: 1) ECHR (1996). *Könkämä y otros 38 comuneros Saami con Suecia*; 2) Al respecto, véase: TEDH (2005). *Sapmelacat y otros comuneros con Finlandia*.

⁸¹⁶ Al respecto, véase: ECHR (1998). *Halvar From con Suecia*.

⁸¹⁷ Al respecto, véase: TEDH (2010). *Handölsdalen y otros comuneros Saami con Suecia*. Sobre la demora en el acceso a la justicia o el “plazo razonable”, en cuanto a su contenido y jurisprudencia en el TEDH, véase: SALADO (2014b), pp. 229-249.

Es importante considerar que en el caso “Handölsdalen y otros comuneros Saami con Suecia” el fallo contó con el voto parcialmente disidente de la Jueza Ziemele quien consideró que junto con el retardo en el acceso a la justicia en sede nacional, Suecia violó el CEDH en su artículo 6.1 debido a que no garantizó el acceso a la justicia porque el pueblo Saami recibió un tratamiento procesal inquietativo y Suecia no tomó medidas especiales para eliminar las barreras procesales que hubieran permitido un tratamiento igualitario en el acceso a la justicia. En ese sentido la Jueza Ziemele, citando tanto el Convenio N° 169 como la DNUPI, y considerando lo señalado por el CtERD al respecto, señaló que: “The Court has explained its approach, as cited in paragraph 51, as concerns effective access to court. The standard is that parties are afforded a reasonable opportunity to present their case under conditions that do not place them at a substantial disadvantage with respect to the adversary. In cases where one party by definition is disadvantaged, proper access to court is ensured by adopting such procedures and safeguards as indeed enable that party to enjoy the same opportunities. This is what the C[t]ERD meant when criticizing the fact that the burden of proving the right rests exclusively with the Sami, because the whole system presumes that the landowners have the right and they do not have to prove anything. There is therefore no doubt in my mind that the applicants' access to court was not effective. It could not be effective until and unless the entire approach to land disputes of this kind is revised to take account of the rights and particular circumstances of indigenous peoples. The excessive legal costs and the fact that the applicants had to borrow money from their own Fund are elements of the overall unfairness”.⁸¹⁸

A pesar de que el voto disidente de la Jueza Ziemele es tímido en el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas, ya que se basa en las dificultades procesales para el acceso a la justicia, es relevante porque toma en consideración el contexto y desde ahí analiza el derecho de acceso a la justicia. La jueza considera que los pueblos indígenas se encuentran en una posición más vulnerable que otros miembros de la sociedad, por lo que al momento de razonar sobre su acceso a la justicia se debe tener en consideración tal vulnerabilidad para lograr una efectiva aplicación del derecho. Este tipo de razonamiento al realizar una interpretación contextualizada de

⁸¹⁸ Al respecto, véase: TEDH (2010). Handölsdalen y otros comuneros Saami con Suecia. Voto parcialmente disidente Jueza Ziemele.

los derechos humanos se abre a incorporar elementos que hemos caracterizado que forman parte de la óptica liberal multicultural para el análisis de este tipo de casos.

2.8.3. Relocalización de pueblos indígenas

El TEDH ha conocido tres casos sobre relocalización de pueblos indígenas, que son los siguientes: 1) Noack y otros con Alemania (2000); 2) Hinquitaq y otros 33 con Dinamarca (2006); 3) Chagos islanders con Reino Unido (2012).

El caso “Noack y otros con Alemania” se trata del pueblo Sorbian, el que tiene su propia cultura e idioma y su caso ante el TEDH es considerado el primer caso de relocalización de un pueblo indígena en Europa. En el caso, miembros del pueblo Sorbian alegaron violación a una serie de artículos del CEDH por la relocalización que sufrió el pueblo debido a la ampliación de una mina de lignito. El foco del caso estuvo dado por la protección a la forma de vida y vida familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH. Para el TEDH no hubo violación al artículo 8 del CEDH, ya que la interferencia a dicho artículo fue proporcionada y tuvo un interés legítimo. Asimismo, para el TEDH fue fundamental que el Gobierno realizara una consulta y que la mayoría de los miembros del pueblo Sorbian estuvieran de acuerdo con la relocalización.⁸¹⁹

Para Gaetano Pentassuglia el hecho de que el Gobierno Alemán hubiera realizado una consulta da cuenta de la perspectiva procedimental y mínima que utiliza el TEDH en asuntos en los que se ven involucrados grupos culturales o pueblos indígenas como el presente caso. Así, para el TEDH anclado en el principio de subsidiariedad, le es suficiente el hecho de que la decisión de relocalización hubiera sido consultada, ya que con ello se cumple con la idea de que los grupos culturales participen en el proceso de deliberación política, lo que resulta relevante al momento de ponderar los hechos y resolver el caso.⁸²⁰ Como podremos apreciar luego, la Corte IDH en los casos de relocalización de pueblos indígenas utiliza un criterio más exigente de protección y su interpretación no se ancla en el principio de subsidiariedad sino más bien en el de la efectiva protección de los derechos. Esa forma de interpretar los derechos de los pueblos indígenas en casos

⁸¹⁹ Al respecto, véase: TEDH (2000). Noack y otros comuneros con Alemania.

⁸²⁰ Cfr. PENTASSUGLIA (2009), pp. 212-213.

de relocalización es coherente con el derecho establecido en el artículo 16 Convenio N° 169⁸²¹ y reforzado en la DNUPI.⁸²²

En el caso “Hinqitaq y otros 53 comuneros con Dinamarca” representantes del pueblo Thule recurrieron al TEDH debido a que el Gobierno danés autorizó la instalación de una base militar del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (1951) en un área en la que el pueblo Thule realizaba tradicionalmente la caza para su subsistencia. Pese a que el pueblo Thule había obtenido una compensación económica en la Corte Suprema de Dinamarca, por aplicación del Convenio N° 169 de la OIT, recurrió al TEDH alegando la violación del artículo 1 del Protocolo Adicional N° 1 debido a que los privaron del uso y goce de su territorio ancestral. Para el TEDH no hubo violación del CEDH, ya que los tribunales nacionales respetaron el debido proceso y acogieron en parte el reclamo del pueblo Thule.⁸²³

Finalmente, el caso “Chagos islanders con Reino Unido” se basa en la petición realizada por los miembros del pueblo indígena que habita en las Islas Chagos. Las Islas Chagos se encuentran en medio del Océano Índico, constituidas por tres grupos principales de islas (Diego García el más grande con una superficie de unos 30 km², Peros de unos 13 km² y Salomón de unos 5 km²) y constan de 65 islas en total. Desde el siglo XIX han sido parte de una colonia del Reino Unido.

⁸²¹ Al respecto, el artículo 16 del Convenio N° 169 señala que: “1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan; 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados; 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causas que motivaron su traslado y reubicación; 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas; 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento”.

⁸²² Al respecto, el artículo 10 de la DNUPI señala que: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

⁸²³ Al respecto, véase: TEDH (2006). Hinqitaq y otros 33 con Dinamarca. Para una crítica a la decisión del TEDH, véase: EIDE (2006), p. 179.

Hasta el 8 de noviembre de 1965 fueron administrados como parte de la colonia de Mauricio, que está a unos 1.200 millas al sur-suroeste. En dichas islas el gobierno del Reino Unido suscribió un acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica para la instalación de una base militar (1966), lo que significaba el desplazamiento de los miembros del pueblo indígena de las Islas. El caso fue rechazado por el TEDH debido a que no se acreditó el requisito establecido en el artículo 35.1 del CEDH esto es que se hubieran agotado los procedimientos internos.⁸²⁴

2.9. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En el presente capítulo junto con dar cuenta de la jurisprudencia multicultural que ha resuelto el TEDH he intentado demostrar que su óptica para abordar dichos casos se encuentra anclada en los presupuestos teóricos del liberalismo clásico y sólo en algunos tópicos se abre a considerar las herramientas que plantea el liberalismo multicultural para la interpretación de los derechos humanos en contextos multiculturales⁸²⁵. Lo anterior resulta paradójico, ya que por un lado el TEDH ha dado preeminencia a los derechos individuales y ha tratado de resolver sus causas sin recurrir a las características particulares que se pueden derivar de las diferencias culturales que existen al interior de las sociedades, sin embargo, por el otro lado ha dado una amplia aplicación a la doctrina del margen de apreciación permitiendo particularismos culturales por sobre una interpretación con fines universales de los derechos que establece el CEDH. Es decir, para permitir restricciones a los derechos establecidos en el CEDH y convalidar la actuación estatal el TEDH se ha valido de la doctrina del margen de apreciación, permitiendo que prácticas culturales de la sociedad hegemónica puedan restringir los derechos individuales de miembros de culturas que se encuentran en desventaja al interior de la sociedad y sin representación necesaria en la deliberación política nacional. Esto lo podemos apreciar con claridad en los casos relacionados con el uso de símbolos religiosos en el espacio público, en particular en el caso S.A.S con Francia.⁸²⁶

⁸²⁴ Al respecto, véase: TEDH (2012). Chagos islanders con Reino Unido.

⁸²⁵ Por ejemplo, en la jurisprudencia relativa a derechos culturales en el marco del derecho a la vida privada y familiar (2.4.1) el TEDH reconoció la importancia del contexto cultural y la grave situación en la que se encuentra, entre otros, el pueblo gitano, reconociendo una incipiente interpretación contextualizada de los derechos humanos. Sin embargo, tanto en los casos de expulsión de caravanas gitanas como el caso Aksu con Turquía, el TEDH no dio un paso más y aplicó el margen de apreciación a favor de los Estado respectivos.

⁸²⁶ Véase el apartado 2.6 (2.6.1) del presente capítulo.

Lo anterior no implica que las minorías nacionales, culturales y religiosas se encuentren desprovistas de protección al interior de Europa, por el contrario, catalogar la óptica a través de la cual el TEDH resuelve los casos multiculturales nos sirve para identificar los límites teóricos y las herramientas prácticas que utiliza para lograr la efectividad de los derechos del CEDH. En ese sentido, el TEDH tiene como principal esfera de protección la idea que el pluralismo es uno de los valores que se encuentra protegido por CEDH. Así, puede evaluar las prácticas estatales o societales combinando la protección al pluralismo y el principio de no discriminación. En términos prácticos con dicha herramienta argumentativa el TEDH ha podido proteger los derechos de asociación y libertad de expresión de minorías culturales, nacionales y religiosas en el espacio europeo. De igual forma, para el TEDH la restricción de los derechos que establece el CEDH debe cumplir, en principio, el criterio de necesidad y proporcionalidad. Esto se puede apreciar con claridad en los casos de disolución de los partidos políticos de minorías nacionales o las prohibiciones a la libertad de reunión. Sin embargo, lamentablemente, incluso estos criterios han sido distorcidos con un uso errático por parte del TEDH de la doctrina del margen de apreciación, tal y como ocurrió en el caso del Refah Partisi con Turquía.⁸²⁷

De la revisión jurisprudencial, pese al alto grado de casuística y el reiterado énfasis en las facultades de los Estados en el control y permanencia de los extranjeros en el territorio de los países miembros del CDE, el TEDH ha generado una jurisprudencia contundente en la protección de los derechos de los migrantes y ha sido audaz en la extensión de los mismos, como demuestran las sentencias relacionadas con los derechos sociales de los migrantes⁸²⁸. Da la impresión, que a diferencia del resto de los casos de tipo multicultural, el TEDH sí ha considerado el contexto de vulneración y fragilidad en el que se encuentran los migrantes y ha otorgado una amplia protección a sus derechos, poniendo la carga de la prueba en los Estados e interpretando de forma flexible los derechos establecidos en el CEDH⁸²⁹. Sin embargo, es importante señalar que la protección que

⁸²⁷ Véase el apartado 2.3 del presente capítulo.

⁸²⁸ Véase el apartado 2.7 (2.7.6) del presente capítulo.

⁸²⁹ En este sentido, el caso “Hirsi Jamaa y otros con Italia” es un claro ejemplo de la flexibilidad con la que el TEDH interpretó las disposiciones del CEDH, en particular la garantía establecida en el artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4. Véase el apartado 2.7 (2.7.5) del presente capítulo.

ha entregado el TEDH ha sido de forma individual y, en general⁸³⁰, sin considerar los aspectos culturales de los migrantes o a estos como un grupo cultural propiamente tal.

En contraste con lo anterior, hemos podido apreciar que el TEDH no ha acogido ninguna de las causas que han involucrado a los pueblos indígenas que habitan el espacio europeo. En ese sentido, todas las causas las ha procesado bajo una óptica individualista, sin abrirse a una interpretación contextualizada de los derechos que se encuentran en juego y a las características especiales que tienen los pueblos indígenas en el mundo, esto es una situación generalizada de desprotección, pobreza, exclusión y menosprecio cultural. Para Grote, opinión que comparto, no es extraño que las instituciones europeas hayan tenido dificultad para tomar en consideración las demandas de los pueblos indígenas de Europa, debido a que el foco del debate legal en el continente europeo ha estado situado en la protección de los derechos individuales, mientras que las pretensiones de los pueblos indígenas ponen en el centro los que consideran como sus derechos colectivos o de grupo.⁸³¹

⁸³⁰ El TEDH ha considerado aspectos culturales de los migrantes en la determinación de conceptos como familia y vida familiar, tal y como señalé en el apartado 2.7.4. del presente capítulo.

⁸³¹ Cfr. GROTE (2007), p. 425.

CAPÍTULO III: JURISPRUDENCIA SOBRE MULTICULTURALIDAD DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de los siete apartados del presente capítulo analizaré la jurisprudencia multicultural de la Corte IDH, tanto de su fuente indígena como migratoria. Para ello, en primer lugar, revisaré, descriptivamente, los aspectos generales sobre el funcionamiento de la Corte IDH y la CIDH como parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En segundo lugar, revisaré la amplia jurisprudencia de la Corte IDH sobre derechos territoriales de los pueblos indígenas. Me centraré en la tensión que ha producido la emergencia indígena en las Américas y su relación con el modelo de desarrollo que han tenido en las últimas tres décadas los Estados que componen el SIDH.

En tercer lugar, analizaré y conceptualizaré la jurisprudencia de la Corte IDH que ha recaído sobre lo que he identificado como derechos de grupo. Aquí, el apartado se divide en lo que la CIDH ha determinado al respecto y el desarrollo que ha tenido el concepto en la jurisprudencia de la Corte IDH. Para ello, revisaré con mayor detenimiento la jurisprudencia de la Corte IDH sobre dos casos relevantes (Comunidad Indígena Xákmok Kásek y del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku), para finalizar con algunas consideraciones sobre las nuevas perspectivas para los derechos de los grupos en el SIDH.

Luego, en cuarto lugar, revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH que ha recaído sobre aspectos culturales, en casos multiculturales de fuente indígena. En este punto, divido la jurisprudencia de la Corte IDH en los siguientes tópicos: 1) aspectos culturales que se derivan del contenido del derecho a la vida; 2) aspectos culturales que se derivan del contenido del derecho a las garantías judiciales; 3) aspectos culturales que se derivan del contenido del derecho de propiedad comunal indígena; 4) aspectos culturales que se derivan del contenido del derecho a la protección de la familia; 5) aspectos culturales que se derivan del contenido de los derechos de la niñez; 6) aspectos culturales que se derivan del contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; 7) aspectos culturales contenidos en las medidas de reparación.

En quinto lugar, analizaré la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a la representación política en contextos multiculturales. Para ello, revisaré el caso Yatama con Nicaragua (2005) y la jurisprudencia de la Corte IDH posterior a dicho caso.

En sexto lugar, daré cuenta de la jurisprudencia de la Corte IDH que ha recaído sobre los derechos de los migrantes. Para ello, primero, analizaré las opiniones consultivas de la Corte IDH. Luego, como segundo aspecto, revisaré, con mayor detalle, el caso que ha cristalizado la jurisprudencia de la Corte IDH al respecto, esto es el caso de las “personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana” del año 2014. Finalmente, entregaré algunas consideraciones sobre la utilización de la doctrina del margen de apreciación en este tipo de casos por parte de la Corte IDH.

Terminaré el presente capítulo realizando un resumen analítico de la jurisprudencia revisada, considerando los parámetros jurisprudenciales y la óptica que utiliza la Corte IDH para la resolución de este tipo de casos.

3.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El SIDH⁸³² funciona en el marco de la OEA. Los órganos que componen el Sistema Interamericano son la CIDH y la Corte IDH. La OEA, se encuentra compuesta por todos los Estados del Continente⁸³³, sin embargo, no todos han reconocido competencia a la Corte IDH.⁸³⁴

⁸³² Sobre el SIDH, en cuanto a su evolución, fuentes, competencias y demás aspectos institucionales y procesales, consultar: FAÚNDES (2004); VENTURA (2011).

⁸³³ Los 35 países independientes de América son miembros de la OEA: Antigua y Barbuda, República Argentina, Mancomunidad de las Bahamas, Barbados, Belice, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa de Brasil, Canadá, República de Chile, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Cuba, Mancomunidad de Dominica, República de Ecuador, República de El Salvador, Estado Unidos de América, Grenada, República de Guatemala, República Cooperativa de Guyana, República de Haití, República de Honduras, Jamaica, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República de Panamá, República de Paraguay, República del Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Federación de San Cristóbal y Nieves, República del Surinam, República de Trinidad y Tobago, República de Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela.

⁸³⁴ A la fecha, veinticinco países de América han ratificado o se han adherido a la CADH y por ende reconocido competencia a la Corte IDH. Ellos son: República Argentina, Barbados, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa de Brasil, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Chile, Mancomunidad de Dominica, República de Ecuador, República de El Salvador, Grenada, República de Guatemala, República de Haití, República de Honduras, Jamaica, Estados Unidos Mexicanos, República de Nicaragua, República Panamá, República de Paraguay, República del Perú, República Dominicana, República del Surinam, República de Trinidad y Tobago,

Los principales instrumentos jurídicos del SIDH, son: 1) La Carta de la OEA, de 1967 y reformada en 1985, 1992 y 1993⁸³⁵; 2) La DADDH, de 1948⁸³⁶; 3) La CADH, de 1969.⁸³⁷

La CADH es un tratado internacional que vincula a los Estados parte. En ella se establecen las obligaciones generales para los Estados en materia de Derechos Humanos (catálogo de derechos y libertades) y los órganos de protección de este (CIDH y Corte IDH)⁸³⁸. Los instrumentos jurídicos del SIDH, se pueden clasificar de la siguiente forma: 1) De alcance general⁸³⁹; 2) Relacionados en especial con los derechos civiles y políticos⁸⁴⁰; 3) Instrumentos de protección de los derechos de las mujeres⁸⁴¹; 4) Instrumentos de protección de los derechos de los niños⁸⁴²; 5) Instrumentos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁴³

República de Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela. Trinidad y Tobago denunció la CADH, por comunicación dirigida al Secretario General de la OEA, el 26 de mayo de 1998. De igual forma, la República Bolivariana de Venezuela, el 6 de septiembre de 2012, denunció la CADH.

⁸³⁵ En su artículo 3, letra 1), establece como uno de sus principios: “los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. Además, en su artículo 106, establece la creación de la CIDH, la que tiene por: “función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”.

⁸³⁶ En un comienzo fue una manifestación de aspiraciones de los Estados Americanos, la que se ha transformado en un texto normativo, debido a las reformas que ha sufrido la Carta de la OEA. Héctor Faúndes, señala que dentro del SIDH, conviven dos subsistemas. El primero conformado por la Carta de la OEA y la DADDH, cuyo órgano de protección sería la CIDH. El segundo derivado de la CADH, que sería el sistema completo cuyos órganos de protección serían tanto la CIDH como la Corte IDH. Al respecto ver: FAÚNDES (2004) pp. 25-53.

⁸³⁷ Para un estudio panorámico de la CADH véase: MEDINA (2016).

⁸³⁸ Sobre las obligaciones que asumen los Estados y el Sistema de Protección de los Derechos Humanos, creado por la CADH, ver: *Ibíd.*, pp. 53-95. Asimismo, véase: CIDH (1969). *Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos.*

⁸³⁹ 1) DADDH de 1948; 2) CADH, de 1969; 3) Carta de la OEA, de 1967 y reformada en 1985, 1992 y 1993; 4) Carta Democrática Interamericana, de 2001; 5) Estatuto de la CIDH, de 1979 y su Reglamento vigente, cuya última modificación es de 2011; 6) Estatuto de la Corte IDH, de 1979 y su Reglamento vigente, cuya última modificación es 2009.

⁸⁴⁰ 1) Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 1985; 2) Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, de 1994; 3) El Protocolo Adicional a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 1990; 4) La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, de 1999; 5) Declaración de principios sobre libertad de expresión, del 2000.

⁸⁴¹ 1) Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, de 1928; 2) Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, de 1928; 3) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – Convención de Belém Do Pará, de 1994.

⁸⁴² 1) Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, de 1989; 2) La Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, de 1989; 3) La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, de 1984; 4) La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores, de 1994.

⁸⁴³ 1) Protocolo adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1988; 2) Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe, de 1998.

Además, hay que señalar que los órganos del SIDH, en virtud del artículo 29 de la CADH⁸⁴⁴, para resolver los conflictos en los que se encuentran involucrados indígenas o pueblos indígenas, han ocupado otros instrumentos jurídicos internacionales y la legislación nacional de países parte del sistema⁸⁴⁵. A través de este mecanismo, los instrumentos internacionales que integran el sistema, junto a los ya mencionados, son: 1) La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007; 2) El Convenio N° 169 de la OIT; 3) Las interpretaciones efectuadas por el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas.⁸⁴⁶

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, creado para promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la misma. Además, es un órgano de la Carta de la OEA, por lo cual, tiene atribuciones tanto respecto de los Estados partes de la CADH, como de los miembros de la OEA que no son parte de la CADH. El artículo 41 de la CADH señala que la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región.

⁸⁴⁴ El artículo 29 de la CADH preceptúa la forma de interpretación de sus normas, disponiendo que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y; d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. En base a éste artículo, los órganos del SIDH establecen la conexión con otros instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, integrando el sistema americano.

⁸⁴⁵ Al respecto la CIDH señala que: “La CIDH y la Corte han recurrido a los desarrollos constitucionales y legislativos de países específicos, porque “el derecho de propiedad consagrado en la Convención Americana no puede interpretarse aisladamente, sino que debe hacerse tomando en cuenta el conjunto del sistema jurídico en el que opera, considerando tanto el derecho nacional como el internacional, en virtud del artículo 29 de la Convención”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el “Artículo 29.b de la Convención (...) prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado”. En consecuencia, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales”. En: CIDH (2010). *Informe Temático, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, p. 9.

⁸⁴⁶ Al respecto ver: CIDH (2010). *Informe Temático, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*, pp. 8-9.

La Corte IDH es una institución judicial autónoma que ejerce jurisdicción bajo los principios de subsidiariedad, coadyuvancia y complementariedad de la jurisdicción interna de los Estados parte de la CADH⁸⁴⁷. El objetivo de la Corte IDH es aplicar e interpretar la CADH, resolviendo casos contenciosos sobre presunta violación a los derechos establecidos en la CADH que hubiere cometido un Estado parte. Hay autores que señalan que la Corte IDH, no es un órgano de la OEA, sino que de la CADH, sin embargo, la opinión mayoritaria señala que sería parte de la OEA.⁸⁴⁸

El acceso al SIDH se estructura en base a una serie de reglas de competencia (*ratione materiae*⁸⁴⁹, *ratione temporis*⁸⁵⁰, *ratione loci*⁸⁵¹ y *ratione personae*⁸⁵²), que determinan si la CIDH y la Corte IDH son competentes para conocer del asunto que se somete a su juicio⁸⁵³. La CIDH realiza la evaluación de los criterios mencionados, en un procedimiento que contempla cuatro etapas sucesivas: 1) revisión inicial; 2) Admisibilidad; 3) Fondo; 4) Sometimiento del caso a la Corte IDH.⁸⁵⁴

⁸⁴⁷ Sobre la subsidiariedad y el control de convencionalidad, véase: AYALA (2012). Asimismo, véase: STEINER Y URIBE (2014), pp. 2-17.

⁸⁴⁸ Al respecto ver: FAÚNDES (2004), pp. 53-95.

⁸⁴⁹ Se analiza si la petición se refiere a Derechos Humanos que se encuentren amparados por la CADH. Además, para el caso de la CIDH, en conformidad al artículo 23 de su Reglamento, la petición puede ser referente a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la DADDH, la CADH, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo de la CADH Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

⁸⁵⁰ Se analiza en atención al momento en que se produce la vulneración de Derechos Humanos, la que debe haber ocurrido con posterioridad a que la CADH haya entrado en vigor para el Estado denunciado y que es parte del sistema.

⁸⁵¹ Se refiere a que la vulneración que es objeto de la denuncia debe haber ocurrido dentro del territorio de alguno de los Estados parte para los que la CADH se encuentra vigente.

⁸⁵² Dice relación con las personas que se encuentran legitimadas para recurrir, entendiéndose por tal, cualquier individuo o persona natural que se encuentre en territorio de un Estado parte de la CADH.

⁸⁵³ Al respecto ver: MEDINA Y NASH (2007), pp. 53-93.

⁸⁵⁴ Las etapas se encuentran establecidas en el Reglamento de la CIDH, en el Título II “Procedimiento”, Capítulo II denominado “Peticiones referentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables” y específicamente del artículo 26 al 50. La primera etapa (artículos 26 a 29 del Reglamento), es realizada por la Secretaría Ejecutiva y busca determinar si las peticiones que ingresan al sistema cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 28 del Reglamento (a. correcta individualización de la presunta víctima y Estado; b. relación de hechos; c. indicación de los derechos de la Convención presuntamente transgredidos por el Estado; d. cumplimiento del plazo de presentación; e. gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento; f. indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional). Una vez que la Secretaría Ejecutiva establece que la petición cumple con los requisitos establecidos en el artículo 28 del Reglamento, se abre la fase de admisibilidad (artículos 30 a 36), en la cual se coloca en conocimiento del Estado la petición realizada y se le otorga un plazo para que responda sobre el contenido de la misma. La fase de admisibilidad termina con un informe, que establece la admisibilidad o

Es importante para el análisis que realizaré posteriormente, mencionar que las peticiones individuales ante la CIDH pueden presentarse por personas distintas a las víctimas, incluidos grupos u organizaciones, con o sin el conocimiento o consentimiento de las propias víctimas. Ello por aplicación del artículo 44 de la CADH y 23 del Reglamento de la Comisión. En cuanto a su naturaleza, se le ha entendido como una acción popular, ya que permite que terceras personas, distintas de la víctima, actúen ante la CIDH, iniciando el mecanismo de peticiones individuales sin que sea necesario la intervención de la víctima⁸⁵⁵. Sólo los Estados y la CIDH tienen la competencia para presentar casos para el conocimiento de la Corte IDH⁸⁵⁶, en virtud del artículo 61.1 de la CADH⁸⁵⁷. Sin embargo, la Corte IDH ha sido más estricta a la hora de interpretar la CADH en lo que se refiere a la conceptualización de víctima dentro del sistema que la CIDH.

inadmisibilidad de la petición. En el evento de que sea declarada admisible, es registrada como “caso”. Los informes de admisibilidad e inadmisibilidad, son públicos y se incluyen en el informe anual que entrega la CIDH a la Asamblea General de la OEA. Si la petición es declarada admisible, comienza la etapa de “fondo”, la que culmina con un “informe sobre el fondo”. En el caso que el informe establezca una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. Junto a ello, notificará al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado. En el caso de los Estados partes en la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, al notificar al peticionario, la CIDH dará a éste la oportunidad de presentar dentro del plazo de un mes su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte IDH. Finalmente, si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte IDH, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la CIDH considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte IDH, según lo preceptuado en el artículo 45 del Reglamento.

⁸⁵⁵ Al respecto ver Cecilia Medina y Claudio Nash, apuntan las diferencias con el sistema europeo señalando: “La posibilidad de acceder al mecanismo de la Comisión mediante una denuncia o petición individual de conformidad con lo preceptuado en el artículo 44 de la Convención es amplia y se diferencia de los procedimientos establecidos en el Convenio Europeo y en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exigen que sea la víctima quien actúe”. Cfr. MEDINA Y NASH (2007), p. 55.

⁸⁵⁶ Sobre el tema y una crítica al papel que ha entendido la Corte IDH, que tiene la CIDH cuando presenta un caso, ver: MEDINA Y NASH (2007), pp. 79-82. Sobre las reformas que ha tenido el sistema y el papel de la víctima ver: FERIA (2006), pp. 159-207.

⁸⁵⁷ El artículo precitado es complementado por los artículos 44 y 45 del Reglamento de la CIDH. El artículo 44 del Reglamento fue modificado en el periodo número 147 de Sesiones de la CIDH (2013), luego del proceso de “fortalecimiento”. Con la reforma a dicho artículo se incorpora la voluntad de la víctima para la determinación del sometimiento (o no) del caso ante la Corte IDH. Así, en el caso de los Estados Partes en la CADH que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, al notificar al peticionario la CIDH le dará la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte IDH. Si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte IDH, deberá presentar los siguientes elementos: a) la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario; b) los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte IDH; y c) las pretensiones en materia de reparaciones y costas. Luego, el artículo 45 del Reglamento de la CIDH, establece que para el sometimiento del caso a la Corte IDH, la CIDH deberá: “1. Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado

Finalmente, al igual que el TEDH la Corte IDH realiza el ejercicio de su función jurisdiccional sobre la base del principio de la subsidiariedad, conceptualizando a la CADH como una garantía colectiva y utilizando la interpretación evolutiva⁸⁵⁸. Se diferencia del TEDH debido a que la Corte IDH ha sido reacia a la utilización de la doctrina del margen de apreciación y ha realizado una interpretación de carácter finalista de las normas de la CADH. Así, la Corte IDH a través de la interpretación finalista busca la efectiva protección de los derechos humanos en el territorio americano. Para la Corte IDH el objetivo y fin de la CADH implica que sus normas se interpreten y apliquen de modo tal que los derechos que ella contempla sean práctica y efectivamente protegidos.⁸⁵⁹

3.2. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Corte IDH, en las últimas dos décadas ha condenado internacionalmente a varios Estados de América Latina, por violación a la CADH, en lo que dice relación a los derechos territoriales y, en particular, el derecho de propiedad comunitaria indígena sobre el territorio que ocupan o han ocupado ancestralmente⁸⁶⁰. Dichas condenas, en general, se han debido a la pretensión por parte del Estado de explorar o explotar (por sí o a través de concesiones a terceros) recursos naturales que se encuentran en los territorios que poseen o han poseído ancestralmente los pueblos indígenas, evidenciando una clara tensión entre modelo de desarrollo y derechos territoriales de los pueblos indígenas.⁸⁶¹

de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión; 2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos: a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”. Sobre las consideraciones para la reforma al Reglamento de la CIDH, véase: CIDH (2013). *Reforma del reglamento, políticas y prácticas*. OEA/ Resolución 1/2013. Asimismo, véase: Dulitzky (2008), pp. 491-501.

⁸⁵⁸ Al respecto, véase el apartado 2.1 del capítulo segundo del presente trabajo.

⁸⁵⁹ Al respecto, véase: AGUIRRE (2007), pp. 73-97.

⁸⁶⁰ El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 13.2, dispone en términos similares que “la utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

⁸⁶¹ La tensión entre el modelo de desarrollo (extractivo de recursos naturales) y los derechos de los pueblos indígenas, en los casos que ha revisado el SIDH, en particular en la medida precautoria dictada por la CIDH en el caso de las Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará de Brasil, que generó la suspensión de la Planta Hidroeléctrica de Belo Monte, generó una presión por parte de los Estados, que tuvo como objetivo debilitar el SIDH. Al respecto, véase: AYLWIN (2013a), pp. 43-67.

La tensión entre los Estados y pueblos indígenas de las Américas por la exploración y explotación de los recursos naturales, que se encuentran en los territorios que han ocupado ancestralmente, ha aumentado durante la última década. Algunos ejemplos recientes son: 1) Las protestas del año 2011 realizadas por los pueblos indígenas en Bolivia que se oponían a la construcción de una carretera que pasaría por el Parque Isiboro Sécure (TIPNIS) para facilitar el comercio con Brasil⁸⁶²; 2) Los conflictos que se viven permanentemente entre las empresas madereras y el pueblo mapuche en el sur de Chile⁸⁶³; 3) Los conflictos que se han suscitado durante los últimos años entre el gobierno de Brasil y los pueblos indígenas amazónicos Mundurucu, Juruna, Kayapó, Xipaya, Kuruaya, Asurini, Parakaná y Arara, por la construcción de la represa de Belo Monte.⁸⁶⁴

Los ejemplos señalados, dan cuenta de un debate profundo que existe en la sociedad latinoamericana, que consiste en la prevalencia del interés general (conformado principalmente por una sociedad no indígena y un modelo de desarrollo capitalista, basado en la explotación de recursos naturales) y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, a quienes en aras del “desarrollo” se les priva de su hábitat ancestral y de sus modos de vida tradicionales.⁸⁶⁵

La tensión identificada se encuentra presente en todos los países de América Latina y el Caribe, incluso en aquellos que cuentan con un amplio reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y presencia de indígenas en los órganos de poder del Estado. Un caso que ejemplifica lo anterior, es el del Estado Plurinacional de Bolivia. Álvaro García Linera, ha señalado que una de

⁸⁶² El caso de Bolivia es muy interesante, ya que a pesar de ser el país que más ha avanzado en el reconocimiento constitucional y legal de derechos indígenas, incluyendo la cosmovisión indígena y su relación con la naturaleza en el marco constitucional, la tensión desde el Estado con los pueblos indígenas por los recursos naturales aún persiste. Al respecto, José Aylwin señala: “Más allá de su reconocimiento jurídico político y de los discursos oficiales, la construcción del buen vivir, en contextos como el de Ecuador y Bolivia, como sabemos, no ha sido fácil. El énfasis que los Gobiernos ponen en la financiación de políticas públicas orientadas a la inclusión y a la redistribución que garanticen la vida digna de los sectores excluidos, entre ellos los pueblos indígenas, les han llevado a abrir las puertas al extractivismo y al productivismo, actividades que muchas veces entran en conflicto con los postulados biocéntricos y derechos de la naturaleza y con la interculturalidad que se promueve”. AYLWIN (2013b), p. 181.

⁸⁶³ Al respecto, véase: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Informe misión de observación. Proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas mapuche*. Para un estudio histórico jurídico sobre la propiedad comunal mapuche en Chile, véase: NAVARRETE (2013).

⁸⁶⁴ Al respecto, véase: BRANDÃO TIMO (2013), pp. 147-167.

⁸⁶⁵ TORRECUADRADA (2013), pp. 552-554. Para Jorge Rowlands, lo que se encuentra detrás de la tensión identificada, son las diferentes concepciones y relaciones con la naturaleza que hay en juego. Al respecto, véase: ROWLANDS (2013), pp. 68-98.

las principales tensiones que tiene el proceso boliviano es entre la “(...) necesidad y voluntad de industrialización de las materias primas, y la necesidad imprescindible del Vivir Bien entendido como la práctica dialogante y mutuamente vivificante con la naturaleza que nos rodea”.⁸⁶⁶

En este contexto, la Corte IDH desde el año 1991 hasta la fecha⁸⁶⁷, ha dictado numerosas sentencias en casos relacionados a indígenas y pueblos indígenas. De ellas, nueve sentencias dicen relación con los derechos territoriales de los pueblos indígenas y, además, con la tensión que se produce por la actividad estatal, en la exploración/explotación de recursos naturales, ya sea o por sí o a través de la concesión a un particular, que se encuentran en territorios indígenas, por una parte, y los derechos de los pueblos indígenas, por otra. Los casos son los siguientes: 1) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua, 2001⁸⁶⁸; 2) Caso Comunidad Moiwana con Suriname, 2005⁸⁶⁹; 3) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, 2005⁸⁷⁰; 4) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya con Paraguay, 2006⁸⁷¹; 5) Caso del Pueblo Saramaka con

⁸⁶⁶ Cfr. GARCÍA LINERA (2011), pp. 62-63. Asimismo, sobre el concepto de desarrollo y buen vivir en los pueblos indígenas, véase: AYLWIN (2013b), pp. 168-184.

⁸⁶⁷ El análisis jurisprudencial se hizo hasta el mes de marzo del año 2016.

⁸⁶⁸ El caso se produce por la concesión por parte del Estado de Nicaragua a la empresa Sol del Caribe S.A., para comenzar la explotación de madera en las tierras ancestrales de la comunidad indígena. Véase: SCrIDH (2001). Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua, párrs. 3-4.

⁸⁶⁹ El caso se produce porque el “(...) 29 de noviembre de 1986 miembros de las fuerzas armadas de Suriname habrían atacado la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana. Los soldados supuestamente masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar presuntamente huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. Asimismo, a la fecha de la presentación de la demanda, supuestamente no habría habido una investigación adecuada de la masacre, nadie habría sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras”. Véase: SCrIDH (2005). Caso Comunidad Moiwana con Suriname, párr. 3.

⁸⁷⁰ El caso se origina cuando la CIDH “(...) alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, lo anterior ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”. Véase: SCrIDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, párr. 2.

⁸⁷¹ El caso se origina cuando la CIDH “(...) alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaya y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad”. Véase: SCrIDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya con Paraguay, párr. 2.

Surinam, 2007⁸⁷²; 6) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, 2010⁸⁷³; 7) Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, 2012⁸⁷⁴; 8) Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros con Honduras, 2015⁸⁷⁵; 9) Caso Pueblos Kaliña y Lokono con Surinam, 2015.⁸⁷⁶

En primer lugar, desde el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua (2001), hasta el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador (2012), la Corte IDH ha dado una interpretación evolutiva y amplia al artículo 21.1 de la CADH⁸⁷⁷, interpretándolo a la

⁸⁷² En el caso la Corte IDH se origina por la extracción de recursos minerales y madereros de la propiedad comunal indígena. Al igual que los casos anteriores, el Estado no había permitido el reconocimiento oficial de la propiedad ancestral del pueblo indígena. Véase: SCrIDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párrs. 141-143.

⁸⁷³ En el caso la Corte IDH se origina porque el Estado traspaso a manos privadas el territorio ancestral indígena y no permitió el reconocimiento oficial de la propiedad ancestral de la comunidad. Véase: SCrIDH (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, párrs. 2-5.

⁸⁷⁴ El caso se origina cuando el Estado de Ecuador convocó a una licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional, dentro del cual se encontraba el que ocupaba ancestralmente el Pueblo Sarayaku. Véase: SCrIDH (2012). Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrs. 51-53.

⁸⁷⁵ El caso se origina por la falta de reconocimiento estatal al derecho de propiedad sobre el territorio tradicional de la Comunidad Garífuna triunfo de la Cruz. Asimismo, la Comunidad no habría contado con un recurso que tomara en cuenta sus particularidades respecto de la propiedad colectiva, ni con el acceso efectivo a la justicia respecto de sus denuncias sobre las supuestas ventas de tierras tradicionales, actos de amenaza y hostigamiento que sufrieron las autoridades de la Comunidad como consecuencia de sus actividades en defensa de sus territorios. Así, la Corte IDH condenó por responsabilidad internacional del Estado de Honduras por: a) violación del derecho a la propiedad colectiva de la respectiva Comunidad, reconocido en el artículo 21 de la CADH; b) violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25 de la CADH; c) violación de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el artículo 2 de la CADH, básicamente, por la falta de un procedimiento para delimitar, demarcar y titular y proteger las tierras de la Comunidad indígena. Véase: SCrIDH (2015). Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros con Honduras, párrs. 99-253.

⁸⁷⁶ En el caso se condena al Estado de Surinam por la ausencia de un marco normativo que reconozca la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, por lo que esta no ha sido reconocida en favor de los Pueblos Kaliña y Lokono. Asimismo, se señala que el Estado no ha establecido las bases normativas que permitan un reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono. Esta falta de reconocimiento ha sido acompañada por la emisión de títulos de propiedad individuales a favor de personas no indígenas; el otorgamiento de concesiones para la realización de operaciones mineras, y el establecimiento y continuidad de tres reservas naturales en parte de sus territorios ancestrales. Además, ni el otorgamiento de concesiones y licencias mineras ni el establecimiento y permanencia hasta el día de hoy de reservas naturales, han sido sometidos a procedimiento alguno de consulta dirigido a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los Pueblos Kaliña y Lokono. Todos estos hechos han tenido lugar en un contexto de falta de protección judicial y en un marco de desprotección normativa, debido a que en Surinam no existen recursos efectivos para que los pueblos indígenas puedan exigir sus derechos. Todo lo anterior, implicó que la Corte IDH condenará al Estado de Surinam por: a) violación al reconocimiento de la personalidad jurídica, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 3 de la CADH, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros; b) violación del derecho a la propiedad colectiva y los derechos políticos contemplados en los artículos 21 y 23, respectivamente, de la CADH; c) violación del derecho a la protección judicial, señalado en el artículo 25 de la CADH. Al respecto, véase: SCrIDH (2015). Caso Pueblos Kaliña y Lokono con Surinam, párrs. 105-268.

⁸⁷⁷ El artículo 21 (derecho a la propiedad) de la CADH señala que: “1) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2) Ninguna persona puede ser privada de sus

luz de las especiales características que tiene la tierra, en términos culturales, para el derecho de propiedad de los pueblos indígenas⁸⁷⁸. La interpretación dada por la Corte IDH al artículo precitado de la CADH, ha permitido establecer una serie de limitaciones a la actividad estatal, en lo que dice relación a la exploración y explotación de recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas, estableciendo los criterios que debe considerar el Estado antes de intervenir en dichos territorios. Así, la Corte IDH entiende que el artículo 21.1 de la CADH, protege el derecho de “(...) propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígena en el marco de la propiedad comunal”.⁸⁷⁹

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido la especial relación que existe entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios⁸⁸⁰. Para la Corte IDH, el Estado debe tener medidas especiales de protección, para preservar la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos naturales, debido a que ellos se vinculan con la existencia misma de estos pueblos. Así, en el primer caso que analizó la Corte IDH, esto es, el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua (2001) señaló que: “(...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁸⁸¹

bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3) Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. Para un estudio amplio de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre este artículo, véase: GONZA (2014), pp. 503-530. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 537-562.

⁸⁷⁸ Véase: NASH (2004), p. 34.

⁸⁷⁹ SCrIDH (2001). Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua, párr. 148.

⁸⁸⁰ Esto será analizado con mayor profundidad en el punto 3.5 del presente capítulo.

⁸⁸¹ Ídem, párr. 149. En el mismo sentido, la Corte IDH en el caso del Pueblo Saramaka con Surinam, sostuvo que: “(...) los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”. Cfr. SCrIDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam, párr. 91.

Para garantizar la relación identitaria del pueblo indígena con su propiedad colectiva⁸⁸², es necesario que los Estados tengan en cuenta su derecho consuetudinario, por lo que la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra, obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su consiguiente registro.⁸⁸³

En relación con la extensión del territorio y tierras de los pueblos indígenas, la Corte IDH ha establecido que los derechos de propiedad sobre los territorios indígenas abarcan aquellas tierras y recursos que las comunidades usan y de las cuales fueron despojados. En ese sentido “[d]esde el caso *Awas Tingni*, la Corte Interamericana describió el ámbito material donde se extendía el derecho a la propiedad de la comunidad, y que el Estado debería proteger a través de la delimitación, demarcación y titulación, como la “zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad *Awas Tingni*”. En términos similares, en *Yakye Axa*, la Corte elucidó que el derecho de propiedad de la comunidad se extendía sobre “sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran”.⁸⁸⁴

En tercer lugar, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que los pueblos indígenas son titulares de los derechos de propiedad sobre las tierras y recursos que han ocupado históricamente, teniendo derecho a ser reconocidos y a obtener un título formal y el debido registro de su propiedad⁸⁸⁵. Debido a lo anterior, la Corte IDH ha ordenado a los Estados a tomar las medidas pertinentes (caso del pueblo *Saramaka*) para: “eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo *Saramaka* y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo *Saramaka*, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo *Saramaka* a ser titular de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el

⁸⁸² La dimensión de derecho colectivo de la propiedad comunal indígena será analizada con mayor profundidad en el punto 3.4 del presente capítulo.

⁸⁸³ Véase: SCrIDH (2001). *Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua*, párr. 151.

⁸⁸⁴ CIDH (2010). *Informe Temático*, p. 33.

⁸⁸⁵ *Ibid.* p. 35.

cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica”.⁸⁸⁶

Lo anterior implica que los Estados tienen la obligación de entregar certeza jurídica a los pueblos indígenas en el derecho de propiedad sobre sus territorios, el que debe ser respetado y reconocido por el Estado y particulares. Debido a ello, los Estados deben tomar las medidas pertinentes para garantizar el derecho. El Estado afecta la seguridad y la certeza jurídica, cuando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y permite a las comunidades su libre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas⁸⁸⁷. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte IDH ha establecido que la propiedad indígena no se puede sustituir por figuras jurídicas que otorguen derechos limitados y sean revocables⁸⁸⁸. La seguridad jurídica, implica la obligación del Estado de garantizar a los pueblos indígenas y sus miembros frente a terceros que reclaman algún tipo de derecho en dicha propiedad. El Estado debe reservar el territorio para los pueblos indígenas, sin que existan dentro

⁸⁸⁶ SCrIDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam, párr. 194.

⁸⁸⁷ CIDH (2010). *Informe Temático*, p. 38-39.

⁸⁸⁸ Al respecto la Corte IDH señaló: “(...) que los permisos de “bosques comunitarios” son, en esencia, concesiones forestales revocables que transmiten derechos de uso limitado y restringido y que, por lo tanto, no representan un reconocimiento adecuado de los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad. Asimismo, dado que aún no se han adoptado las leyes necesarias para implementar la emisión de los bosques comunitarios, se puede poner en tela de juicio la certeza jurídica de dicho título. Asimismo, el artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal de 1992 establece también que los derechos consuetudinarios de los habitantes tribales, respecto de sus aldeas y asentamientos, así como de las parcelas agrícolas, serán respetados “en la mayor medida posible”. Esta disposición limita, en forma inadecuada, el alcance del “respeto” al derecho al territorio de los miembros del pueblo Saramaka a, únicamente, sus “aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas. De acuerdo con el análisis de esta Corte, el deber del Estado es aún mayor a fin de garantizar y proteger los derechos a la propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka (supra párrs. 85-96). Por ello, la Corte considera que la Ley de Gestión Forestal no hace efectivo los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka. En resumen, el marco legal del Estado meramente le otorga a los integrantes del pueblo Saramaka un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa. La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra¹¹³. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos. Sobre este particular, la Corte ha declarado previamente que “el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad”. Cfr. SCrIDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam, párr. 113-116.

de sus tierras asentamientos o presencia de terceros o colonos no indígenas⁸⁸⁹. Resolviendo el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, la Corte IDH estableció pautas para que los Estados apliquen al momento de resolver conflictos que surjan entre la propiedad territorial indígena y la de particulares.⁸⁹⁰

En cuarto lugar y vinculado al punto anterior, la Corte IDH ha establecido el derecho de restitución a los pueblos indígenas del territorio que han ocupado ancestralmente, cuando estos han perdido la posesión total o parcialmente. Dicho derecho de restitución procede cuando el territorio se encuentre en manos de terceras personas⁸⁹¹ y persiste incluso en el caso de que el territorio esté siendo explotado por sus actuales propietarios, ya que no constituye un motivo suficiente para justificar la no devolución a sus ancestrales propietarios, esto es, los pueblos indígenas. Asimismo, dicha justificación no liberaría al Estado de responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos del CADH.⁸⁹²

En el caso de que el desplazamiento del pueblo indígena se deba a uno de tipo forzado o violento realizado por terceros, el Estado debe tomar las medidas necesarias para combatir la impunidad de los actores responsables de dicha violencia. Así lo estableció la Corte IDH, en el caso de la Comunidad Moiwana con Suriname en el año 2005.

En quinto lugar, de las sentencias de la Corte IDH se pueden extraer algunas pautas de comportamiento por parte del Estado al momento de autorizar la exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas, en relación con sus consecuencias medioambientales y los derechos de los pueblos indígenas⁸⁹³. Junto con ser un deber general del Estado el prevenir el daño ambiental, debido a la relación inquebrantable que tienen los pueblos indígenas con el territorio que habitan, la Corte IDH preceptuó que el Estado se abstenga de aprobar proyectos que amenacen la supervivencia física o cultural del pueblo indígena.⁸⁹⁴

⁸⁸⁹ CIDH (2010). *Informe Temático*, pp. 50-52.

⁸⁹⁰ Cfr. SCrIDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, párr. 144-145.

⁸⁹¹ Cfr. SCrIDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya con Paraguay, párr. 128.

⁸⁹² Cfr. *Ibid.* párr. 149.

⁸⁹³ Al respecto, véase: CIDH (2015). *Informe temático*, pp. 79-184.

⁸⁹⁴ Cfr. SCrIDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam, párr. 128.

En el mismo caso, la Corte IDH señaló que las condiciones de necesario cumplimiento que garantizan la coherencia entre los planes o proyectos de desarrollo o inversión, por una parte, y los derechos de los indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran en el territorio que ocupan, por otra, constan de tres elementos obligatorios que son complementarios y concurrentes. Ellos son: 1) el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo correspondiente, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio ancestral; 2) el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo respectivo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; 3) el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio ancestral a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. A través de estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo respectivo tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo indígena o tribal.⁸⁹⁵

En sexto lugar, la Corte IDH ha aplicado e interpretado el derecho de los pueblos indígenas de ser consultados frente a medidas concretas que les puedan afectar⁸⁹⁶. El derecho de consulta tiene dos dimensiones, una procesal y otra sustancial. Desde el punto de vista procesal, la Corte IDH en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, determinó sus aspectos centrales, señalando: 1) La obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con los derechos a la propiedad comunal e identidad cultural de los pueblos indígenas. Los Estados deben organizar el aparato público para que la consulta pueda llevarse a cabo efectivamente, asegurando que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados, incluso en acuerdos que hagan con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que puedan afectar sus intereses⁸⁹⁷; 2) La consulta debe ser realizada de forma previa, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena⁸⁹⁸, en las primeras etapas del plan de desarrollo o de inversión y no únicamente cuando

⁸⁹⁵ Ídem, párr. 129.

⁸⁹⁶ Para una completa revisión de las obligaciones estatales frente al derecho de consulta indígenas, véase: YRIGOEYEN (2011), pp. 103-146. Asimismo, véase: AREVALO (2014).

⁸⁹⁷ Cfr. SCrIDH (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, párrs. 145-147.

⁸⁹⁸ Al respecto, véase una propuesta sobre mecanismos internos de la consulta en los pueblos indígenas en: LINARES (2013), pp. 99-129.

surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad. Si el plan de desarrollo o de inversión incluye la producción de medidas legislativas, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso legislativo⁸⁹⁹; 3) La consulta debe ser realizada de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de las partes en las medidas propuestas. La consulta no debe entenderse como un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos⁹⁰⁰; 4) La consulta debe ser informada, es decir, los pueblos indígenas deben ser informados adecuadamente de los posibles riesgos e impactos del proyecto de inversión en sus territorios y ecosistemas.⁹⁰¹

En el plano sustancial, el derecho a la consulta indígena se encuentra ligado a sus resultados, es decir, al hecho de si los pueblos indígenas consienten o no en la realización del proyecto extractivo propuesto por el Estado en sus territorios. En el caso en que celebrado el proceso de consulta no se llegue a un acuerdo con los pueblos indígenas, el Estado tendría la atribución de seguir adelante con el proyecto extractivo, salvo en el supuesto de que sea un megaproyecto que pueda afectar el modo de vida de los pueblos indígenas⁹⁰². Al respecto, la Corte IDH señaló que “(...) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”.⁹⁰³

Considero que en el plano sustancial del derecho a la consulta indígena se encuentra el nudo de la tensión identificada⁹⁰⁴. Ello, debido a que todo el resto de los parámetros establecidos por la

⁸⁹⁹ Cfr. SCrIDH (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, párrs. 180-184.

⁹⁰⁰ Ídem, párrs. 185-200.

⁹⁰¹ Ídem, párrs. 208-211.

⁹⁰² Desde el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas el consentimiento de los pueblos indígenas se requiere para: 1) Traslados poblacionales, según el artículo 16 del Convenio N° 169 y el artículo 10 de la DDPI; 2) Medidas especiales de salvaguarda, según el artículo 4 del Convenio N° 169; 3) Almacenamiento o deshecho de materiales peligrosos, según el artículo 29 de la DDPI; 4) Desarrollo de actividades militares, según el artículo 30 de la DDPI.

⁹⁰³ Cfr. SCrIDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam, párr. 135. Este parámetro normativo, ya fue aplicado, entre otros, por la Corte Constitucional colombiana, específicamente, en la acción de tutela 769/09 del 29 de octubre de 2009.

⁹⁰⁴ Un asunto que resulta relevante, es la forma en la que los pueblos indígenas toman sus decisiones. Al respecto, véase: LINARES (2013), pp. 99-129.

Corte IDH para la protección de los derechos indígenas y en particular la propiedad comunal, podrían ser considerados aspectos formales o procesales, sin embargo, cuando la Corte IDH establece el consentimiento indígena como coto a los megaproyectos que puedan afectar los modos de vida de los pueblos indígenas, está estableciendo una garantía a favor de éstos y al mismo tiempo delimita las posibilidades de intervención del Estado en los territorios indígenas y, por ende, establece un límite al modelo capitalista basado en la extracción de recursos naturales, cuando dicha extracción recae en territorios indígenas. Así, que la Corte IDH exija el consenso indígena en ciertas circunstancias implica el reconocimiento de un grado de autonomía importante a los pueblos indígenas, generando un derecho colectivo y un espacio de intervención estatal que se encontrará condicionada al acuerdo con los pueblos indígenas.⁹⁰⁵

Hasta ahora, el principal alcance de los patrones jurisprudenciales analizados desde un punto de vista práctico, dice relación con una limitación a la actividad estatal en la exploración/explotación de recursos naturales en territorios que ocupan o han ocupado ancestralmente comunidades y pueblos indígenas y tribales.

Desde un punto de vista normativo, el principal alcance de los patrones jurisprudenciales, dice relación con la interpretación amplia y fuerte que ha realizado la Corte IDH del artículo 21 de la CADH, entendiendo a la propiedad comunal indígena como un derecho humano, de carácter colectivo o cuyo destinatario es el grupo o pueblo indígena⁹⁰⁶ y su contenido integra aspectos culturales, de participación e incluso vinculado con su subsistencia material, es decir con el derecho a la vida.⁹⁰⁷

El principal límite de los patrones jurisprudenciales, se encuentra en la preeminencia de aspectos formales o procesales por sobre los aspectos sustanciales. Según Thomas Antkowiak, la Corte IDH al momento de construir los patrones jurisprudenciales anclados en la interpretación del artículo 21 de la CADH no protege adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas y

⁹⁰⁵ Para Gaetano Pentassuglia, la Corte IDH en estos caso ha establecido una revisión judicial substantiva, en la que la exigencia de un consenso con los pueblos indígenas es parte de camino hacia el reconocimiento cultural fuerte. Cfr. PENTASSUGLIA (2009), pp. 224-225.

⁹⁰⁶ Al respecto, véase: GAJARDO FALCÓN (2014b), pp. 43-64.

⁹⁰⁷ Sobre el derecho a la vida y su vinculación con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre propiedad comunal indígena, véase: CLERICO y ALDAO (2011), pp. 157-198.

corren el peligro de disolverse en la retórica⁹⁰⁸. Incluso en el caso del pueblo Saramaka, para Antkowiak, la Corte IDH deja abierta la puerta para la devastación de los territorios indígenas, debido a que: 1) el consentimiento sólo sería aplicable en los casos de megaproyectos y, por ende, no en los proyectos de mediana y pequeña escala, que en muchas ocasiones tienen un impacto negativo igual o mayor para los territorios indígenas y sus modos de vida; 2) el consentimiento sólo se aplicaría si el megaproyecto afecta sustancialmente el modo de vida de los pueblos indígenas, creando un parámetro voluble e impreciso.⁹⁰⁹

Para gestionar la tensión identificada e inclinar la balanza a favor de los derechos de los pueblos indígenas, Antkowiak propone que la Corte IDH resuelva los futuros casos utilizando el principio de “vida digna” el que se puede derivar del artículo 4 (derecho a la vida) de la CADH. Según el autor, dicho principio permitiría proteger de forma sustancial la forma de vida indígena y su especial relación con la naturaleza y el territorio que ocupan. Además, al ser un concepto abierto y flexible permitiría la ampliación de los derechos de los pueblos indígenas.⁹¹⁰

Comparto la tensión identificada por Antkowiak, pero no su propuesta para resolverla. Efectivamente, en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho humano de propiedad indígena hay una preeminencia de obligaciones formales para los Estados. La Corte IDH, utilizando adecuadamente el principio de subsidiariedad del SIDPH, estableciendo obligaciones formales y, en particular, concretando el derecho a la consulta indígena, busca que el lugar de resolución de la tensión entre el derecho a la propiedad comunal indígena y la exploración/explotación de recursos naturales sea en el Estado, a través de la inclusión de los intereses y la participación política de los indígenas en todo el proceso de toma de decisión del Estado y en la deliberación política.

La Corte IDH, no busca con su jurisprudencia sustituir al Estado y sus mecanismos democráticos en la resolución de la tensión, más aún cuando el derecho internacional de los pueblos indígenas no es categórico en proteger la propiedad comunal indígena en cualquier

⁹⁰⁸ Véase: ANTKOWIAK (2014), pp. 113-187.

⁹⁰⁹ Ídem, pp. 169-170.

⁹¹⁰ Ídem, pp. 174-187.

circunstancia. En la medida que los Estados cumplan los parámetros jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH, la perspectiva indígena irá incorporándose paulatinamente en el funcionamiento interno de las instituciones del Estado, permeando la perspectiva pública y generando, posiblemente, un cuestionamiento al modelo de desarrollo capitalista basado en la explotación de recursos naturales.

Como podemos apreciar, el contraste entre la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH sobre Pueblos Indígenas es evidente. La Corte IDH parte reconociendo que los pueblos indígenas tienen una especial relación con la tierra y que se conecta con su supervivencia, es decir, reconoce las especificidades culturales de los mismos como el fundamento para una aplicación diferenciada de las normas establecidas en el CADH y construye una serie de limitaciones sustantivas para la actividad estatal. De esta forma, la óptica de la Corte IDH en este grupo de sentencias se encuentra situada con claridad dentro de los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural.

En el próximo apartado analizaré con mayor detención la forma de construcción dogmática que ha utilizado la Corte IDH para otorgarle una dimensión colectiva al derecho de propiedad comunal indígena. Asimismo, identificaré otros posibles derechos de grupo en la jurisprudencia de la Corte IDH.

3.3. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS DE GRUPO

En el presente punto analizaré la jurisprudencia del SIDH de forma separada, debido a que entre los órganos que componen el sistema hay una diferencia sustancial en la concepción de los mismos, lo que tiene implicancias prácticas relevantes. Así, en primer lugar, revisaré la concepción de los derechos de grupo para la CIDH. En segundo lugar, la que ha tenido la Corte IDH y revisaré más detalladamente los últimos dos casos que ha resuelto la Corte IDH al respecto, ya que a partir de ellos se abren nuevas perspectivas en la jurisprudencia del SIDH.

3.3.1. Los derechos de grupo para la CIDH

En el presente punto, el objeto de estudio para determinar el entendimiento de los derechos de

los grupos por parte de la CIDH, serán: informes de admisibilidad⁹¹¹ y de fondo⁹¹² sobre peticiones individuales de procesos que por distintas razones no llegaron o no se encuentran a la fecha en conocimiento de la Corte IDH. En el caso de las peticiones que si han llegado a conocimiento de la Corte IDH, la posición de ambos órganos al respecto se evaluará en el próximo punto.

Además, utilizaré informes temáticos de la CIDH⁹¹³ que permiten tener una visión más general sobre los derechos de los grupos por parte de la CIDH, debido a que no se restringen a un caso concreto. Como se podrá apreciar, no incorporo como objeto de estudio las decisiones de la CIDH sobre medidas cautelares, porque la información oficial que se puede recabar sobre los fundamentos de las medidas es de muy baja entidad normativa, siendo más bien de tipo periodística.

El Informe de Fondo N° 75/2002, que resuelve la petición de Mary y Carrie Dann con Estados Unidos⁹¹⁴, considero que es el documento más importante en materia de propiedad comunitaria indígena elaborado por la CIDH. Por ello, el análisis en torno a la propiedad comunitaria indígena se hará tomando este caso como central, el que luego complementaré con otros que giran en torno a las ideas planteadas agregando algunos aspectos relevantes, que señalaré posteriormente.

En el caso, Mary y Carrie Dann, alegan ser integrantes del pueblo indígena Western Shoshone, ubicado en una comunidad rural de Crescent Valley, Nevada, Estados Unidos. Su pretensión, radica en el hecho de que las tierras que ocupan formarían parte de un territorio ancestral del pueblo Western Shoshone, que fue interferido en su uso y goce por una apropiación de los Estados Unidos,

⁹¹¹ Se utilizarán los siguientes informes de admisibilidad: 1) CIDH (2010). Informe Admisibilidad, No 125/10, Petición 250-04, Pueblos Indígenas de Raposa Serra do sol con Brasil; 2) CIDH (2010). Informe Admisibilidad, No 63/10, Petición 1119-03, Comunidad garífuna punta piedra y sus miembros con Honduras; 3) CIDH (2009). Informe Admisibilidad, No 141/09, Petición 415-07, Comunidades agrícola diaguaita de los huascoalinos y sus miembros con Chile; 4) CIDH (2009). Informe Admisibilidad, No 58/09, Petición 12.354, Pueblo indígena kuna de madungandi y emberá de bayano y sus miembros con Panamá.

⁹¹² Se utilizarán los siguientes informes de fondo: 1) CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann con EEUU; 2) CIDH (2004). Informe Fondo No 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo con Belice; 3) CIDH (2008). Informe Fondo No 61/08, Caso 12.435, Gran Cacique Michael Mitchell con Canadá.

⁹¹³ Se utilizaran los siguientes informes temáticos: 1) CIDH (2000). Informe Temático. La situación de los derechos humanos de los indígenas en las américas; 2) CIDH (2010). Informe Temático. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales.

⁹¹⁴ Cf. CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann con EEUU.

realizada a través de un procedimiento injusto por parte de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, permitiendo la prospección aurífera dentro del territorio tradicional de los Western Shoshone. Con ello los peticionarios, señalan que el Estado es responsable de la violación de los artículos II, III, VI, XIV, XVIII y XXIII de la DADDH.

Para fundamentar su derecho a la propiedad comunitaria indígena, las peticionarias se basaron en una serie de instrumentos nacionales e internacionales. Primero, a nivel nacional, señalaron que su propiedad se encontraba protegida por un “sistema consuetudinario de tenencia de la tierra” y afirmaron “que ésta es una forma de propiedad que está reconocida como título original o indígena por la ley de Estados Unidos y por otras jurisdicciones de derecho común”⁹¹⁵. En segundo lugar, señalaron como cuerpos normativos aplicables, el artículo XXIII de la DADDH, el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT, el artículo XVIII de la proyectada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹¹⁶ y el artículo 26 del entonces proyecto y posterior Declaración

⁹¹⁵ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 44.

⁹¹⁶ El artículo XVIII regula las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, derecho a tierras y territorios, estableciendo que: “1) Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad; 2) Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento; 3.i) Sujeto a lo prescrito en 3.ii, cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, éstos deberán reconocer dichos títulos como permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables; ii) Dichos títulos serán sólo modificables de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo con pleno conocimiento y comprensión por éstos de la naturaleza y atributos de dicha propiedad; iii) Nada en 3.i debe interpretarse en el sentido de limitar el derecho de los pueblos indígenas para atribuir la titularidad dentro de la comunidad de acuerdo con sus costumbres, tradiciones, usos y prácticas tradicionales; ni afectará cualquier derecho comunitario colectivo sobre los mismos; 4) Los pueblos indígenas tienen derecho a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras, inclusive sobre la capacidad para usar, administrar, y conservar dichos recursos, y con respecto a los usos tradicionales de sus tierras, y sus intereses en tierras y recursos, como los de subsistencia; 5) En caso de pertenecer al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o que tenga derechos sobre otros recursos existentes sobre las tierras, los Estados deberán establecer o mantener procedimientos para la participación de los pueblos interesados en determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir indemnización sobre bases no menos favorables que el estándar del derecho internacional, por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades; 6) A menos que justificadas circunstancias excepcionales de interés público lo hagan necesario, los Estados no podrán trasladar o reubicar a pueblos indígenas, sin el consentimiento libre, genuino, público e informado de dichos pueblos; y en todos los casos con indemnización previa y el inmediato remplazo por tierras adecuadas de igual o mejor calidad, e igual status jurídico; y garantizando el derecho al retorno si dejaran de existir las causas que originaron el desplazamiento; 7) Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, territorios y recursos de los que han tradicionalmente sido propietarios, ocupado o usado, y que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados; o de no ser posible la restitución, al derecho de indemnización sobre una base no menos favorable que el estándar de derecho internacional;

de la ONU sobre los Pueblos Indígenas.⁹¹⁷

Por su parte, Estados Unidos negó haber violado los derechos de las Dann consagrados en la Declaración Americana, argumentando que:

“(…) las cuestiones planteadas por los peticionarios no comportan violación de los derechos humanos sino que se refieren a un prolongado litigio por el título y el uso de las tierras que han sido y siguen siendo objeto de detenida consideración por los tres poderes del gobierno de los Estados Unidos. A este respecto, el Estado sostiene que las Dann poseen el título, la propiedad y la posesión de las tierras que constituyen su hacienda en Nevada, que fue registrada por su padre, que el Estado nunca ha intentado retirar a las Dann de su hacienda y que, en tanto las Dann cumplan con los requisitos de la Oficina de Administración de Tierras, tienen derecho a un permiso de pastoreo de su ganado en tierras públicas. En cuanto al territorio tradicional de los Western Shoshone, en términos más generales, el Estado sostiene que las Dann y otros Western Shoshone perdieron todo interés en las tierras cuestión en 1872 a raíz del emplazamiento de estadounidenses no nativos, y que su determinación fue debidamente formulada a través de procedimientos imparciales ante la ICC, organismo cuasi judicial establecido por los Estados Unidos con el preciso propósito de determinar en torno a cuestiones de reivindicaciones de tierras indígenas. Por último, el Estado sostiene que la ICC otorgó a los Western Shoshone US\$ 26.145.189,89 como indemnización por la pérdida de sus tierras, sobre la base de valores de 1872, cantidad que ha sido mantenida en fideicomiso por la Secretaría del Interior hasta que se acordase un plan de distribución con los Western Shoshone”.⁹¹⁸

8) Los Estados tomarán medidas de todo tipo, inclusive el uso de mecanismos de ejecución de la ley, para prevenir, impedir y sancionar en su caso, toda intrusión o uso de dichas tierras por personas ajenas no autorizadas para arrogarse posesión o uso de las mismas. Los Estados darán máxima prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena”. El proyecto de declaración se encuentra disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/Cap.2g.htm>

⁹¹⁷ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párrs. 44-52.

⁹¹⁸ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 3.

El Estado también argumentó que no existe una entidad Western Shoshone como pueblo indígena, sino que existen grupos de indígenas que son reconocidos como tribus. Los Estados Unidos, en virtud de un procedimiento legal, han reconocido a ciertos grupos nativos como tribus, como naciones soberanas y, en consecuencia, consideran que esas tribus tienen su propia dirigencia o gobierno y mantienen relaciones de gobierno a gobierno con ellas. Los grupos o tribus Western Shoshone con este estatuto reconocido incluyen a la tribu Ely Shoshone de Nevada y la tribu Temoak de la Reserva de Yamba, pero, según el Estado, no incluyen al grupo Dann.⁹¹⁹

Con respecto al derecho aplicable, Estados Unidos argumentó que no son parte de la CADH, por lo tanto, no están obligados a sus normas. Además, señalaron que la CADH, al igual que la DADH, sólo contemplaría derechos de individuos y no de entidades como las tribus Western Shoshone. Análogamente, en la medida en que los peticionarios se basaron en el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, Estados Unidos sostuvo que no ha sido aprobado, que está y seguirá estando sujeta a comentarios de los gobiernos. Por ello, no es obligatoria y, por tanto, no constituye un fundamento adecuado para las reivindicaciones de las peticionarias. Estados Unidos adoptó un criterio similar, sobre la pretensión de las peticionarias de que en el caso se aplicaran las normas que contienen el Convenio N° 169 de la OIT. Estados Unidos señaló que ellos no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT, por lo que no puede ser invocado y menos tomado en consideración para la resolución del caso.⁹²⁰

Analizados los planteamientos de ambas partes, la CIDH, en primer lugar, determinó el que a su juicio es el derecho aplicable, estableciendo que las disposiciones de la DADDH, se deben interpretar “(...) en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en términos más amplios, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de la

⁹¹⁹ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 78.

⁹²⁰ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 94.

Declaración”.⁹²¹

Así, para la CIDH, en la interpretación de la DADDH hay que tener en cuenta disposiciones de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, entre los cuales se encuentran: 1) La CADH; 2) El Convenio N° 169 de la OIT; 3) El Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, que, para la CIDH, es el punto culmine de la evolución de los principios del derecho internacional de los derechos humanos, en la materia⁹²². De igual forma la CIDH, recogió las decisiones y entendimientos que tienen otros organismos internacionales competentes, para integrar su visión y la interpretación de la DADDH. Entre los cuales se encuentran: 1) La Corte IDH; 2) La Organización Internacional del Trabajo; 3) La ONU, a través del Comité de Derechos Humanos y el Comité para la erradicación de toda forma de discriminación.⁹²³

Con ello, la CIDH en su entendimiento de la propiedad colectiva, al momento de decidir sobre una petición individual o colectiva, aplica todos los instrumentos jurídicos nacionales o internacionales señalados, independientemente de si el Estado parte de la OEA contra el cual se presenta el caso los ha suscrito o ratificado. Para la CIDH, “al interpretar la Declaración Americana en el sentido de que salvaguarda la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos, la Comisión está respetando los propósitos mismos en que se funda la Declaración que, como lo expresa su Preámbulo, incluyen el reconocimiento de que “es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu”.⁹²⁴

Muchos académicos de Derecho Internacional⁹²⁵, señalan que uno de los principales problemas para la protección de los derechos indígenas es que los tratados en los cuales se encuentran sus derechos sólo son exigibles a los Estados que los han suscrito. Sin embargo, en el caso de la OEA

⁹²¹ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 96.

⁹²² CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párrs. 124-129.

⁹²³ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 127.

⁹²⁴ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 131.

⁹²⁵ Al respecto ver: TORRECUADRADA (2012), p. 6.

y siguiendo la interpretación extensiva de la CIDH, bastaría que el Estado sea parte de la OEA para que, en la interpretación de la DADDH, se incorporen las disposiciones de todos los tratados, declaraciones y proyectos de declaraciones sobre los pueblos indígenas. Así, el hecho de que el Estado parte de la OEA hubiera o no suscrito todos o algunos de los convenios internacionales al respecto, no sería un problema para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Como segundo aspecto, la CIDH se hizo cargo del alegato del Estado, en razón a que no existe una entidad Western Shoshone como pueblo indígena, sino que existen grupos de indígenas que son reconocidos como tribus. Para la CIDH, de acuerdo con los antecedentes de la cuestión, “la nación Western Shoshone está integrada por grupos y tribus numerosas relativamente descentralizadas, incluidos los grupos Temoak Shoshone, Ely Shoshone y Yomba Shoshone. Cada grupo está integrado primordialmente por comunidades e individuos que tienen una relación familiar extendida y que tradicionalmente han ocupado la misma zona dentro del territorio ancestral Western Shoshone”⁹²⁶. En la determinación de este punto, se puede visualizar como la CIDH combina de manera flexible los criterios establecidos en las normas de Derecho Internacional relativas a los pueblos indígenas y tribales⁹²⁷ para determinar que las peticionarias son parte del grupo Western Shoshone, considerado como un pueblo indígena.⁹²⁸

Como tercer punto, en lo que se refiere al derecho a la propiedad, la CIDH aplicando los principios jurídicos internacionales generales de los derechos humanos de los indígenas, entiende que ella incluiría: 1) El “reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes”⁹²⁹; 2) “El reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente”⁹³⁰; 3) La necesidad de consentimiento⁹³¹, “en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos permanentes existentes a la creación

⁹²⁶ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 101.

⁹²⁷ Respecto a los criterios para definir a un grupo como Pueblo Indígena o Tribal, véase el punto 1.4.2 del capítulo primero del presente trabajo.

⁹²⁸ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párrs. 100-104.

⁹²⁹ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 130.

⁹³⁰ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 130.

⁹³¹ Sobre la necesidad de consentimiento y de consulta por parte de los Estados en relación con la propiedad indígena, ver: TORRECUADRADA (2012), pp. 19-24.

de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente”.⁹³²

Para complementar la visión expuesta, la CIDH en el Informe de Fondo N° 40/04, en el caso de las Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo con el Estado de Belice, da más claridad acerca del componente identitario del derecho a la propiedad, el que se encontraría ligado intrínsecamente con la supervivencia física (material) de los integrantes del grupo⁹³³, señalando que:

“(…) los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”.⁹³⁴

Como se puede apreciar, para la CIDH el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente y el ejercicio de este, lo realiza en parte o en todo el grupo⁹³⁵. Asimismo, al Estado le correspondería el respeto, protección y garantía de la propiedad colectiva indígena a sus tierras y territorios ancestrales, por lo que, en caso de incumplimiento por parte de un Estado miembro de la OEA de esta obligación, implicaría

⁹³² CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 130.

⁹³³ Para Soledad TorreCuadrada, “la especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales produce que su privación puede llegar a vulnerar el derecho a la vida de los miembros del grupo en cuestión. Ello es debido a que no solo sus manifestaciones culturales están unidas no a cualquier territorio, sino de forma específica al que heredaron de sus antepasados, sino también porque su subsistencia depende de los recursos animales y vegetales que se encuentran en la zona en cuestión”. Ver: TORRECUADRADA (2012), p. 25.

⁹³⁴ CIDH (2002). Informe Fondo No 75/02, párr. 130.

⁹³⁵ CIDH (2010). Informe Temático, p. 25.

su responsabilidad internacional⁹³⁶. La CIDH añade que “los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo”.⁹³⁷

Para la CIDH la dimensión colectiva del derecho a la propiedad coexiste con la dimensión individual del derecho, no existiendo una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros⁹³⁸. Una vez que revise la concepción de la Corte IDH sobre la propiedad colectiva indígena, analizaré esta afirmación en el punto final del presente capítulo.

Finalmente, es importante identificar la conexión e incidencia directa que para la CIDH tiene la naturaleza colectiva del derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales, sobre otros derechos protegidos por la CADH y la DADDH. Estos otros derechos serían el derecho a la personalidad jurídica y la protección judicial efectiva.⁹³⁹

3.3.2. Los derechos de grupo para la Corte IDH

Para determinar qué entiende la Corte IDH por derechos de grupo, utilizaré las sentencias que abordan aspectos relacionados con propiedad indígena⁹⁴⁰ y representación política⁹⁴¹. Así el análisis se hará de forma separada y bajo el prisma con el que ya he analizado los informes de la CIDH en el punto anterior.

El primer caso que resolvió la Corte IDH sobre la propiedad indígena fue el de la Comunidad

⁹³⁶ CIDH (2010). Informe Temático, pp. 18-21.

⁹³⁷ CIDH (2010). Informe Temático, p. 26.

⁹³⁸ Luego, en el mismo informe, la CIDH apunta: “Las personas que conforman los pueblos indígenas y tribales son titulares de la totalidad de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional, y en consecuencia también pueden ejercer su propio derecho a la propiedad privada individual, procurando al hacerlo no entrar en conflicto con los derechos colectivos de sus pueblos”. Ver: CIDH (2010). Informe Temático, pp. 25-28.

⁹³⁹ CIDH (2010). Informe Temático, p. 27.

⁹⁴⁰ Se utilizarán las siguientes sentencias de la Corte IDH: 1) Corte IDH (2001) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua; 2) Corte IDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay; 3) Corte IDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay; 4) Corte IDH (2007). Caso del Pueblo Saramaka con Surinam; 5) Corte IDH (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay; 6) Corte IDH (2012). Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador.

⁹⁴¹ Los casos sobre representación política los analizaré de forma separada en el punto 3.6 del presente capítulo.

Mayagana (Sumo) Awas Tingi con Nicaragua en el año 2001⁹⁴². En el caso la comunidad indígena alegaba que el Estado no había demarcado sus tierras comunales, ni había tomado medidas efectivas para garantizar sus derechos de propiedad ancestrales y el uso de sus recursos naturales. Asimismo, señalan que el Estado había otorgado una concesión para el aprovechamiento de madera en las tierras de la comunidad sin su consentimiento y no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la comunidad sobre sus derechos de propiedad.⁹⁴³

En virtud de lo anterior, la comunidad indígena alegaba la violación del artículo 21 de la CADH, que reconoce el derecho a la propiedad de la siguiente forma:

- “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

Realizando una interpretación catalogada por la propia Corte IDH como “evolutiva” de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y basada en el artículo 29.b de la CADH –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, consideró que el artículo precitado protege el derecho a la “propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígena en el marco de la propiedad comunal”.⁹⁴⁴

⁹⁴² Al respecto Felipe Gómez señala: “La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situada en San José de Costa Rica, en el Caso de la Comunidad Awas Tingni contra Nicaragua (agosto de 2001) ha sentado un precedente muy prometedor para la evolución del derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales en el panorama jurídico internacional. La interpretación dada por la Corte Interamericana al derecho de propiedad en este caso emblemático ha supuesto un auténtico desafío a la concepción tradicional del derecho de propiedad que figura en los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes”. Cfr. Gómez (2008), pp. 88-89.

⁹⁴³ Cfr. SCrIDH (2001). Caso Comunidad Mayagana (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua, párr. 2.

⁹⁴⁴ Ibid., párr. 148.

Para la Corte IDH, “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁹⁴⁵

Para garantizar la relación identitaria del pueblo indígena con su propiedad colectiva, es necesario que los Estados tengan en cuenta su derecho consuetudinario, con lo que la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y su consiguiente registro.⁹⁴⁶

La Corte IDH luego de reconocer el derecho a la propiedad colectiva de la Comunidad Mayagana, advierte que los límites del territorio de dicha propiedad que no se encuentran debidamente delimitados y demarcados, debe realizarse, ordenando al Estado de Nicaragua la demarcación del territorio y la abstención, mientras no se realice la delimitación y demarcación, de “actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.⁹⁴⁷

La sentencia previamente analizada, se puede interpretar de dos maneras en lo que respecta a la propiedad colectiva. La primera posibilidad implica una visión formalista de la propiedad colectiva, siendo necesario desarrollar los medios legislativos, reglamentarios, administrativos y técnicos para evitar la ocupación u posesión, en cualquiera de sus formas, de los territorios

⁹⁴⁵ Ibid., párr. 149.

⁹⁴⁶ Ibid., párr. 151.

⁹⁴⁷ Ibid., párr. 153.

indígenas. En este sentido, se trataría a la propiedad colectiva indígena como cualquier otro derecho de propiedad, el que, una vez llevadas adelante estas operaciones, cualquier persona podría comprar derechos, terminando con el derecho colectivo de los indígenas sobre sus territorios. Así, sólo con el reconocimiento registral de la propiedad, o cualquier otra medida formal, no se logra garantizar la plena eficacia del derecho colectivo ni la supervivencia de esa comprensión del mismo.

Debido a lo anterior, surge –principalmente en la doctrina- una segunda interpretación de la sentencia, que es más activa o promocional del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios. Junto a los aspectos formales, se incluye el deber del Estado de fomentar la supervivencia de la propiedad indígena colectiva, que al mismo tiempo garantiza la supervivencia, desarrollo y mejora de esa sociedad⁹⁴⁸. Ésta forma de interpretar la sentencia, la considero una de tipo sustancial, ya que incorpora los elementos culturales, transformando a la propiedad indígena comunitaria, en una diferente a la clásica propiedad privada individual.

Para Claudio Nash, en el sentido de la segunda interpretación, el fallo en análisis es destacable por dos aspectos. El primero, es el debido al reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra en el marco del artículo 21 de la CADH, fijando como núcleo del derecho la titularidad grupal y comunitaria de la tierra acorde con los criterios generales desarrollados internacionalmente en esta materia. El segundo, porque la Corte IDH va más allá de la sola fijación del contenido del derecho de propiedad y hace un vínculo directo entre la cultura indígena y el derecho a la tierra, como base para el desarrollo cultural y la preservación del legado y su transmisión a las generaciones futuras, recogiendo una nueva visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural.⁹⁴⁹

En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, la Corte IDH aclara su visión sobre lo colectivo de la propiedad indígena, señalando que ella puede “tener una significación colectiva, en el sentido de que el ejercicio de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y

⁹⁴⁸ Al respecto, véase: BLÁZQUEZ (2004), p. 395.

⁹⁴⁹ Cfr. NASH (2004), p. 35.

su comunidad.⁹⁵⁰

En este punto se ve una diferencia con la conceptualización de la propiedad colectiva indígena que hace la CIDH. Para la Corte IDH el derecho a la propiedad territorial es un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En cambio, para la CIDH el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente, el que a su vez ejercita en todo o en parte grupalmente⁹⁵¹. Para la Corte IDH, los derechos colectivos de la comunidad no se confunden con los de sus integrantes, es decir, los derechos individuales no son absorbidos por los derechos del grupo. Se entiende a los pueblos indígenas como “sujetos enteros de derechos” dotados “de singularidad propia”.⁹⁵²

Con una cierta homogeneidad y sobre la base de las características expuestas sobre la propiedad colectiva indígena, la Corte IDH ha resuelto una serie de casos más. Dentro de ellos las sentencias de los tres casos dirigidos contra Paraguay⁹⁵³, son interesantes ya que siguen una línea jurisprudencial más general referida a la generación de condiciones de existencia digna y respeto al derecho a la vida, combinándola con el aseguramiento del acceso al derecho a la propiedad colectiva. Ello implica, que el respeto y reconocimiento de la diversidad cultural, no sólo se hace por una consideración moral abstracta, sino que también por su incidencia directa en la protección del derecho a la vida de los integrantes de los pueblos indígenas. Ambas cosas se garantizarían a través del respeto por parte del Estado, de la propiedad colectiva indígena⁹⁵⁴. En los tres casos

⁹⁵⁰ Cfr. SCrIDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, párr. 135.

⁹⁵¹ Cfr. CIDH (2010). Informe Temático, p. 25.

⁹⁵² Véase: BURGORGUE-LARSE y ÚBEDA (2009).

⁹⁵³ Los casos son: 1) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, 2005; 2) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya con Paraguay, 2006; 3) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, 2010.

⁹⁵⁴ Laura Clérico y Martín Aldao, realizan un análisis aplicado de los presupuestos de Nancy Fraser sobre redistribución y reconocimiento a las sentencias de la Corte IDH sobre Paraguay. Al respecto apuntan: “Así, los pueblos originarios no sólo son víctimas de una injusticia cultural o simbólica, sino también de una injusticia socioeconómica. La falta de consideración de sus identidades y de transferencia de sus tierras actúa conjuntamente para seguir produciendo desigualdad. Para remediarla, se requiere que las exigencias de reconocimiento cultural se integren con las pretensiones de redistribución socioeconómica. Padenen tanto la mala distribución socioeconómica como el erróneo y/o insuficiente reconocimiento cultural, sin que pueda entenderse que alguna de estas injusticias es un efecto indirecto de la otra. Por eso, ni las soluciones redistributivas ni las soluciones de reconocimiento son suficientes por sí mismas. Es decir, sólo son respetuosas de los derechos de los pueblos originarios aquellas soluciones que implican una mejor distribución de los bienes económicos y sociales, pero que a su vez, los incluyan en el proceso

señalados, junto con condenar a Paraguay por violación del derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH, se le condenó por violación al derecho a la vida, establecido en el artículo 4 de la misma.⁹⁵⁵

Esta vinculación entre derecho a la vida y propiedad colectiva indígena la Corte IDH la ve de la siguiente forma:

“(…) la principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta era entregarles sus tierras tradicionales (…) De allí que el Tribunal estableciera que el Estado no garantizó a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa el derecho a la propiedad comunitaria ni a las garantías y protección judicial en un plazo razonable (…) En otras palabras, si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida”.⁹⁵⁶

Como se puede apreciar, la Corte IDH entiende que una falta de acceso a la tierra y sus recursos naturales, es decir, al uso y goce de su propiedad colectiva, puede producir condiciones de miseria para las comunidades indígenas afectadas⁹⁵⁷. En el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, la Corte IDH señaló:

“(…) se concluyó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la

de toma de decisiones y se tenga en cuenta su interpretación de sus necesidades, intereses y proyectos como comunidad”. En: CLERICO Y ALADAO (2011), pp.157-198.

⁹⁵⁵ La Corte IDH entendió que Paraguay es responsable internacionalmente, por violación al artículo 4 de la CADH por omisión, ello debido a que no adoptó las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de los pueblos indígenas.

⁹⁵⁶ Cfr. SCrIDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay, párr. 164.

⁹⁵⁷ Sobre la vinculación del derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la vida, ver: CIDH (2010). Informe Temático, pp. 66-69.

precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras. Este Tribunal observa que, conforme a lo manifestado por los señores Esteban López, Tomás Galeano e Inocencia Gómez durante la audiencia pública celebrada en el presente caso (supra párr. 39.a, 39.b y 39.c), los miembros de la Comunidad Yakye Axa hubiesen podido abastecerse en parte de los bienes necesarios para su subsistencia de haber estado en posesión de sus tierras tradicionales. El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios”.⁹⁵⁸

De las sentencias citadas, se puede desprender que el fundamento del derecho de propiedad colectiva indígena radica en el uso y posesión tradicional de la tierra y sus recursos, por parte de un pueblo indígena. Así, el fundamento de la misma no se encuentra en el reconocimiento o la falta de éste por parte del Estado, sino en el sistema jurídico indígena, en su reconocimiento consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre sus comunidades.⁹⁵⁹

Incluso los pueblos indígenas que han perdido la tenencia material del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras⁹⁶⁰. Ello se puede apreciar en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay, donde la Corte IDH estableció que “la posesión no es un requisito

⁹⁵⁸ Cfr. SCrIDH (2005). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, párr. 164.

⁹⁵⁹ Cfr. SCrIDH (2001). Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni con Nicaragua, párr. 140.

⁹⁶⁰ Sobre la propiedad colectiva indígena, su reconocimiento y recuperación, en relación con la seguridad jurídica, ver: CIDH (2010). Informe Temático, pp. 38-42.

que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.⁹⁶¹

De esta forma, para la Corte IDH el derecho de propiedad colectiva indígena existe independientemente de su reconocimiento estatal frente a terceros que pretendan ostentar títulos reales de propiedad sobre dichos territorios. Para la Corte IDH, “los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad⁹⁶². Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”.⁹⁶³

Los criterios señalados se han ido complementando y profundizando con la jurisprudencia de la Corte IDH. Así, para el análisis de la materia son relevantes dos fallos de la Corte IDH sobre los derechos de los grupos en materia indígena, estos son: 1) El caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay (2010); 2) El caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador (2012).

El caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay (2010) se relaciona con los derechos de una comunidad indígena que habita en Paraguay, específicamente en la región del Chaco. En dicha localidad hay presencia de hasta 17 etnias indígenas diferentes con representación de las cinco familias lingüísticas en las que se han clasificado a los pueblos indígenas existentes en el Paraguay. La Comunidad, conformada actualmente por 66 familias, se originó a partir de miembros de aldeas Sanapaná y Enxet (de la familia lingüística Enlhet-Enenlhet) que recorrían tradicionalmente el área del Chaco, el que reclamaban parte del territorio como tradicional, y se asentaron en la primera mitad del siglo XX en el lugar conocido como Xákmok Kásek, que le dio su nombre a la Comunidad.

El caso se inició el 3 de julio de 2009 cuando la CIDH presentó una demanda contra la República del Paraguay ante la Corte IDH solicitando que estableciera la responsabilidad

⁹⁶¹ Cfr. SCrIDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay, párr. 127.

⁹⁶² Sobre la propiedad colectiva indígena, su reconocimiento y recuperación, en relación con los derechos de terceros, ver: CIDH (2010). Informe Temático, pp. 52-56.

⁹⁶³ Cfr. SCrIDH (2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay, párr. 128.

internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la comunidad y sus miembros, debido a que desde 1990 se encontraría en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad indígena, sin que hasta la fecha de interposición de la demanda se hubiera resuelto satisfactoriamente. Así, la CIDH solicitó a la Corte IDH que declarara la responsabilidad del Estado por violación de los derechos consagrados en los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 8.1 (Garantías Judiciales), 19 (Derecho del Niño), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma.⁹⁶⁴

El Estado de Paraguay al contestar la demanda, indicó que no había violado el derecho a la propiedad comunitaria de la comunidad consagrado en la legislación interna, pero reconoció que por circunstancias de hecho que no le eran imputables, no pudo satisfacer el derecho debidamente. Además, el Estado le solicitó a la Corte IDH que desestimara las pretensiones formuladas por la CIDH y ofreció una “solución amistosa” que reiteró durante la audiencia pública. Finalmente, el Estado señaló que se allanaba al pedido de reparación.⁹⁶⁵

Además, el Estado solicitó la suspensión del proceso debido a las contradicciones encontradas en la denominación y pertenencia étnica de la comunidad. Argumentó que dichas diferencias le impedirían la titulación de tierras a su favor y no se adecuaría a las prescripciones del Estatuto Indígena y a la normativa internacional. Señaló que los distintos escritos presentados por los representantes de la comunidad producen confusiones en cuanto a la identificación o pertenencia étnica de la misma, ya que en algunos casos aparece como perteneciente al pueblo Enxet, en otros como Enxet-Lengua y en otras oportunidades como Sanapaná. Para el Estado, la pertenencia étnica o a un pueblo constituía un elemento esencial para la transferencia de la propiedad. Finalmente, indicó que debido a confusiones en cuanto al nombre de la comunidad sus líderes se encontrarían

⁹⁶⁴ Según la CIDH, “[l]o anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”. Cfr. SCRIDH (2010). Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, párrs. 1-3.

⁹⁶⁵ Ibid., párr. 27.

registrados como líderes de la “Comunidad Zalazar”, lo cual haría imposible la titulación de las tierras a favor de la misma hasta que se regularizara dicha documentación.⁹⁶⁶

Debido a lo anterior, la Corte IDH antes de entrar en el fondo de la cuestión, analiza ambas peticiones del Estado, rechazándolas en conformidad a los argumentos que paso a señalar. Primero, sobre la solicitud de solución amistosa y el allanamiento, la Corte IDH considerando la inconformidad de la CIDH y las víctimas con la solución propuesta por el Estado y además que el Estado en el “allanamiento” niega los hechos y la violación a los derechos de la CADH, no reconociendo su responsabilidad internacional, decide analizar el fondo de la controversia internacional.⁹⁶⁷

En segundo lugar, la Corte IDH rechaza la solicitud de suspensión del proceso realizada por el Estado, argumentando que “la composición multiétnica de la Comunidad es un hecho acreditado y el Estado lo conocía o debió conocer previamente. Las distintas referencias como pertenecientes al pueblo Enxet o como descendientes del pueblo Sanapaná obedecen a razones históricas o circunstanciales, por lo que el argumento del Estado no constituye razón suficiente para la suspensión del presente caso”.⁹⁶⁸

Luego, la Corte IDH pasa a revisar el fondo de la causa, utilizando el siguiente esquema: (1) derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial. Desarrollando por separado los hechos⁹⁶⁹, el derecho a la propiedad comunitaria⁹⁷⁰ y las afectaciones a la identidad cultural de los miembros de la Comunidad como consecuencia de la no restitución de su territorio

⁹⁶⁶ Ibid., párr. 33.

⁹⁶⁷ Ibid., párrs. 27-32.

⁹⁶⁸ Ibid., párr. 43.

⁹⁶⁹ En los hechos de la causa, la Corte IDH revisa (1) la situación de las comunidades indígenas en Paraguay; (2) el reclamo territorial de la Comunidad Xákmok Kásek y sus miembros; (3) la declaración de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado. Ibid., párrs. 56-85.

⁹⁷⁰ En el derecho a la propiedad comunitaria, la Corte IDH revisa (1) cuestiones relativas a las tierras reclamadas (carácter tradicional; posesión y exigencia para el reconocimiento de la propiedad comunitaria; vigencia del derecho a reclamar las tierras tradicionales; y alegada satisfacción del derecho de los miembros de la Comunidad a su territorio tradicional con tierras alternativas); (2) acciones del Estado llevadas a cabo para recuperar las tierras tradicionales (debida diligencia en el trámite administrativo; principio de plazo razonable en el procedimiento administrativo; efectividad del recurso administrativo de reivindicación de tierras indígenas); (3) sobre el decreto que declara parte del área reclamada como área silvestre protegida y (4) la supuesta falta de diligencia de recursos en la vía judicial. Ibid., párrs. 86-170.

tradicional⁹⁷¹; (2) el derecho a la vida, analizando el derecho a la vida digna⁹⁷² y los fallecimientos ocurridos en la Comunidad⁹⁷³; (3) el derecho a la integridad personal⁹⁷⁴; (4) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica⁹⁷⁵; (5) los derechos de los niños y niñas⁹⁷⁶, y (5) el deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación.⁹⁷⁷

En cuanto a las decisiones de fondo, la sentencia de la Corte IDH, en lo relativo a la propiedad comunitaria indígena sobre sus territorios ancestrales, concluyó que el territorio reclamado por la comunidad son sus tierras ancestrales y las más aptas para el asentamiento de las mismas. Además, estableció que el procedimiento administrativo iniciado por los líderes de la comunidad en 1990 para la recuperación de su territorio ancestral no se llevó a cabo por parte del Estado con la diligencia debida, ni tramitado en plazo razonable, no constituyendo una posibilidad real para que los miembros de la comunidad recuperaran su territorio. Para la Corte IDH, el Estado ignoró y desconoció la especial relación de la comunidad con el territorio reclamado⁹⁷⁸ y cuando declaró el territorio tradicional reclamado por la comunidad como reserva natural privada, no aseguró la participación efectiva de los miembros de la comunidad en la decisión.⁹⁷⁹

En cuanto al derecho a la vida, la Corte IDH señaló que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación, servicios de salud y educación no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encuentra la Comunidad Xákmok Kásek. Consideró que esta situación está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras, lo que derivó en la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la comunidad de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. Ello los llevó a depender casi

⁹⁷¹ Ibid., párrs. 171-182.

⁹⁷² En el derecho a la vida digna, la Corte IDH revisa (1) el acceso y calidad del agua; (2) la alimentación; (3) la salud y (4) la educación. Ibid., párrs. 194-217.

⁹⁷³ Ibid., párrs. 218-234.

⁹⁷⁴ Ibid., párrs. 235-244.

⁹⁷⁵ Ibid., párrs. 245-255.

⁹⁷⁶ Ibid., párrs. 256-264.

⁹⁷⁷ Ibid., párrs. 265-275.

⁹⁷⁸ Para la Corte IDH, la no restitución del territorio tradicional de la Comunidad, afectó la identidad cultural de los miembros de la Comunidad, la cual corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Cfr. Ibid., párrs. 171-182.

⁹⁷⁹ Ibid., párrs. 86-170.

exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria.⁹⁸⁰

Relacionado con lo anterior, en lo respectivo a los derechos de los niños y niñas de la comunidad, la Corte IDH sentenció que las condiciones de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba la comunidad afectaron en forma particular el desarrollo de éstos, ocasionándoles altos índices de desnutrición. Igualmente, señaló que la mayoría de las personas cuya muerte fue imputable al Estado, debido a su negligencia, eran niños o niñas. Adicionalmente, consideró que la pérdida de prácticas tradicionales y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectaron en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la comunidad.⁹⁸¹

Debido a lo anterior, la Corte IDH resuelve condenar al Estado⁹⁸², considerando que no adoptó las medidas suficientes y efectivas para garantizar sin discriminación los derechos de los miembros de la comunidad, de conformidad con el 1.1 de la CADH, en relación con los derechos consagrados en los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 8.1 (Garantías Judiciales), 19 (Derecho del Niño), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la CADH.⁹⁸³

De forma similar al caso anterior, el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador (2012) se originó por el otorgamiento de una concesión para la exploración y explotación de hidrocarburos y petróleo en la región Amazónica de la Provincia de Pastaza, por parte de Estado ecuatoriano al Consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) y la empresa Petrolera Argentina San Jorge S.A (en adelante “el Consorcio”). El espacio territorial entregado en concesión, comprendía 200.000 hectáreas habitadas por varias comunidades y pueblos indígenas, dentro de ellas, el Pueblo Kichwa de Sarayaku, cuyo territorio ancestral y legal abarcaban un 65% de los territorios otorgados en concesión a la empresa en cuestión.

⁹⁸⁰ Véase: CLÉRICO y ALDAO (2011), pp. 157-198.

⁹⁸¹ Cfr. SCrIDH (2010). Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, párrs. 256-264.

⁹⁸² Ibid., párrs. 276-325.

⁹⁸³ Ibid., párr. 275.

La nacionalidad Kichwa la comparten dos Pueblos que poseen una misma tradición lingüística y cultural: El Pueblo Napo-Kichwa y el Pueblo Kichwa del Pastaza⁹⁸⁴. El Pueblo Sarayaku subsiste “de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Un promedio del 90% de sus necesidades alimenticias son satisfechas con productos provenientes de su propia tierra y el 10% restante con bienes que provienen del exterior de la comunidad”.⁹⁸⁵

En el año 1992 el Estado adjudicó (reconoció) a favor del pueblo Sarayaku, a través del Instituto de Reforma Agraria y Colonización, de forma indivisa, una superficie aproximada de 135.000 hectáreas⁹⁸⁶. En el año 1995 el Estado de Ecuador convocó a una licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional, dentro del cual se encontraba el que ocupaba ancestralmente el Pueblo Sarayaku. En el año 1996 se suscribe el contrato de exploración y explotación de hidrocarburos entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el Consorcio. Luego, el Consorcio le encomendó a otra empresa la realización de un plan de impacto ambiental para la prospección sísmica, el que fue realizado y aprobado por el Ministerio de Energía y Minería durante el año 1997. Sin embargo, el estudio no incluyó al pueblo Sarayaku, lo que no fue obstáculo para que el Consorcio desarrollara sus actividades de prospección sísmica hasta febrero de 2003.

Dentro de los hechos alegados como vulneraciones graves de los derechos humanos del Pueblo Sarayaku y sus integrantes, se encuentran los siguientes: (1) Entre los meses de octubre de 2002 y febrero de 2003, la empresa avanzó un 29% en su programación de trabajos, cargando 467 pozos con aproximadamente 1433 kilogramos de explosivos (pentolita) dentro del territorio ancestral de los Sarayaku; (2) El Consorcio destruyó un sitio de especial importancia en la vida espiritual de los miembros del Pueblo Sarayaku; (3) El Consorcio causó un gran impacto dentro del territorio y su subsistencia, ya que habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos

⁹⁸⁴ Cfr. SCrIDH (2012). Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, párrs. 51-53.

⁹⁸⁵ Ibid., párr. 52.

⁹⁸⁶ Ibid., párrs. 61-62.

subterráneos; (4) Hubo amenazas, agresiones y hostigamientos a miembros del Pueblo Sarayaku por parte de trabajadores y empleados del Consorcio.

Así las cosas, el 26 de abril de 2010 la CIDH presentó ante la Corte IDH una demanda en contra del Estado ecuatoriano, por posible violación de los siguientes derechos de la CADH: (1) el derecho a la propiedad privada (artículo 21); (2) el derecho a la vida, las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 4, 8 y 25, en relación con el artículo 1.1), en perjuicio del Pueblo y de sus miembros; (3) el derecho de circulación y residencia (artículo 22); (4) el derecho a la integridad personal (artículo 5) y (5) el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2).⁹⁸⁷

Tal y como consta en la sentencia, el Estado de Ecuador, a través del Secretario de Asuntos Jurídicos del Presidente Rafael Correa y en el marco de una diligencia probatoria realizada por la Corte IDH al territorio del Pueblo Sarayaku, realizó un reconocimiento amplio y genérico de su responsabilidad internacional, el que junto con ser valorado por la Corte IDH, implicó “(...) una admisión de los hechos contenidos en el marco fáctico de la demanda de la Comisión, así como de los hechos pertinentes presentados por los representantes que los aclaren o expliquen. Asimismo, resalta el compromiso manifestado por el Estado relativo a impulsar las medidas de reparación necesarias en diálogo con el Pueblo Sarayaku. Todas estas acciones por parte del Ecuador constituyen una contribución positiva al desarrollo de este proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención y, en parte, a la satisfacción de las necesidades de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos”.⁹⁸⁸

Lo anterior, simplificó la labor de adjudicación de la Corte IDH, procediendo a dictar sentencia y condenando al Estado ecuatoriano (por unanimidad) de responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos establecidos en el CADH, en particular, de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural.⁹⁸⁹

⁹⁸⁷ Ibid., párr. 3.

⁹⁸⁸ Ibid., párr. 27.

⁹⁸⁹ La Corte IDH en el presente caso establece, de forma muy precisa y con pretensiones generales, los deberes estatales con respecto a la “consulta indígena”. Además, señala la vinculación existente entre la “consulta indígena” y los derechos de propiedad comunal y a la identidad cultural. Véase: Ibid., párrs. 145-220.

3.3.3. Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos en la Corte IDH

La Corte IDH previamente a la resolución de los casos reseñados, dictó sentencia en tres casos donde se pronunció sobre la propiedad comunitaria indígena⁹⁹⁰. En los casos anteriores, en primer lugar, la Corte IDH determinó que las violaciones de derechos humanos establecidos en la CADH ocurrieron con respecto a los miembros de las comunidades, sin señalar a la comunidad como tal, negándoles la subjetividad jurídica internacional en dicho ámbito.

En segundo lugar, en cuanto al contenido de la propiedad comunitaria indígena, en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay*, la Corte IDH aclara su visión sobre el elemento colectivo de la propiedad indígena, señalando que ella puede “tener una significación colectiva, en el sentido de que el ejercicio de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.”⁹⁹¹

En este punto se ve una diferencia con la conceptualización de la propiedad colectiva indígena que hace la CIDH. Para la Corte IDH el derecho a la propiedad territorial es un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En cambio, para la CIDH el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente, el que a su vez ejercita en todo o en parte grupalmente.⁹⁹²

Al analizar la determinación que hizo la Corte IDH sobre la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, en conformidad con los presupuestos teóricos ya vistos en el apartado primero del presente trabajo y, en particular, según los planteamientos de Rodríguez Abascal, los principales problemas teóricos de los derechos de los grupos se encuentran en el plano práctico y, en concreto, en la determinación del grupo como sujeto de derechos. Es interesante este punto, ya que en el caso precitado la Corte IDH se tuvo que enfrentar al problema de determinación de la Comunidad. Según los alegatos del Estado las contradicciones encontradas en la denominación y pertenencia

⁹⁹⁰ Estos casos son: 1) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua (2000); 2) Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay (2005); 3) Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay (2006).

⁹⁹¹ Cfr. SCrIDH (2005). Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay, párr. 135.

⁹⁹² Véase: CIDH (2010). Informe temático, p. 25. Sobre las consecuencias teóricas y jurídicas de ello, véase: GAJARDO FALCÓN (2014), pp. 164-170.

étnica de la Comunidad, impedirían la titulación de tierras a su favor y no se adecuaría “a las prescripciones del Estatuto Indígena y a la normativa internacional”. Para la Corte IDH, la Comunidad tiene una composición multiétnica, en la cual sus miembros se autoidentifican.⁹⁹³

Para la Corte IDH, “[l]a identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique”.⁹⁹⁴

Avanzando en una nueva caracterización de los derechos de los grupos por parte de la Corte IDH, cobra importancia este punto, ya que junto con tener que determinar a la Comunidad, señaló que el reclamo de restitución de tierras, es decir, el derecho a la propiedad comunitaria indígena, lo realiza la Comunidad⁹⁹⁵ y sus miembros. Concordante con ello, al momento de establecer las medidas de reparación, señala a la Comunidad como destinataria de dichas medidas. En ese sentido, la Corte IDH en el punto resolutivo número 26 de la sentencia, señaló que: “El Estado deberá adoptar inmediatamente las medidas necesarias para que el Decreto N.º 11.804 que declaró como área silvestre protegida a parte del territorio reclamado por la Comunidad no sea un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 311 y 313 de esta Sentencia”. De forma similar, en el caso del Pueblo Kichwa, la Corte IDH determinó que dicha entidad era la parte lesionada y, por ende, el destinatario de las reparaciones que ordenó.⁹⁹⁶

El Juez de la Corte IDH Eduardo Vio Grossi en el voto concurrente de la sentencia del caso *Xákmok Kásek* señaló que el fallo se inserta en una dirección que considera ajustada a derecho y justicia, y es acorde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Cfr. SCRIDH (2010). Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, párrs. 34-50.

⁹⁹⁴ Ibid., párr. 37.

⁹⁹⁵ Ibid., párrs. 64-79.

⁹⁹⁶ CORTE IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, 27 de junio de 2012, Serie C N° 245, párr. 284.

⁹⁹⁷ En el voto concurrente el Juez Vio Grossi argumenta que el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, reconoce a los pueblos como titulares de derechos, es decir, les reconoce derecho como grupo en su condición de tales. Para argumentar éste punto, cita una serie de resoluciones de

El fallo abre una nueva perspectiva y permitiría arribar a una comprensión más amplia de lo dispuesto en el artículo 1 de la CADH, “en orden a que la obligación de respetar y garantizar a toda persona el ejercicio de los derechos consagrados por ella incluiría también a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, en la medida que a tales entidades se les reconozca al menos algunos de esos derechos, los que, por ende, sus miembros únicamente podrían disfrutar y ejercer por su intermedio y en razón de que forman parte de la misma, lo que, en definitiva implicaría que no serían únicamente de carácter individual”.⁹⁹⁸

Para el Juez Vio Grossi esta nueva perspectiva se abre paso. La sentencia en comento, no sólo considera como víctimas del caso a los miembros de la Comunidad, también reconoce que es la Comunidad el sujeto que reclama la protección de sus derechos al territorio y la propiedad comunitaria que le correspondería. Además, el fallo menciona expresamente a la Comunidad como beneficiaria de las medidas que decreta. Argumentó, que la Corte IDH sin alejarse de su posición tradicional, parecería dejar margen para que en el futuro pudiese disponer de la posibilidad de adoptar una nueva aproximación en la materia y, particularmente, cuando en la sentencia se señala que “ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”.⁹⁹⁹

Coincidimos con el Juez Vio Grossi en el punto anterior. La fundamentación que entrega la Corte IDH en el párrafo precitado sobre la propiedad comunitaria indígena abre una perspectiva interesante al respecto, ya que transforma los elementos culturales y las características propias de ella, en aspectos que formarían parte del contenido esencial de la propiedad que protege el artículo 21 de la CADH. Así, la forma de ejercicio de la propiedad comunitaria y su titularidad, se volverían en elementos interdependientes, que no se podrían separar de la misma.

organizaciones internacionales, véase: Cfr. SCrIDH (2010). Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, párrs. 16-22.

⁹⁹⁸ Ibid., párr. 25.

⁹⁹⁹ Ibid., párrs. 7-8.

Concluye el voto concurrente el Juez Vio Grossi, señalando que en concordancia con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sería aconsejable incluir en el concepto de “persona” contenida en diversos artículos de la CADH y en el concepto de “víctima”, no sólo a los miembros de las comunidades indígenas individualmente considerados, sino también a las comunidades como entes propios, ubicándose la jurisprudencia de la Corte IDH en la tendencia moderna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁰⁰⁰

Como se puede apreciar, el voto concurrente del Juez Vio Grossi nos indica los principales aspectos de la nueva perspectiva que eventualmente podría comenzar en la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre los derechos de los grupos de los pueblos indígenas en el sistema. La Corte IDH se abre a la posibilidad de entender los derechos de los grupos de forma complementaria a los derechos individuales de los miembros de las comunidades.

La perspectiva que entrega el Juez Vio Grossi en su voto concurrente se encuentra recogida en el fallo del *Pueblo Kichwa de Sarayaku*, de forma clara. La Corte IDH señala al respecto que “[e]n anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva”.¹⁰⁰¹

Con la revisión teórica doy cuenta de las dificultades que han tenido los derechos de los grupos para la teoría del derecho y en particular para la doctrina liberal, que los visualiza con bastante escepticismo. Sin embargo, posturas como las de Neus Torbisco y Rodríguez Abascal sirven para comprender que éstos no sólo son compatibles con los derechos humanos, sino que en algunos

¹⁰⁰⁰ Ibid., párr. 26.

¹⁰⁰¹ Cfr. SCrIDH (2012). Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador, párr. 231.

casos (como en los casos revisados) son necesarios para complementar los individuales y generar las condiciones para el real respeto de los miembros de los grupos respectivos.¹⁰⁰²

Aplicando el marco teórico propuesto en el capítulo primero, es posible constatar que los problemas prácticos que plantea Rodríguez Abascal a los derechos de los grupos, en el caso de la Comunidad Xákmok Kásek, lograron en gran medida superarse. Se puede evidenciar, que los problemas que tienen los derechos de los grupos para volverse una realidad dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, son principalmente en lo que dice relación a la conceptualización de víctima y la atribución de intersubjetividad a los pueblos (como tales) por parte de la Corte IDH.

Para lo anterior, en la sentencia del caso Xákmok Kásek con Paraguay se pueden encontrar los elementos teóricos suficientes para una nueva perspectiva de los derechos de los grupos en la jurisprudencia de la Corte IDH, siendo fundamental lo señalado por el Juez Vio Grossi en el voto concurrente de la misma, principalmente, lo concerniente a la tendencia moderna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicha perspectiva se ve recogida, de forma breve pero clara, en el fallo de la Corte IDH en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

El reconocimiento y protección de los derechos de grupo, que hemos identificado, es una base para salvaguardar la autonomía de las Comunidades y los individuos que las conforman. Incluso, tal como reconoció la Corte IDH en los casos analizados, una posible violación a la propiedad comunitaria indígena, puede atentar gravemente contra el derecho a la vida e integridad física de los individuos que componen los pueblos indígenas.

Así las cosas, los derechos de grupo en contextos multiculturales de fuente indígena pueden ser conceptualizados como derechos humanos, que no sustituyen o anulan los derechos individuales, sino que los complementan e incluso, pueden ser la base para el ejercicio del derecho a la vida, honrando con ello valores básicos en los que se fundamentan los derechos humanos, como la autonomía, igualdad y justicia.

¹⁰⁰² En ese sentido, véase: RUSSO y WENCES (2016), pp. 281-326.

Como se puede apreciar en la jurisprudencia revisada en este apartado, la óptica utilizada por la Corte IDH para resolver los casos de tipo multicultural de fuente indígena es la del liberalismo multicultural, conceptualizando los derechos de grupo y aplicándolos en su jurisprudencia. La Corte IDH ha tenido claro las implicancias teóricas y prácticas de consagrar derechos de grupo, por lo que ha sido prudente en la forma en que los ha formulado, para que éstos no se transformen en futuras restricciones internas que puedan anular los derechos individuales al interior de las comunidades indígenas.¹⁰⁰³

3.4. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS CULTURALES

En este acápite abordaré la jurisprudencia de la Corte IDH sobre aspectos ligados a la cultura, principalmente, de fuente indígena. Así, la jurisprudencia la agruparé en aquellos casos que dicen relación con aspectos culturales que se derivan del contenido del derecho a la vida¹⁰⁰⁴; del derecho a las garantías judiciales¹⁰⁰⁵; del derecho a la propiedad comunal¹⁰⁰⁶; del derecho a la familia¹⁰⁰⁷ y de los derechos de la niñez indígena¹⁰⁰⁸; del derecho a libertad de pensamiento y de expresión¹⁰⁰⁹; y en cuanto a las medidas de reparación.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰³ Al respecto, véase lo señalado sobre la tensión al interior de los grupos en el capítulo primero en el apartado dedicado a los derechos de los grupos (1.3.2).

¹⁰⁰⁴ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Caso Bámaca Velásquez con Guatemala (2000); b) Caso Moiwana con Surinam (2005); c) Caso Masacres de Río Negro con Guatemala (2012); d) Caso Yakye Axa con Paraguay (2005); e) Caso Sawhoyamaxa con Paraguay (2006); f) Caso Xákmok Kásek con Paraguay (2010).

¹⁰⁰⁵ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Caso Tiu Tojin con Guatemala (2008); b) Caso Rosendo Cantú y otra con México (2010).

¹⁰⁰⁶ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Caso Awás Tingi con Nicaragua (2000); b) Caso Yakye Axa con Paraguay (2005); d) Caso Sawhoyamaxa con Paraguay (2006); e) Caso Xákmok Kásek con Paraguay (2010). Asimismo, se debe tener en consideración: CIDH (2004). Informe caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice).

¹⁰⁰⁷ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Chitay Nech y otro con Guatemala (2010); b) Norín Catrimán y otros con Chile (2014).

¹⁰⁰⁸ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Caso Xákmok Kásek con Paraguay (2010); b) Chitay Nech y otro con Guatemala (2010); c) Caso Rosendo Cantú y otra con México (2010); d) Caso Masacres de Río Negro con Guatemala (2012).

¹⁰⁰⁹ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en el Caso López Álvarez con Honduras (2006).

¹⁰¹⁰ En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Caso Aleoboetoe con Surinam (1993); b) Caso Awás Tingi con Nicaragua (2000); c) Caso Plan de Sánchez con Guatemala (2004); d) Caso Moiwana con Surinam (2005).

3.4.1. Aspectos culturales en el derecho a la vida

La jurisprudencia de la Corte IDH en este punto la dividiré en dos temáticas: 1) aquella que se relaciona con el derecho a una vida digna; 2) la que dice relación con aspectos culturales a considerar en el entierro y trato de un cadáver conforme a la cultura indígena¹⁰¹¹. Sobre el primer punto, esto es, la jurisprudencia que se relaciona con el derecho a una vida digna, podemos señalar los siguientes casos: a) Caso Yakye Axa con Paraguay (2005); b) Caso Sawhoyamaxa con Paraguay (2006); c) Caso Xákmok Kásek con Paraguay (2010).

En el caso Yakye Axa con Paraguay (2005) la Corte IDH señaló que las comunidades indígenas habían visto vulnerado su derecho a la vida y vivían en condiciones de miseria extrema debido a la falta de tierra y acceso a sus recursos naturales. Para la Corte IDH, lo anterior se produce por el hecho de que las comunidades indígenas del Paraguay tienen un estrecho vínculo cultural con su tierra y, por ende, “el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia”¹⁰¹². Esta jurisprudencia se confirmó en el caso Sawhoyamaxa con Paraguay (2006)¹⁰¹³ y fue enfatizada en el caso Xákmok Kásek con Paraguay (2010), ya que la Corte IDH consideró que: “la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria”¹⁰¹⁴. Como podemos apreciar, la Corte IDH no sólo caracteriza al pueblo indígena como un sujeto especial de protección, sino que vincula el derecho a la vida con el de propiedad para garantizar la supervivencia de la comunidad y su forma de vida, es decir, protege la diversidad cultural en sentido fuerte.

Otro aspecto en el que la jurisprudencia de la Corte IDH ha abordado aspectos culturales relacionados con el derecho a la vida en casos multiculturales es en aquellos relacionados con en

¹⁰¹¹ Para un análisis completo de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el derecho a la vida, véase: AYALA y RIVERO (2014), pp. 112-130. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 135-198.

¹⁰¹² Cfr. SCrIDH (2005). Yakye Axa con Paraguay, párr. 167.

¹⁰¹³ Cfr. SCrIDH (2006). Sawhoyamaxa con Paraguay, párrs. 156-176.

¹⁰¹⁴ Cfr. SCrIDH (2010). Xákmok Kásek con Paraguay, párr. 214.

el entierro y trato de un cadáver conforme a la cultura indígena. En este punto los casos relevantes son: a) Caso Bámaca Velásquez con Guatemala (2000); b) Caso Moiwana con Surinam (2005); c) Caso Masacres de Río Negro con Guatemala (2012).

La Corte IDH en el caso Bámaca Velásquez con Guatemala (2000), relativo a la desaparición forzada del miembro del Pueblo Indígena Maya Efraín Bámaca Velásquez, consideró la existencia de un estrecho vínculo cultural para los miembros de dicho pueblo indígena y las honras fúnebres debido a que:

“Esta Corte considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua). Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo “rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados”, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena”.¹⁰¹⁵

En el caso Moiwana con Surinam (2005) la Corte IDH realiza un razonamiento similar al del caso anterior, agregando que las afectaciones emocionales que sufrieron las víctimas de la Comunidad indígena por el hecho de no poder honrar a sus muertos y enterrarlos según su cultura,

¹⁰¹⁵ Cfr. SCrIDH (2002). Bámaca Velásquez con Guatemala, párr. 81.

sería atentatorio no sólo con el derecho a la vida, sino que también con el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5 de la CADH, por el sufrimiento que esto causaba en las víctimas (familiares).¹⁰¹⁶

Finalmente, en el caso Masacres de Río Negro con Guatemala (2012) la Corte IDH junto con confirmar la jurisprudencia precitada vinculando las honras fúnebres con el derecho a la vida (artículo 4 de la CADH) y el derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH), también lo relaciona con el derecho a la libertad de conciencia y de religión, consagrado en el artículo 12 de la CADH¹⁰¹⁷. Así, la Corte IDH señala que:

“(…) los miembros de la comunidad de Río Negro no pueden realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no ha localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas supuestamente ejecutadas durante las masacres, y a que 17 personas se encuentran desaparecidas forzosamente. Pero, por otro lado, tampoco pueden realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encuentran inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy. Esta Corte ya ha señalado que *la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, como la de Guatemala*”.¹⁰¹⁸

Con este último fallo la Corte IDH consolida una vanguardista jurisprudencia sobre el significado de los derechos de los pueblos indígenas en una sociedad multicultural en lo relacionado a sus derechos a la identidad cultural y religiosa. Como podemos apreciar, en este

¹⁰¹⁶ Cfr. SCrIDH (2005). Caso de la comunidad Moiwana con Surinam, párr. 100.

¹⁰¹⁷ Según Marco Huaco, si bien la Corte IDH había reconocido este derecho en la protección de las prácticas religiosas y el derecho a la identidad, hasta la fecha de su artículo esto no había sido aplicado en la parte resolutive de las sentencias de la Corte IDH de manera explícita. Cfr. HUACO (2014), p. 304. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), p. 425.

¹⁰¹⁸ Cfr. SCrIDH (2012). Caso Masacres de Río Negro con Guatemala, párr. 160.

grupo de jurisprudencia para la Corte IDH el aspecto cultural es relevante no sólo para hacer un interpretación contextualizada y flexible de las normas del CADH sino que también para conectar sus diferentes derechos (derecho a la vida, integridad personal y libertad de conciencia y de religión).

3.4.2. Aspectos culturales en las garantías judiciales

La Corte IDH tiene una profusa jurisprudencia relacionada con el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la CADH¹⁰¹⁹. En ese sentido, en materia multicultural indígena ha preceptuado la necesidad de que los miembros de los pueblos indígenas cuenten con un intérprete en sede jurisdiccional.

Así lo ha señalado en el caso Tiu Tojin con Guatemala (2008), relacionado con la desaparición forzada de Maria Tiu Tojin y su hija, quienes pertenecían al pueblo indígena Maya. Para la Corte IDH, los familiares de la víctima tuvieron obstáculos para ejercer su derecho de acceso a la justicia debido a la falta de intérpretes para que la investigación de los hechos se hubiera realizado oportunamente. En ese sentido la Corte IDH señaló que: “(...) para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria”.¹⁰²⁰

Posteriormente, la Corte IDH resolvió en el caso Rosendo Cantú con México, en el que la víctima que era miembro de la comunidad indígena me'paa y no hablaba español con fluidez, no

¹⁰¹⁹ Al respecto, véase: IBÁÑEZ (2014), pp. 207-254. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 317-398.

¹⁰²⁰ Cfr. SCrIDH (2008). Caso Tiu Tojin con Guatemala, párr. 100.

pudo ejercer adecuadamente su derecho de acceso a la justicia cuando acudió a denunciar la violación sexual de la que había sido víctima por parte de militares mexicanos. En este caso, para la Corte IDH: “no se proveyó a la señora Rosendo Cantú, quien al momento de los hechos no hablaba español con fluidez, de la asistencia de un intérprete, sino que debió ser asistida por su esposo, hecho que, a criterio de esta Corte no respeta su identidad cultural, y no resulta adecuado para asegurar la calidad del contenido de la declaración ni para proteger debidamente la confidencialidad de la denuncia. El Tribunal considera que resulta particularmente inapropiado que la señora Rosendo Cantú tuviera que recurrir a su marido para relatar los hechos de la violación sexual”.¹⁰²¹

Este grupo de casos da cuenta de la importancia que tiene en la jurisprudencia de la Corte IDH la cultura indígena al momento de determinar el alcance de los derechos establecidos en la CADH, que en este grupo de casos tenía relación con las garantías judiciales. Podemos apreciar que, para la Corte IDH, en sociedades multiculturales todos los derechos de la CADH se tienen que mirar bajo un prisma cultural y al momento de analizar un caso de tipo multicultural se debe tener en consideración las excepciones o especificaciones que se deben realizar en la interpretación de los derechos en juego, para lograr una plena efectividad de los derechos humanos.

3.4.3. Aspectos culturales en el derecho a la propiedad comunal

En el apartado tercero del presente capítulo analicé latamente la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a los derechos territoriales y la propiedad comunal indígena derivada del artículo 21 de la CADH. En este punto relevaré los fundamentos culturales que le ha dado la Corte IDH para la protección de la propiedad comunitaria indígena.

Así, en un primer aspecto la Corte IDH ha fundamentado el derecho a la propiedad comunitaria por la “estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra”, la que debe ser reconocida y comprendida como “la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su

¹⁰²¹ Cfr. SCrIDH (2010). Caso Rosendo Cantú y otra con México, párr. 179. Comentando estos dos últimos casos, Oswaldo Ruiz y Gina Donoso, señalan que no es clara la fuente normativa de la cual la Corte IDH ha derivado la obligación estatal según la cual para garantizar adecuadamente el acceso a la justicia se deba contar con un intérprete, ya que a su juicio la obligación contenida en el artículo 8 de la CADH no es fácil de desprender de dicho artículo. Al respecto, véase: RUIZ y DONOSO (2014), p. 968.

supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.¹⁰²²

Profundizando en el entendimiento del significado de cultura y su ligazón con la tierra y la propiedad comunitaria, la Corte IDH en el caso Yakye Axa señaló que: “(...) la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.¹⁰²³

En el mismo sentido, para la CIDH “la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”.¹⁰²⁴

Además, la CIDH ha señalado que dicha relación especial entre los pueblos indígenas y su territorio, es fundamental para la integridad cultural de los pueblos indígenas, debido a “que los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con el territorio tradicional, en donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se vinculan a la ocupación y uso de sus territorios físicos”¹⁰²⁵. Así, para la CIDH la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra, ya que la tierra

¹⁰²² Cfr. SCrIDH (2000). Caso Awas Tingi con Guatemala, párr. 149. Esto ha sido refrendado en los siguientes casos: En este punto revisaré la jurisprudencia de la Corte IDH recaída en los siguientes casos: a) Caso Awas Tingi con Nicaragua (2000); b) Caso Yakye Axa con Paraguay (2005); d) Caso Sawhoyamaxa con Paraguay (2006); e) Caso Xákmok Kásek con Paraguay (2010).

¹⁰²³ Cfr. SCrIDH (2005). Caso Yakye Axa con Paraguay, párr. 135.

¹⁰²⁴ Cfr. CIDH (2010). Informe temático, pp. 21-22.

¹⁰²⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 22.

constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y del enlace del grupo.¹⁰²⁶

Como podemos apreciar en la jurisprudencia sobre propiedad comunal indígena de la Corte IDH, la importancia cultural que tiene la relación de los pueblos indígenas con la tierra para la noción misma del significado de ser indígena y la constitución de sus comunidades, no sólo es relevado por la Corte IDH al momento de interpretar el artículo 21 de la CADH sino que es la base para configurar un nuevo tipo de derecho humano a la propiedad en el caso de los pueblos indígenas, que tiene las características de ser un derecho de grupo y que se conecta con una serie de derechos protegidos en la CADH, tales como: el derecho a la vida, la libertad de conciencia y religión, y el derecho de protección a la familia.

La construcción teórica que realiza la Corte IDH en el caso del derecho a la propiedad comunal indígena amparado en el artículo 21 de la CADH y su fundamento en la importancia cultural que tiene la especial relación con la tierra en el caso de los pueblos indígenas, da cuenta de la óptica con la que enfrenta los casos de tipo multicultural la Corte IDH, siendo esta la de los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural. Además, en la resolución de este tipo de casos, podemos apreciar cómo la Corte IDH utiliza las herramientas prácticas que ha dejado el debate multicultural, tales como la inversión de la carga de la prueba, la interpretación contextualizada y la deferencia a la cultura indígena.

3.4.4. Aspectos culturales en el derecho de protección a la familia y la niñez

El artículo 17 de la CADH consagra el derecho de protección a la familia, afirmando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por el Estado. Tal como apunta Mary Beloff, el concepto de familia ha tenido un desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, transitando desde concepciones tradicionales y restrictivas hacia nociones abiertas y plurales, adaptándose a las diversas circunstancias, contextos y realidades sociales.¹⁰²⁷

¹⁰²⁶ Ídem.

¹⁰²⁷ Cfr. BELOFF (2014), p. 389.

Lo anterior es especialmente significativo en sociedad multiculturales, siendo relevante que en la interpretación de “los múltiples sentidos de la institución “familia” y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte IDH ha establecido, de forma coincidente con el TEDH, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁰²⁸

Esta diversidad del concepto y alcance de las “familias” en contextos multiculturales fue reconocido por la Corte IDH en el caso Chitay Nech y otros con Guatemala. En dicho caso, la Corte IDH amplió el concepto de “familia” y el de “convivencia familiar” en el contexto indígena, señalando que esta no se limita al núcleo familiar dado por el parentesco, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual se forma parte.¹⁰²⁹

Para la Corte IDH el desplazamiento forzado de la familia Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral, generando para el Estado responsabilidad internacional por vulneración al artículo 17 de la CADH¹⁰³⁰. Así, para la Corte IDH el deber de protección de la vida familiar implica acciones positivas de resguardo hacia todas las estructuras familiares, así como en una amplia y plural concepción de la familia.¹⁰³¹

Por su parte en el caso de los derechos de la niñez, el artículo 19 de la CADH señala que los niños tienen el derecho a las medidas de protección que se requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado¹⁰³². En ese sentido, cuando se trata de niños de comunidades indígenas, para la Corte IDH los Estados tienen una obligación adicional, cuya fuente normativa se encuentra en

¹⁰²⁸ Ídem. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 477-480.

¹⁰²⁹ Cfr. SCrIDH (2010). Caso Chitay Nech y otros con Guatemala, párr. 159. Asimismo, véase: SCrIDH (2014). Caso Norín Catrimán y otros con Chile, párrs. 402-411.

¹⁰³⁰ Cfr. Ibid., párrs. 159-163.

¹⁰³¹ Cfr. BELOFF (2014), p. 426.

¹⁰³² Para un estudio amplio de los deberes del Estado en razón de este artículo de la CADH, véase: BELOFF (2014a), pp. 445-469. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 487-520.

el artículo 30 de la CDN¹⁰³³, que dice relación con la promoción y protección del derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, religión e idioma.¹⁰³⁴

Así lo determinó la Corte IDH en el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay al señalar que: “Con respecto a la identidad cultural de los niños niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma”.¹⁰³⁵

Lo anterior fue ratificado por la Corte IDH en los casos Chitay Nech y otros con Guatemala (2010)¹⁰³⁶ y en el caso Masacres de Río Negro con Guatemala (2012)¹⁰³⁷. En particular, la Corte IDH en el caso Masacres de Río Negro señala que: “(...) esta Corte ha sostenido que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”.¹⁰³⁸

Con los grupos de casos revisados previamente, podemos apreciar (nuevamente) que la Corte IDH realiza un interpretación de los derechos humanos sensible a los aspectos culturales y que busca la plena realización de los mismos realizando un escrutinio fuerte de la actividad estatal. Para la Corte IDH en los casos de tipo multicultural se deben tener en consideración el papel que juegan las especificidades culturales en la configuración y posterior aplicación de los derechos humanos consagrados en la CADH.

¹⁰³³ El artículo 30 de la CDN señala que: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

¹⁰³⁴ Cfr. RUIZ y DONOSO (2014), p. 994.

¹⁰³⁵ Cfr. SCrIDH (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay, párr. 261.

¹⁰³⁶ Véase: SCrIDH (2010). Caso Chitay Nech y otros con Guatemala, párrs. 167-168.

¹⁰³⁷ Véase: SCrIDH (2012). Caso Masacres de Río Negro con Guatemala, párrs. 142-150.

¹⁰³⁸ Cfr. SCrIDH (2012). Caso Masacres de Río Negro con Guatemala, párr. 144.

3.4.6. Aspectos culturales en el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

Para la Corte IDH la libertad de pensamiento y de expresión son parte de la trilogía de libertades personales que constituyen el prerequisite de los derechos de participación política y son fundamentales para posibilitar el sistema democrático¹⁰³⁹. De esta forma, el artículo 13 de la CADH establece el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en el que, según la Corte IDH, la expresión y difusión del pensamiento constituyen una dimensión del mismo¹⁰⁴⁰. Así, en sociedad multiculturales de fuente indígena se podría catalogar esta dimensión como el derecho a usar la lengua propia.¹⁰⁴¹

En ese sentido, la Corte IDH en el caso López Álvarez con Honduras (2006), en el que se denunciaba al Director del Centro Penitenciario de prohibir a la población indígena (garífuna) del penal a utilizar su idioma, señala que: “el artículo 13.1 consagra expresamente la libertad de difundir oralmente la información. La Corte considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”.¹⁰⁴²

Para la Corte IDH, los Estados tienen la obligación de considerar las diferencias entre la población indígena y la mayoritaria, con el objeto de adecuar y proteger culturalmente a la indígena, tomando en consideración que el idioma de los mismos es uno de los principales elementos de su cultura e identidad, ya que garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura. Así, cualquier interferencia o restricción de la misma, afecta gravemente el derecho a la

¹⁰³⁹ Al respecto, véase: SCrIDH (2010). Caso Manuel Cepeda con Colombia, párrs. 168-179.

¹⁰⁴⁰ Para un estudio amplio del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en el marco de la CADH, véase: BERTONI y ZELADA (2014), pp. 320-342. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 427-465.

¹⁰⁴¹ Cfr. RUIZ y DONOSO (2014), p. 970.

¹⁰⁴² Cfr. SCrIDH (2006). Caso López Álvarez con Honduras, párr. 165.

libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH y que en contextos multiculturales se manifiesta en el derecho a usar la lengua propia.¹⁰⁴³

En este caso, la Corte IDH construye (a partir de la cultura) una protección externa (en el sentido de Kymlicka) a favor de la supervivencia cultural de los pueblos indígenas. Como revisamos en el capítulo primero (1.2) las protecciones externas a los grupos culturales es una de las vías que han planteado los teóricos del liberalismo multicultural para establecer derechos diferenciados a los grupos étnicos y culturales dada la relevancia que tendrían éstos para la autonomía de sus miembros. Recogiendo estos presupuestos teóricos, la Corte IDH construye una garantía de este tipo realizando una interpretación contextualizada y flexible del derecho a la libertad de pensamiento y expresión consagrado en el artículo 13 de la CADH.

3.4.7. Aspectos culturales en las medidas de reparación

La Corte IDH ha desarrollado ampliamente las modalidades de reparación, siendo uno de los aspectos novedosos de la jurisprudencia de la misma¹⁰⁴⁴. En ese sentido la cultura indígena ha sido fundamental en la jurisprudencia de la Corte IDH tanto para la determinación de los beneficiarios de las reparaciones, como para la evaluación del daño inmaterial.

En cuanto al rol que ha jugado la cultura indígena para la determinación de los beneficiarios de las reparaciones, la Corte IDH en el caso Aloeboetoe con Surinam (1993) no aplicó las normas del derecho civil nacional para ello, sino que reconoció las costumbres del pueblo indígena. Así, para la determinación de los herederos de las víctimas interpretó, según la cultura y costumbre indígena los términos de “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes”.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴³ Cfr. SCrIDH (2006). Caso López Álvarez con Honduras, párrs. 171-173.

¹⁰⁴⁴ Al respecto, véase: NASH (2009) pp. 9-94. Para un estudio sobre las formas de reparación y peculiaridades que deben tener estas cuando se trata de víctimas indígenas, véase: RUIZ y DONOSO (2014), pp. 998-1024.

¹⁰⁴⁵ Cfr. SCrIDH (2006). Caso Aloeboetoe y otros con Surinam, párrs. 60-66. Sin embargo, “(...) al referirse a los ascendientes, la Corte advirtió que no haría ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre. Por ende, tomó como beneficiarios de las reparaciones a las esposas de los cimarrones fallecidos, a los hijos de éstos con cada una de sus esposas, y al padre y madre de los fallecidos, sin hacer distinciones basadas en el género. El Tribunal básicamente dio prioridad al derecho individual por sobre el derecho colectivo, sin explicar por qué la cultura de la tribu en este punto violentaba algún derecho humano y sin hacer algún juicio de ponderación que explique el motivo de la preferencia de un derecho (individual) por sobre otro (colectivo). Es de notar que los familiares de las víctimas o sus representantes legales no solicitaron a la Corte que desconociera la cultura de su grupo. El Tribunal,

Asimismo, la cultura indígena, ha jugado un rol relevante en la determinación del daño inmaterial. Así, en el caso Aloeboetoe con Surinam la Corte IDH amplió el concepto de víctima para la determinación del daño, ya que consideró que los miembros de la comunidad indígena constituían una familia en sentido amplio, por lo que el daño que se le causaba a uno se les producía a todos, ordenando el pago de una indemnización por cada una de las víctimas.¹⁰⁴⁶

Como hemos podido apreciar, en los casos de tipo multicultural la Corte IDH incorpora de manera fuerte en la interpretación de las normas de la CADH los aspectos culturales, construyendo entendimientos específicos de los derechos convencionales para dichos casos y evaluando la actividad estatal bajo dicho prisma, es decir, bajo una óptica de tipo multicultural. Esto no sólo es novedoso, sino que da cuenta del contraste que tiene con el TEDH, que es reacio a establecer diferenciaciones en razón a los aspectos culturales que se derivan del caso, tal y como pudimos apreciar, entre otros, en los casos D.H. y otros con República Checa o en el caso Muñoz Díaz con España.¹⁰⁴⁷

3.5. JURISPRUDENCIA RELATIVA A REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN CONTEXTOS MULTICULTURALES

En el capítulo primero del presente trabajo, señalaba que la representación política de los grupos étnicos y culturales es fundamental para que en la práctica democrática el proceso de deliberación política considere sus “perspectivas sociales” y a la larga, en un proceso de *lege ferenda*, se vaya logrando la culturalización de los derechos humanos y un proceso continuo de diálogo (en pie de igualdad) entre las diferentes culturas y sujetos y grupos tanto en un sentido interno como externo¹⁰⁴⁸. En ese sentido, para los objetivos del presente trabajo es importante analizar la

sin petición de por medio, decidió dar prevalencia al enfoque de género en lugar del cultural. Esto puede dar lugar a muchos debates, sin embargo, un argumento interesante es este contexto es el de Culberstone y Pouligny, quienes demuestran que los grupos locales retoman a la tradición para resolver conflictos, pero también reconocen que las innovaciones parten de la realidad de cada cultura, y que tomando y ajustando ideas desde el exterior y reconfigurando viejos conceptos a nuevas experiencias se planifican y ajustan las estrategias locales”. Cfr. RUIZ y DONOSO (2014), p. 1001.

¹⁰⁴⁶ Cfr. SCrIDH (2006). Caso Aloeboetoe y otros con Surinam, párr. 83. Asimismo, véase: SCrIDH (2000). Caso Awas Tingi con Nicaragua, párr. 83; SCrIDH (2004). Caso Plan de Sánchez con Guatemala, párrs.80-83.

¹⁰⁴⁷ Al respecto, revisar el punto 2.4.2 del capítulo segundo del presente trabajo.

¹⁰⁴⁸ Específicamente, véase el apartado 1.3.1 y 1.3.3 del capítulo primero del presente trabajo.

jurisprudencia tanto de la Corte IDH como la del TEDH¹⁰⁴⁹ sobre la materia, ya que en la inclusión de los grupos étnicos-culturales en el proceso de deliberación política se juega a la postre la real protección (o no) de los derechos humanos tanto de los individuos como de los grupos que forman parte de la diversidad étnica y cultural de las sociedades actuales.

De esta forma, la Corte IDH ha generado una relevante jurisprudencia sobre derechos políticos¹⁰⁵⁰ y, en particular sobre los derechos políticos de los pueblos indígenas. Dicha jurisprudencia se encuentra contenida, principalmente, en las sentencias del caso Yatama con Nicaragua (2005), caso Castañeda Gutman con México (2008) y caso Chitay Nech y otros con Guatemala (2010)¹⁰⁵¹. La revisión se centrará en el caso Yatama con Nicaragua, debido a que es el caso central en la materia. Así, el presente apartado revisará en primer lugar y con mayor detalle los presupuestos fácticos y teóricos de dicho caso. Posteriormente, analizaré tanto la sentencia de la Corte IDH en el caso de Castañeda Gutman como en el caso Chitay Nech.

3.5.1. Caso Yatama con Nicaragua

El 17 de junio de 2003, la CIDH presentó ante la Corte IDH una demanda contra el Estado de Nicaragua. En la demanda, la CIDH sostiene que el Estado de Nicaragua violó los artículos 8.1 (Garantías Judiciales), 23 (Derechos Políticos) y 25 (Protección Judicial) de la CADH, todos ellos en relación con los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de dicho tratado, en perjuicio de los candidatos a alcaldes,

¹⁰⁴⁹ La jurisprudencia del TEDH sobre la representación política en contextos multiculturales fue analizada en el apartado 2.3 del capítulo segundo del presente trabajo.

¹⁰⁵⁰ En materia de derechos políticos, además de los casos señalados, resultan relevantes las sentencias de la Corte IDH sobre: a) Caso Carpio Nicolle y otros con Guatemala (2004); b) Caso Aptiz Barbera y otros con Venezuela (2008); c) Caso Reverón Trujillo con Venezuela (2009); d) Caso Manuel Cepeda Vargas con Colombia (2010); e) Caso López Mendoza con Venezuela (2011). En los casos precitados, la Corte IDH analizó: a) el derecho a la participación política en su sentido *lato*; b) el derecho al voto y a la participación política en condiciones de igualdad y no discriminación; c) el acceso y permanencia en los cargos políticos en condiciones de igualdad; d) los tipos y calidades de sujetos y su protección normativa; e) las inhabilidades y su compatibilidad con los derechos políticos. Al respecto, véase: CABALLERO y RÁBAGO (2014), pp. 552-578. Asimismo, véase: ESPEJO y LEIVA (2012), pp. 575-594.

¹⁰⁵¹ Además de los casos señalados, está el caso Escué Zapata con Colombia (2007), en el cual la CIDH señaló que se habían violado los derechos políticos del pueblo indígena Paez, al que representaba el Sr. Escué. Sin embargo, la Corte IDH no se pronunció sobre los derechos políticos, ya que los representantes de la víctima no indicaron cómo se vulneró ese derecho. Así, sólo analizó dicho caso en consideración a la privación arbitraria de la vida del Sr. Escué.

vicealcaldes y concejales presentados por el partido político regional indígena YATAMA¹⁰⁵². Para la CIDH, dichas personas fueron excluidas de participar en las elecciones municipales realizadas el 5 de noviembre de 2000 en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur, como consecuencia de la resolución emitida el 15 de agosto de 2000 por el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua.

En la demanda se indicó que las presuntas víctimas presentaron diversos recursos contra dicha resolución y, finalmente, el 25 de octubre de 2000 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declaró improcedente un recurso de amparo interpuesto por éstos. La CIDH argumentó que el Estado no previó un recurso que hubiese permitido amparar el derecho de dichos candidatos de participar y ser elegidos en las elecciones municipales de 5 de noviembre de 2000, como tampoco adoptó medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos tales derechos. Especialmente, no previó “normas en la ley electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas en los procesos electorales de la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua, de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan”.¹⁰⁵³

El artículo 82 de la Ley Electoral de 2000 de Nicaragua, disponía como requisito para participar en las elecciones municipales que los partidos políticos presentaran candidatos al menos en el 80% de los municipios de la respectiva circunscripción territorial y respecto del 80% del total de las candidaturas. Así, el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua decidió no registrar a los candidatos propuestos por Yatama. Consideró que, al quedar excluido el partido que se presentó en alianza con Yatama, este último, por sí solo, no cumplía el requisito de haber presentado candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción territorial.

Al realizar la exclusión de los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por Yatama, quedaron sólo seis partidos políticos para participar en las elecciones municipales. Según informes y testimonios presentados en el caso, en algunas zonas se registró un nivel de

¹⁰⁵² Un análisis específico de los derechos de la CADH involucrados en el caso, véase: FUENZALIDA BASCUÑAN (2008), pp. 66-99.

¹⁰⁵³ SCrIDH (2005). Yatama con Nicaragua, párr. 2.

abstencionismo de aproximadamente un 80%, dado que una parte del electorado compuesto por miembros de comunidades indígenas y étnicas no se encontraba debidamente representado por los partidos nacionales¹⁰⁵⁴. Los candidatos que ganaron las elecciones pertenecían a los partidos tradicionales. Lo central en el caso, es si la aplicación de la Ley Electoral vigente y la exigencia de los requisitos para constituir un partido político disminuyeron las posibilidades de participación de las organizaciones indígenas y étnicas, convirtiéndose en una discriminación en contra de un grupo históricamente desaventajado y si ello justifica, para que la Corte IDH haga un análisis fuera de los cánones clásicos del derecho a la igualdad y la participación política.

La Corte IDH, tenía la alternativa de seguir el razonamiento formal expuesto por el Juez Montiel Argüello, en el sentido de que el derecho de participación política –precisamente- por la aplicación del principio de igualdad debería exigir a los candidatos indígenas los mismos requisitos que a los no indígenas. Debido a ello, “salvo algún caso excepcional un Estado no puede tener leyes diferentes para cada una de las etnias que lo integran cuando se trata de la elección de autoridades que ejercerán sus funciones en territorios habitados por diferentes etnias como son los Municipios de las Regiones Autónomas”.¹⁰⁵⁵

Sin embargo, el camino por el cual optó la Corte IDH fue el de considerar que el derecho a la participación política en realidades multiculturales debe tener en cuenta la efectiva participación política de los grupos étnicos que la conforman¹⁰⁵⁶. Para la Corte IDH:

“(…) de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, párrs.110-111.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, voto disidente Juez Ad hoc, Alejandro Montiel Argüello, párr. 5. Sobre el carácter colectivo del derecho a la representación política en el caso, véase: *Ibid.*, voto concurrente Juez, Sergio García Ramírez, párrs. 1-15.

¹⁰⁵⁶ En el voto concurrente de la sentencia el Juez García-Sayán señala que: “En consecuencia, vistos los hechos probados en este caso a la luz de los razonamientos derivados de lo estipulado en el artículo 23.1. c) en cuanto a las condiciones generales de igualdad y en el artículo 24° en lo que atañe a la igualdad y no discriminación, resulta clara la obligación del Estado de no tolerar prácticas o normas que pudieren tener un efecto discriminatorio. Ello no debe entenderse como opuesto a reglas y condiciones homogéneas para toda la sociedad y ciudadanos en lo que atañe al pleno ejercicio de los derechos políticos”. *Ibid.*, voto concurrente Juez, Diego García-Sayán, párr. 32.

necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.¹⁰⁵⁷

Así, para la Corte IDH, Nicaragua “no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por Yatama, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, ya que se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000”.¹⁰⁵⁸

En el primer capítulo del presente trabajo, analicé en términos teóricos los derechos especiales de representación –utilizando el lenguaje de Kymlicka- y sus posibles acomodaciones en los sistemas democráticos de derecho en contextos multiculturales. El caso Yatama con Nicaragua, resulta interesante, ya que la Corte IDH al resolver sobre él, supera las lógicas formales de la democracia representativa y toma en cuenta la realidad multicultural de un país y su posible incidencia sobre la participación real de la población en el proceso político, integrando un elemento material en la forma de configurar la participación política en contextos multiculturales.

Para la CIDH, después del caso Yatama, se puede entender que el artículo 23 de la CADH “se refiere a los derechos políticos no sólo como derechos sino como oportunidades lo que implica que toda persona que formalmente sea titular de estos derechos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En este sentido, la Corte Interamericana ha considerado indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de la igualdad y la no discriminación”.¹⁰⁵⁹

Del fallo analizado, es posible apreciar que existe un derecho especial de representación política en contextos multiculturales, otorgándole al grupo cultural (en éste caso pueblo indígena) una

¹⁰⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 201.

¹⁰⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 224.

¹⁰⁵⁹ Cfr. CIDH (2011). Informe Temático, p. 9.

relevancia en el proceso político¹⁰⁶⁰. Ello, debido a que lo que se determina es la aplicación de un examen más intenso del derecho a la igualdad en la participación política, “según el cual la participación política puede incluir amplias y diversas actividades, realizadas de modo individual o colectivo, destinadas a intervenir ya en la designación de los representantes, ya en la formación de la política estatal de modo directo, la efectivización de los derechos políticos puede a su vez requerir medidas de acción positiva por parte del Estado, que exceden la mera reglamentación del sistema de partidos, el contenido esencial de estos derechos implica la participación efectiva de las personas en la conducción del Estado”.¹⁰⁶¹

Asimismo, el voto separado concurrente del Juez Jackman refuerza la idea de que es un derecho especial de representación política para el grupo cultural. Ello, porque considera que el derecho de participación política consagrado en el artículo 23.1.b de la CADH es claramente de carácter individual. Al Juez le preocupa que la Corte IDH al incluir en su decisión cuestiones de cultura, costumbre y formas tradicionales de organización, este corriendo el riesgo de disminuir la protección que debe estar disponible a todo “ciudadano” bajo la jurisdicción de cada Estado, independientemente de la cultura, las costumbres o formas tradicionales de asociación del ciudadano.¹⁰⁶²

Sin embargo, sería un derecho especial de representación política del grupo cultural en cuanto a su fundamentación, quedando la incógnita en la configuración del mismo. De todas formas, la Corte IDH, da algunas luces al respecto, cuando señala que Nicaragua “debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo

¹⁰⁶⁰ Al respecto, Amaya Úbeda de Torres señala que: “La importancia democrática de los participantes de las elecciones, sea bajo la forma de partidos políticos, sea como asociaciones con una función específica, da lugar a una interpretación muy amplia del derecho, y a un control riguroso de todo lo que pueda suponer una excepción”. UBEDA DE TORRES (2007), p. 498. Asimismo, véase: RAMÍREZ y MAISLEY (2016), pp. 200-201. Para Salvador Millaleo y Marcos Váldez, del fallo se puede desprender la idea de que el proceso político no debe ser monopolizado por los partidos políticos. Véase: MILLALEO y VÁLDES (2014), p. 6.

¹⁰⁶¹ Cf. CLERICO y ALDAO (2011), p. 188. Analizando el caso Yatama en cuanto a un ejercicio de “equidad” en el proceso político y electoral, véase: DALLA VÍA (2012), pp. 25-61. Asimismo, véase el voto concurrente del Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez en el caso Yatama [SCrIDH (2005). Yatama con Nicaragua, párrs. 25-33].

¹⁰⁶² SCrIDH (2005). Yatama con Nicaragua, voto separado concurrente Juez Oliver Jackman.

de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”.¹⁰⁶³

De lo anterior, se puede desprender, que para la Corte IDH el Estado de Nicaragua debería configurar el derecho humano de participación política, garantizando que los miembros de las comunidades indígenas puedan participar igualitariamente en las elecciones. Con ello, la Corte IDH entiende el derecho especial de representación en términos colectivos en cuanto a su fundamentación, pero individual en su ejercicio. De esta forma, el derecho se llevaría a la práctica cuando los miembros de las comunidades indígenas puedan participar de forma individual, no siendo necesario una representación colectiva.

Así, la Corte IDH no aconseja algún mecanismo de representación especial determinado, pudiendo los Estados dar cumplimiento al mandato de la Corte IDH configurando el derecho especial de representación ya sea a través de: a) cuotas electorales; b) escaños reservados; c) mapas electorales o redistribución; d) otro mecanismo que permita el objetivo señalado.¹⁰⁶⁴

Sin perjuicio de lo anterior, para Maia Campbell, en el caso Yatama la Corte IDH junto con establecer este derecho especial de representación política para los pueblos indígenas en términos generales, también definiría sus contornos al sostener que: 1) los Estados deben adoptar medidas y procedimientos específicos para garantizar la efectiva participación y; 2) la participación política de los pueblos indígenas en los sistemas nacionales debe ser acorde con sus usos, costumbres y tradiciones¹⁰⁶⁵. El segundo punto se refuerza, ya que la Corte IDH consideró que en contextos multiculturales la participación política no se puede restringir a los partidos políticos tradicionales, señalando que: “la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones,

¹⁰⁶³ SCrIDH (2005). Yatama con Nicaragua, párr. 225.

¹⁰⁶⁴ Sobre los mecanismos de representación política especial para los pueblos indígenas, véase el apartado 1.3.3, del capítulo primero del presente trabajo.

¹⁰⁶⁵ Véase: CAMPBELL (2014), pp. 522-529.

como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000”.¹⁰⁶⁶

En la definición de los contornos del derecho que propone la autora, particularmente, en el punto segundo, se podría entender que no todos los mecanismos quedarían incluidos, ya que las cuotas electorales dentro de los partidos políticos tradicionales implicarían una individualización de la representación política de los pueblos indígenas, lo que podría atentar contra sus formas de organización y costumbre.¹⁰⁶⁷

Finalmente, es importante consignar que a pesar de la gran importancia teórica que ha tenido el fallo de la Corte IDH en el caso Yatama hasta la fecha el Estado de Nicaragua no ha dado cumplimiento íntegro a dicha sentencia, solo cumpliendo con el pago de indemnizaciones por concepto de daño material e inmaterial, y el pago de las costas y gastos del proceso. Pese al proceso de supervisión realizado por la Corte IDH, Nicaragua aún no cumple con: a) reformar la Ley Electoral N° 331; b) adoptar las medidas necesarias para que los miembros de los pueblos indígenas puedan participar en los procesos electorales en forma efectiva y tomando en consideración sus tradiciones, usos y costumbres; c) el establecimiento de un recurso que permita controlar judicialmente las decisiones del Consejo Supremo Electoral; d) pagar los intereses devengados por el retraso en el pago de las indemnizaciones correspondientes a daño material e inmaterial; e) la publicidad de la Sentencia en medios de radio difusión.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ SCrIDH (2005). Yatama con Nicaragua, párr. 218. Analizando el caso, Oswaldo Ruiz y Gina Donoso, apuntan que el Estado no habría justificado que la restricción apuntada tuviera un propósito útil, oportuno o que ayudara a la satisfacción de algún tipo de interés público relevante. Por el contrario, la restricción generaba un impedimento claro y manifiesto para que las comunidades indígenas pudieran ejercer sus derechos políticos. Cfr. RUIZ y DONOSO (2014), p. 996.

¹⁰⁶⁷ En ese sentido la autora señala que: “Furthermore, the right to political participation under conditions of equality for indigenous peoples means that governments cannot discriminate in the way the group organizes itself in order to participate in national political structures. This interpretation of the right also touches upon the rights of cultural integrity and self-determination, under which indigenous peoples have the right to maintain their own institutions and practices, while having a voice in state institutions”. Cfr. CAMPBELL (2014), p. 527.

¹⁰⁶⁸ Cfr. CORTE IDH (2015). Supervisión de cumplimiento de sentencia caso Yatama, pp. 1-9. Asimismo, véase los informes de cumplimiento de la Corte IDH de los años 2006, 2008, 2010 y 2011.

3.5.2. La representación política en contextos multiculturales después del caso Yatama

En el año 2008, la Corte IDH resolvió el caso Castañeda Gutman con México, en el que la CIDH denunciaba al Estado por violación de los derechos políticos del señor Jorge Castañeda Gutman, ya que se le había impedido de participar como candidato independiente en las elecciones presidenciales, debido a que no pertenecía a ningún partido político, lo que era un requisito para ello. La CIDH utilizaba el precedente en el caso Yatama, señalando que la exigencia de pertenecer a un partido político para ejercer los derechos políticos no era un requisito que contemplara el artículo 23 de la CADH.¹⁰⁶⁹

Sin embargo, para la Corte IDH el caso del Sr. Castañeda no justificaba que el examen de los requisitos que contempla la ley electoral mexicana para ser candidato fuese desatendido en sus aspectos formales, ya que no era un caso enmarcado en el contexto de la multiculturalidad. El Señor Castañeda no era representante de sectores excluidos de la sociedad o grupos vulnerables por su condición cultural, como sí lo era el caso Yatama. En ese sentido la Corte IDH señaló que:

“La Corte advierte que no puede sostenerse que exista identidad entre las circunstancias de hecho y el conflicto jurídico subyacente en el caso Yatama y las circunstancias de hecho y lo solicitado por la presunta víctima en el presente caso, para poder concluir que a este último es aplicable la consecuencia jurídica del primer caso (...) El caso Yatama trata de personas que pertenecen a comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua que se diferencian de la mayoría de la población, inter alia, por sus lenguas, costumbres y formas de organización, que enfrentaban serias dificultades que los mantenían en una situación de vulnerabilidad y marginalidad para participar en la toma de decisiones públicas dentro de dicho Estado, y donde el requisito de participar políticamente a través de un partido político se traducía en una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que impedía, sin alternativas, la participación de dichos candidatos en las elecciones municipales respectivas. En cambio, el

¹⁰⁶⁹ La Corte IDH en el caso Yatama señaló que: “(...) no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político”. SCRIDH (2005). Yatama con Nicaragua, párr. 215.

presente caso se trata de una persona que deseaba presentarse como candidato independiente, que no alegó ni acreditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad que estuviera impedido formal o materialmente para acceder a cualesquiera de las alternativas que el sistema electoral mexicano ofrecía para participar en las elecciones, y que tenía diversas alternativas idóneas para poder ser postulado como candidato”.¹⁰⁷⁰

Posteriormente, en el año 2010, en el caso Chitay Nech y otros con Guatemala¹⁰⁷¹, la Corte IDH refuerza la idea de que los pueblos indígenas, en tanto grupo cultural desaventajado, requieren de un marco especial para el ejercicio de sus derechos políticos y, por ende, la configuración de un derecho especial de representación política, el que se tiene que configurar tomando en consideración sus usos, costumbres y tradiciones.¹⁰⁷²

Para la Corte IDH la representación política de grupos social y culturalmente vulnerables como los indígenas, resulta ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático, es decir, la democracia en contextos multiculturales tiene como uno de sus prerequisites su participación y mecanismos que lo permitan¹⁰⁷³. Como podemos apreciar, para la Corte IDH la representación política de los pueblos indígenas es fundamental para que en la práctica democrática el proceso de deliberación política considere sus “perspectivas sociales”. Con ello, a la larga, en un proceso de *lege ferenda*, se irá logrando la culturalización de los derechos

¹⁰⁷⁰ SCrIDH (2008). Castañeda con México, párr. 172.

¹⁰⁷¹ El caso se relaciona con la desaparición forzada del dirigente político indígena maya kaqchikel, Florencio Chitay Nech ocurrida a partir del 1 de abril de 1981 en la Ciudad de Guatemala y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares. El dirigente político maya ocupaba el cargo de Concejal Primero del Consejo Municipal de San Martín Jilotepeque, cuya desaparición, señaló la Corte IDH, mostraba un evidente patrón de hostigamiento contra la población indígena de la zona, en términos sociales y políticos. Así la Corte IDH señaló que: “En el presente caso resulta evidente que el patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno” (supra párrs. 64 y 93), en su mayoría mayas, tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales, sino también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil dentro del cual se presenta la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros miembros que ejercían cargos públicos, demuestra la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de “Doctrina de Seguridad Nacional” (supra párr. 64)”. Cfr. SCrIDH (2010). Chitay Nech y otros con Guatemala, párr. 108.

¹⁰⁷² Ibid., párr. 114.

¹⁰⁷³ Ibid., párr. 113.

humanos y un proceso continuo de diálogo (en pie de igualdad) entre las diferentes culturas y sujetos y grupos al interior de los países que forman parte del CADH. Como decíamos al inicio del presente apartado: en la inclusión de los grupos étnicos-culturales en el proceso de deliberación política se juega a la postre la real protección (o no) de los derechos humanos tanto de los individuos como de los grupos que forman parte de la diversidad étnica y cultural de las sociedades actuales.¹⁰⁷⁴

3.6. JURISPRUDENCIA RELATIVA A DERECHOS DE MIGRANTES

En el capítulo primero (1.1) expuse el concepto de multiculturalismo que utilizaría para el presente trabajo y las fuentes del mismo. En ese sentido, señalé que una de las fuentes del multiculturalismo era el fenómeno migratorio, que en el caso americano representa un cuarto de la población de migrantes a nivel mundial y en las últimas décadas ha tensionado de forma importante a los Estados americanos y sus instituciones¹⁰⁷⁵. Esta tensión se explica porque la migración pone a prueba la construcción simbólica que han desarrollado los países de América Latina, donde la supuesta diferencia con el otro (generalmente nacional de un país vecino) se ha utilizado para fundamentar una supuesta mejor situación en términos económicos, políticos o sociales¹⁰⁷⁶. Además, esto se encuentra ligado al menosprecio generalizado que hay en América Latina por los indígenas y los afroamericanos (tanto a nivel individual como en relación con sus culturas), quienes han sido los principales migrantes en el siglo XX y XXI.¹⁰⁷⁷

En este sentido, la Corte IDH ha generado una relevante jurisprudencia sobre los derechos de los migrantes¹⁰⁷⁸, la que se encuentra contenida, principalmente, en las sentencias Niñas Yean y

¹⁰⁷⁴ Al respecto, véase el punto 1.3.3 del capítulo primero del presente trabajo.

¹⁰⁷⁵ Al respecto, véase el punto 1.4 del capítulo primero del presente trabajo.

¹⁰⁷⁶ En ese sentido, véase: BENGUA (2007). Para un análisis particular de las tensiones que ha producido la migración de los países vecinos en Chile, véase: GAJARDO FALCÓN (2014d), pp. 205-236.

¹⁰⁷⁷ Al respecto, véase: CIDH (2015). *Informe temático*, pp. 11-38.

¹⁰⁷⁸ Téngase en consideración que utilizo las definiciones de migrante dada por la Corte IDH, en la Opinión Consultiva relativas a los derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03 de 2003), en la que señala que “migrante” es: “Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante”. Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, párr. 69.

Bosico con República Dominicana (2005)¹⁰⁷⁹, Vélez Loor con Panamá (2010)¹⁰⁸⁰, Nadege Dorzema y otros con República Dominicana (2012)¹⁰⁸¹, Familia Pacheco Tineo con Bolivia (2013)¹⁰⁸² y Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana (2014).¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁹ El caso se origina por una denuncia presentada ante la CIDH en octubre de 1998, en la que se alega que República Dominicana, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar a los ciudadanos dominicanos. La CIDH señaló que el Estado obligó a las presuntas víctimas a permanecer en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, violaciones que adquieren una dimensión más grave cuando se trata de menores, toda vez que la República Dominicana negó a las niñas Yean y Bosico su derecho a la nacionalidad dominicana y las mantuvo como apátridas hasta el año 2001. Según la CIDH, la niña Violeta Bosico se vio imposibilitada de asistir a la escuela por un año debido a la falta de documentos de identidad. Para la CIDH, la inexistencia de un procedimiento para que un individuo apele una decisión del Registro Civil ante el Juez de Primera Instancia, así como las acciones discriminatorias de los oficiales del Registro Civil que no permitieron a las presuntas víctimas obtener sus actas de nacimiento, son alegadas por la CIDH como violaciones a determinados derechos consagrados en la CADH, específicamente los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial). Asimismo, la CIDH solicitó a la Corte IDH que ordenara al Estado que otorgue una reparación que comprometa una plena satisfacción por las presuntas violaciones de derechos ocurridas en perjuicio de las niñas. Además, pidió que el Estado adopte las medidas legislativas u administrativas necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la CADH y establezca directrices que contengan requisitos razonables para la inscripción tardía de nacimiento y no impongan cargas excesivas ni discriminatorias, con el objeto de facilitar los registros de los niños dominico-haitianos. En consideración a lo anterior, la Corte IDH condenó al República Dominicana por violación a los derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley consagrados, respectivamente, en los artículos 20 y 24 de la CADH, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Asimismo, la Corte IDH consideró que el Estado violó los derechos al nombre y al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica consagrados, respectivamente, en los artículos 3 y 18 de la CADH, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas ya señaladas. Finalmente, considero que el Estado violó el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la CADH, en relación con el 1.1 de la misma, en perjuicio de las señoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena. Al respecto, ver: Cfr. SCRIDH (2005). Caso Niñas Yean y Bosico con República Dominicana, párrs. 1-10 y 260. Sobre el fundamento del fallo, resulta esclarecedor el voto razonado del Juez Cançado Trindade en el que señala que: “La Corte ha, en suma, en la presente Sentencia, preservado los estándares de protección consagrados en su jurisprudencia constante. Se ha prevalecto del muy valioso aporte de su Opinión Consultiva n. 18, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (2003), así como del relevante legado de su Opinión Consultiva n. 17 (sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002); ha relacionado los derechos vulnerados entre sí (derecho a la nacionalidad y derechos del niño, derechos al nombre y al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la igualdad ante la ley, y derecho a la integridad personal), en lugar de tratarlos de modo indebidamente compartimentalizado; y ha subrayado el amplio alcance de los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana”. Véase: *Ibid.*, voto razonado, p. 7.

¹⁰⁸⁰ El caso se relaciona con la detención en Panamá del señor Jesús Tranquilino Vélez Loor, de nacionalidad ecuatoriana, y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación migratoria, sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa. La Corte IDH condenó al Estado por: a) violación del derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 7.1, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 de la CADH; b) violación del derecho a las garantías judiciales, reconocido en el artículo 8.1, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f y 8.2.h, de la CADH; c) violación del principio de legalidad, reconocido en el artículo 9, en relación con el artículo 1.1 de la CADH; d) violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 y 5.2, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, respecto a las condiciones de detención; e) por la falta de garantía del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 y 5.2, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, y por el incumplimiento de los artículos

Además, a los casos anteriormente señalados hay que incorporar dos opiniones consultivas¹⁰⁸⁴, relativas a los derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03 de 2003) y de las niñas y niños en el contexto de la migración (OC-21/14 de 2014)¹⁰⁸⁵. Aunque el número de resoluciones

1, 6 y 8 de la CIPST, respecto de la obligación de investigar los alegados actos de tortura, en perjuicio del señor Jesús Tranquilino Vélez Loo; f) incumplimiento la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia, establecido en los artículos 8.1 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la CADH. Al respecto, véase: Cfr. SCrIDH (2010). Vélez Loo con Panamá, párrs. 102-254.

¹⁰⁸¹ La CIDH sometió el caso a la Corte IDH en febrero de 2011 en contra de República Dominicana, fundándose en lo que describió como “uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de haitianos, en el cual perdieron la vida siete personas y resultaron heridas varias más”. Describiendo los hechos fundantes del caso la CIDH señaló lo siguiente: “a) los hechos fueron puestos en conocimiento directo de la justicia militar la cual, luego de varios años de proceso y pese a la solicitud de los familiares de los ejecutados de ser sometido a la jurisdicción ordinaria, absolvió a los militares involucrados; b) algunas de las víctimas sobrevivientes sufrieron violación a su libertad personal y violaciones a las garantías judiciales y protección judicial, puesto que fueron expulsadas de República Dominicana, sin recibir las garantías debidas en su carácter de migrantes; c) a nivel interno existe una “denegación de justicia desde la comisión de los hechos en perjuicio de las víctimas ejecutadas, así como respecto de los sobrevivientes y la consecuente impunidad”; y d) los hechos del presente caso se enmarcan en un contexto más general de discriminación en contra de las personas haitianas o de origen haitiano en la República Dominicana, así como de deportaciones de haitianos de la República Dominicana”. Véase: Cfr. SCrIDH (2012). Nadege Dorzema y otros con República Dominicana, párrs. 1-2. De conformidad a la anterior, la Corte IDH condenó al Estado por violación de los siguientes derechos: a la vida (artículo 4.1 de la CADH), a la integridad personal (artículo 5.1 de la CADH), a la libertad personal (artículo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 de la CADH), a las garantías judicial y protección judicial (artículos 5.1 y 25.1 de la CADH), no adecuación del derecho interno (artículo 2 de la CADH) y no discriminación (artículo 1.1 de la CADH). Véase: *Ibid.*, párrs. 83-238.

¹⁰⁸² El caso tiene relación con la devolución de la familia Pacheco Tineo desde el Estado de Bolivia al Estado del Perú (2001), como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de expulsión, adoptada por las autoridades migratorias bolivianas, la que fue resuelta desfavorablemente de manera sumaria y en violación de varias garantías de debido proceso, luego de lo cual los miembros de la familia fueron expulsados al Perú. Debido a lo anterior, la Corte IDH condenó al Estado boliviano por: a) violación del derecho a buscar y recibir asilo, del principio de no devolución (contenidos en el derecho de circulación y residencia) y de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, todos reconocidos en los artículos 22.7, 22.8, 8 y 25 de la CADH; b) violación del derecho a la integridad psíquica y moral, reconocido en el artículo 5.1 de la CADH; c) violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la CADH; d) violación del derecho a la integridad física, reconocido en el artículo 5.2 de la CADH. Véase: Cfr. SCrIDH (2012). caso Familia Pacheco Tineo con Bolivia, párrs. 126-208.

¹⁰⁸³ Para estudios doctrinarios de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre esta materia, véase: LANDA (2016), pp. 237-245; SANTOLAYA (2016), pp. 259-271; DÍAZ y GARCÍA (2016), pp. 341-371.

¹⁰⁸⁴ Para Jorge Roa Roa la función consultiva de la Corte IDH, según su objeto, la podríamos definir como: “(...) la facultad que tiene este tribunal para interpretar: 1) la Convención Americana; 2) todos los tratados que tengan por objeto la protección de los derechos humanos, de los cuales sea parte al menos un Estado americano; 3) las disposiciones de tratados internacionales que, a pesar de no tener como objeto general la protección de los derechos humanos, tengan en su contenido referencias a la protección de los derechos humanos y de los cuales sea parte, al menos, un Estado americano, y 4) la compatibilidad del derecho interno de un Estado americano con alguno o algunos de los anteriores instrumentos internacionales”. Cfr. ROA ROA (2015), p. 33.

¹⁰⁸⁵ Estas opiniones consultivas deben ser complementadas con otras dos que si bien se centran en otros temas, tienen relevancia sobre los derechos de los migrantes. Estas opiniones consultivas son las siguientes: a) CORTE IDH (1984). Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. OC-4/84; b) CORTE IDH (1987). El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías. OC-8/87. En el punto 3.7.1 analizaré en detalle los contenidos doctrinarios de las opiniones consultivas citadas.

de la Corte IDH sea reducido, en ellas se establece una amplia doctrina que incide en numerosas cuestiones que afectan a los migrantes.¹⁰⁸⁶

En este sentido, la última sentencia en la materia, esto es la de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana (2014), junto con recoger y cristalizar el acervo doctrinario construido en los fallos anteriores y en las dos opiniones consultivas precitadas, generó una gran polémica jurídica en la República Dominicana, poniendo en riesgo la permanencia en el SIDH de dicho país. Debido a lo anterior, el análisis de la sentencia señalada nos permitirá decantar la doctrina de la Corte IDH en la materia y, además, analizar si a la luz de lo acontecido con el Estado, dicha sentencia hubiera sido una buena ocasión (o no) para que la Corte IDH aplicara la doctrina del “margen de apreciación nacional”.

Así, en el presente apartado, en primer lugar, revisaré las opiniones consultivas de la Corte IDH sobre migrantes para analizar las obligaciones estatales que ha determinado que tienen los Estados sobre la materia. Luego, a la luz de los hechos del caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana (2014), abordaré los principales elementos doctrinarios en materia de derechos de migrantes que se pueden decantar del presente caso y revisaré, panorámicamente, la doctrina de la Corte IDH al respecto. Finalmente, concluiré este punto con consideraciones a la doctrina del margen de apreciación y su posible aplicación en la materia.

3.6.1. Opiniones consultivas de la Corte IDH sobre migrantes

3.6.1.1. Opinión consultiva relativa a los derechos de los migrantes indocumentados (OC-18/03 de 2003)

El Estado de México, el año 2002, sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. También, la consulta versaba sobre la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el

¹⁰⁸⁶ Asimismo, véase: CIDH (2015). *Movilidad humana. Estándares interamericanos*.

derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano. Finalmente, la consulta trató sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.¹⁰⁸⁷

La Corte IDH ordenó y analizó el contenido de la consulta de la siguiente forma: a) Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación; b) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes; c) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados; d) Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.¹⁰⁸⁸

Así, en primer lugar, en lo que se refiere a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación, la Corte IDH señaló que en la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales que tienen los Estados se incluye la de adoptar medidas positivas, evitando iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental¹⁰⁸⁹. Asimismo, deben remover prácticas y actuaciones que restrinjan o vulneren un derecho fundamental¹⁰⁹⁰. En la protección y garantía de los derechos humanos los Estados deben guiarse por el principio básico y general (de *jus cogens*¹⁰⁹¹) de la

¹⁰⁸⁷ Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, párr. 1.

¹⁰⁸⁸ Cfr. *Ibid.*, párr. 67.

¹⁰⁸⁹ Para arribar a esta conclusión la Corte IDH utilizó y citó expresamente el fallo del TEDH sobre el caso de Irlanda vs. Reino Unido. Sobre el alcance de las obligaciones del CEDH véase: FERNÁNDEZ (2014), pp. 43-56.

¹⁰⁹⁰ Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, párr. 81.

¹⁰⁹¹ De acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Para la Corte IDH, “[e]l dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”. Ampliando la comprensión del principio, la Corte IDH, señala que: “Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”. Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, párrs. 99-101.

igualdad y no discriminación, siendo discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”, siendo posible establecer tratos diferenciados basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de personas o grupos desaventajados.¹⁰⁹²

Es importante tener en consideración en este punto el voto concurrente del Juez Cañado Trindade a la presente OC, ya que da cuenta de la doctrina que inspira a la Corte IDH, la que esta marcada por un fuerte compromiso del ideal de la universalidad de los derechos humanos¹⁰⁹³. En ese sentido, el Juez Cañado Trindade, considera que existe una conciencia jurídica universal, que ha ido evolucionando, que da cuenta de patrones universales de justicia en los problemas que afectan a la humanidad como un todo y que se reflejan en la “humanización” del Derecho Internacional, el que funciona como límite de la acción estatal. Para el Juez Cañado Trindade, esta OC se enmarca en el desarrollo y concreción de los principios generales del Derecho, los que a su juicio son “reconocidos” en la “evolución” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, para el Juez Cañado Trindade la Corte IDH con la presente OC:

“[a]l insurgirse contra estas violaciones generalizadas de los derechos de los migrantes indocumentados, que afrentan la conciencia jurídica de la humanidad, la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana contribuye al proceso en curso de la necesaria humanización del Derecho Internacional. (...) Al hacerlo, la Corte Interamericana tiene presentes la universalidad y unidad del género humano, que inspiraron, hace más de cuatro siglos y medio, el proceso histórico de formación del derecho de gentes. Al rescatar, en la presente Opinión Consultiva, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del Derecho Internacional, la Corte Interamericana contribuye para la construcción del nuevo *jus gentium* del

¹⁰⁹² Cfr. *Ibid.*, párrs. 82-96. Para la construcción de su argumento la Corte IDH utilizó, entre otras otras referencias, las sentencia del TEDH sobre el caso del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica. De conformidad al caso precitado, el TEDH ha diseñado un esquema de análisis para determinar la existencia (o no) de una discriminación que origine responsabilidad internacional del Estado, siendo preciso que: “a) los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente; b) la distinción no persiga una finalidad legítima o, en otros términos, no tenga una justificación objetiva y razonable y c) no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido”. Cfr. CARMONA (2014), p. 591.

¹⁰⁹³ Al respecto, véase: GARRIDO (2016), pp. 191-214.

siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *jus cogens* e instrumentalizado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana”.¹⁰⁹⁴

Todo lo anterior, para la Corte IDH tiene las siguientes consecuencias y efectos concretos: a) En el caso del deber de abstención por parte de los Estados de realizar acciones que vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*, “[e]sto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales”¹⁰⁹⁵; b) Tomando en consideración que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas, “[e]sto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”¹⁰⁹⁶; c) Asimismo, “[l]os Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana”¹⁰⁹⁷; d) Como los Estados tienen las obligaciones ya señaladas, el estatus migratorio de las personas no puede ser óbice para que estos incumplan sus obligaciones internacionales, debiendo “asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga

¹⁰⁹⁴ Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, voto concurrente Juez Cançado Trindade, párrs. 88-89. Quizás, durante el período que el Juez Cançado Trindade fue Presidente la Corte IDH (199-2004) e ideal de la universalidad de los derechos humanos y el activismo de la Corte IDH alcanzaron su máximo nivel. En ese sentido, se puede consultar las memorias de su presidencia en: CANÇADO (2013). Asimismo, véase: CANÇADO (2006), pp. 217-317.

¹⁰⁹⁵ Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, párr. 103.

¹⁰⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, párr. 104.

¹⁰⁹⁷ Cfr. CORTE IDH (2003), OC-18/03, párr. 105.

acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio”.¹⁰⁹⁸

En segundo lugar, sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, la Corte IDH parte constatando la desigualdad de *facto* y de *jure* que existe entre nacionales u migrantes en los Estados de las Américas, concluyendo que esto “(...) conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”¹⁰⁹⁹. Así, para la Corte IDH los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que se garantice la protección de los derechos humanos de las personas migrantes¹¹⁰⁰.

Sin embargo, la Corte IDH, reconoce que los Estados pueden otorgar tratos diferenciados a los migrantes que considere si éstos se encuentran en situación regular o no, tomando en consideración que este trato debe ser razonable, objetivo, proporcional, y, en ningún caso, lesionar derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte IDH expresa que: “pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”¹¹⁰¹. En este sentido, es relevante tomar en consideración que la Corte IDH tiene un concepto amplio de lo que implican las garantías del debido proceso, ya que estas se aplican en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, revelando que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.¹¹⁰²

En tercer lugar, la Corte IDH analizó los derechos de los trabajadores indocumentados¹¹⁰³ desde la constatación que realiza la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su preámbulo, esto es la situación de

¹⁰⁹⁸ Cfr. *Ibid.*, párrs. 106-110.

¹⁰⁹⁹ Cfr. *Ibid.*, párrs. 111-112.

¹¹⁰⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 118.

¹¹⁰¹ Cfr. *Ibid.*, párr. 119.

¹¹⁰² Cfr. *Ibid.*, párr. 124.

¹¹⁰³ La Corte IDH señala que por trabajador migrante indocumentado se está refiriendo a aquellos trabajadores que no cuentan con una autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales. Cfr. *Ibid.*, párr. 129.

vulnerabilidad en la que se encuentran, debido a que las empresas los emplean en condiciones precarias y menos favorables que a los trabajadores nacionales.¹¹⁰⁴

Tomando en consideración lo anterior, para la Corte IDH no es permisible que los Estados amparen diferencias de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales, más allá de su condición migratoria, es decir, si un migrante indocumentado ya ha sido empleado: inmediatamente se convierte en titular de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular¹¹⁰⁵. Así, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y sus empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado porque: a) Los Estados tienen la obligación de velar por la efectividad y eficacia de los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna; b) Los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores migrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.¹¹⁰⁶

En cuarto y último lugar, la Corte IDH sobre las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias únicamente a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos señaló que: a) Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos de los migrantes independiente de su condición migratoria¹¹⁰⁷; b) Es conforme con la CADH que los Estados establezcan medidas sobre el ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de sus derechos humanos¹¹⁰⁸; c) No sería

¹¹⁰⁴ Cfr. *Ibid.*, párrs. 129-132.

¹¹⁰⁵ Cfr. *Ibid.*, párr. 136.

¹¹⁰⁶ Cfr. *ibid.*, párr. 153. Para llegar a estas conclusiones, la Corte IDH utiliza la doctrina de la “eficacia horizontal de los derechos humanos” conocida como *Drittwirkung*. En ese sentido, cita dos sentencias del TEDH en las que se ha utilizado dicha doctrina, estos son: 1) Caso de James y Webster con Reino Unido (1981); 2) Caso de X and Y con Holanda (1985).

¹¹⁰⁷ Cfr. *Ibid.*, párr. 168.

¹¹⁰⁸ En este sentido la Corte IDH señala que: “Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas,

conforme a la CADH que los Estados “protejan su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaleciendo de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente”.¹¹⁰⁹

Como podemos apreciar, en esta opinión consultiva la Corte IDH fija importantes criterios y fundamenta los presupuestos teóricos desde los cuales analizará los casos multiculturales de fuente migratoria. Así, en primer lugar, establece un fuerte compromiso con el ideal universal de los derechos humanos, el que servirá como parámetro para la evaluación de la actividad estatal. Dicho compromiso y los presupuestos teóricos del mismo se expresan con total claridad en el voto concurrente del Juez Trindade en la presente OC. Luego y como consecuencia de lo anterior, en segundo lugar, la Corte IDH señala que en este tipo de casos se debe realizar una interpretación finalista de las normas de la CADH, que busquen remover las trabas de *facto* y todas diferencias de trato entre nacionales y migrantes para lograr una plena protección de los derechos humanos. Asimismo, en este punto, podemos visualizar el uso de una interpretación contextualizada por parte de la Corte IDH, en el que se parte constantando una realidad de desprotección de la población migrante, lo que se debe tener en cuenta para la aplicación de las normas de la CADH.

Todo lo anterior da cuenta de que la óptica de la Corte IDH en este tipo de casos se ancla en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural, utilizando las herramientas hermenéuticas señaladas para aplicar las normas de la CADH con un fuerte compromiso con el ideal universalista de los derechos humanos. Las herramientas hermenéuticas que entrega el liberalismo multicultural, en particular la interpretación contextualizada, la Corte IDH las utiliza para poner en perspectiva

pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional”. Cfr. *Ibid.*, párr. 169.

¹¹⁰⁹ Cfr. *Ibid.*, párr. 170.

la situación que analiza, pero siempre bajo el horizonte de la pretensión de universalidad de los derechos humanos, buscando la compatibilidad del contexto con la universalidad.

3.6.1.2. Opinión consultiva de las niñas y niños en el contexto de la migración (OC-21/14 de 2014)

La República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en julio de 2011, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante a fin de que la Corte IDH determinara cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas posibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños¹¹¹⁰, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la CADH y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la DADDH y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.¹¹¹¹

Así, la presente Opinión Consultiva determina las obligaciones estatales respecto de niñas y niños¹¹¹², asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, según corresponda, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y otros instrumentos internacionales.

De esta forma, en primer lugar, para la Corte IDH los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.¹¹¹³

¹¹¹⁰ Previamente la Corte IDH emitió la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos de los niños. Al respecto, véase: CORTE IDH (2002), OC-17/02.

¹¹¹¹ Cfr. CORTE IDH (2014), OC-21/14, párr. 1.

¹¹¹² La Corte IDH para el desarrollo de la opinión consultiva utiliza el concepto de niño y niña del artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño, considerando que niño o niña es todo ser humano menor de dieciocho años. Cfr. *Ibid.*, párr. 34.

¹¹¹³ Cfr. *Ibid.*, párrs. 34-71.

En segundo lugar, la Corte IDH establece que los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños migrantes “que requieren de protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial con garantías de seguridad y privacidad, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño y, en caso de duda sobre la edad, evaluar y determinar la misma; determinar si se trata de una niña o un niño no acompañado o separado, así como su nacionalidad o, en su caso, su condición de apátrida; obtener información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y adoptar, en caso de ser necesario y pertinente de acuerdo con el interés superior de la niña o del niño, medidas de protección especial”.¹¹¹⁴

En tercer lugar y con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, para la Corte IDH los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de las niñas o niños migrantes estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos.¹¹¹⁵

En cuarto lugar, para la Corte IDH las garantías de debido proceso que los Estados deben contemplar, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños son: a) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; b) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; c) el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; d) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; e) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; f) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; g) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados; h) el derecho a que la decisión que se adopte

¹¹¹⁴ Cfr. *Ibid.*, párrs. 72-107.

¹¹¹⁵ Cfr. *Ibid.*, párrs. 108-115.

evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; i) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; j) y el plazo razonable de duración del proceso.¹¹¹⁶

En quinto lugar, la Corte IDH señala que los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños para cautelar los fines de un proceso migratorio. Asimismo, los Estados no pueden fundamentar la medida señalada en: a) el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país; b) en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia; c) o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño.¹¹¹⁷

En sexto lugar, la Corte IDH establece la obligación positiva y progresiva de que los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos medidas que no impliquen la privación de libertad de los niños y niñas mientras se desarrollan los procesos migratorios. Estas acciones deben propender de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad, y las decisiones que ordenen dichas medidas deben adoptarse por una autoridad administrativa o judicial competente en un procedimiento que respete garantías mínimas.¹¹¹⁸

En séptimo lugar, la Corte IDH señala que los espacios de alojamiento para los niños y niñas deben cumplir ciertas condiciones, entre las cuales: a) deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que si se trata de niñas o niños no acompañados o separados deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos y, si se trata de niñas o niños acompañados, alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o del niño; b) asegurar condiciones

¹¹¹⁶ Cfr. *Ibid.*, párrs. 116-143.

¹¹¹⁷ Cfr. *Ibid.*, párrs. 144-160.

¹¹¹⁸ Cfr. *Ibid.*, párrs. 161-170.

materiales y un régimen adecuado para las niñas y los niños en un ambiente no privativo de libertad.¹¹¹⁹

En octavo lugar, para la Corte IDH los Estados “tienen la prohibición de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechazar en frontera o no admitir, o de cualquier manera transferir o remover a una niña o niño a un Estado cuando su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviado a uno en el cual pueda correr dichos riesgos”¹¹²⁰. Así, para la Corte IDH, cualquier decisión sobre la devolución de una niña o niño al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos humanos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas de conformidad a su edad.

En noveno lugar, para la Corte IDH el interés superior del niño o niña debe guiar la obligación estatal de establecer y seguir procedimientos justos y eficientes para poder identificar a los potenciales solicitantes de asilo y determinar la condición de refugiado. Así, cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe emplear un análisis de ponderación, que contemple las circunstancias particulares del caso concreto y garantice una decisión individual, priorizando en cada caso el interés superior de la niña o del niño. En aquellos supuestos en que la niña o el niño tiene derecho a la nacionalidad del país del cual uno o ambos progenitores pueden ser expulsados, o bien cumple con las condiciones legales para residir permanentemente allí, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, pues se sacrifica de forma irrazonable o desmedida el derecho a la vida familiar de la niña o del niño.¹¹²¹

¹¹¹⁹ Cfr. *Ibid.*, párrs. 171-184.

¹¹²⁰ Cfr. *Ibid.*, párrs. 207-240.

¹¹²¹ Cfr. *Ibid.*, párrs. 263-282.

Con esta opinión consultiva la Corte IDH confirma los presupuestos teóricos de la OC-18/03 analizada en el punto anterior. Así, nuevamente, establece un fuerte compromiso con el ideal universal de los derechos humanos, el que servirá como parámetro para la evaluación de la actividad estatal. Luego y como consecuencia de lo anterior, la Corte IDH señala que en este tipo de casos se debe realizar una interpretación finalista de las normas de la CADH, que busquen remover las trabas de *facto* y todas diferencias de trato entre nacionales y migrantes para lograr una plena protección de los derechos humanos. Asimismo, en este punto, podemos visualizar el uso de una interpretación contextualizada por parte de la Corte IDH, en el que se parte constantando una realidad de desprotección de los niños y niñas migrantes, lo que se debe tener en cuenta para la aplicación de las normas de la CADH y establece que los Estados deben identificar en sus respectivas jurisdicciones todas las trabas (legales y administrativas) para que los niños y niñas que se encuentran en estas situaciones de especial vulnerabilidad puedan tener una adecuada protección de sus derechos.

Junto con lo anterior, la Corte IDH utiliza la idea de que los niños y niñas migrantes son estructuralmente discriminados, utilizando dicho enfoque para solicitarle a los Estados partes del CADH que deben identificar al interior de sus jurisdicciones todas las trabas, ya sean estas legales, administrativas o costumbres de los órganos encargados de la función jurisdiccional o administrativa, que afecten el efectivo goce de los derechos humanos que tienen los niños y niñas migrantes de conformidad al CADH.

Todo lo anterior, da cuenta de que la Corte IDH en este tipo de casos utiliza las herramientas hermenéuticas que ha proporcionado el derecho antidiscriminatorio y los teóricos del liberalismo muticultural, esto es tanto la interpretación contextualizada como el enfoque de la discriminación estructural, para aplicar las normas de la CADH con un fuerte compromiso con el ideal universalista de los derechos humanos y una protección reforzada a los niños y niñas migrantes. Sin embargo, la protección reforzada que ha entregado la Corte IDH ha venido derivada de las condiciones de desventaja en la que se encuentran los migrantes mas que por sus características culturales, por lo que la determinación del enfoque teórico que tiene la Corte IDH al respecto no resulta posible de identificar con los presupuestos del liberalismo multicultural, ya que al carecer de un razonamiento ligado a los aspectos culturales, podríamos señalar que se mueve mas en las

coordinadas del liberalismo clásico con la utilización de las herramientas hermenéuticas que he señalado.

3.6.2. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana

En el mes de julio del año 2012 la CIDH somete el caso ante la Corte IDH. Para la CIDH, el caso se relaciona con la “detención arbitraria y expulsión sumaria del territorio de República Dominicana” de un grupo de personas de nacionalidad haitiana y dominicanas de ascendencia haitiana¹¹²², entre los cuales se incluyen niñas y niños, sin el seguimiento del procedimiento de expulsión normado en el derecho interno. Asimismo, la CIDH consideró “que existían una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano”, y para la obtención de la nacionalidad dominicana por parte de las personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana.¹¹²³

Todo lo anterior, ocurrió en un:

“(…) álgido contexto de expulsiones colectivas y masivas de personas, que afectaba igualmente a nacionales y extranjeros, documentados e indocumentados, quienes tenían su residencia permanente y un vínculo estrecho de relaciones laborales y familiares con República Dominicana”. Asimismo, la Comisión, entre otras consideraciones, hizo referencia: a) a “los impedimentos existentes para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en territorio dominicano, a pesar de que el Estado recepta el principio de *ius soli*”; b) a que “el Estado no presentó información que corroborara que el procedimiento de repatriación, vigente al momento de los hechos se hubiera aplicado efectivamente a las [presuntas] víctimas”, y c) a que a las presuntas víctimas “no les fue provista asistencia jurídica, ni tuvieron posibilidad de recurrir la decisión adoptada, ni existió una orden de la autoridad competente, independiente e imparcial que decidiera su deportación”, ni

¹¹²² Son seis familias las víctimas (familia Medina, Fils-Aimé, Gelin, Sensión, Jean y Rafaelito Pérez Charles) de los hechos denunciados por la CIDH. Para revisar los hechos denunciados y la composición de cada familia, véase: Cfr. SCrIDH (2014). Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana, párrs. 199-224.

¹¹²³ Cfr. *Ibid.*, párr. 1.

el Estado “indicó el recurso específico al cual podrían haber accedido las [presuntas] víctimas para proteger sus derechos”. Asimismo, según la Comisión “durante su detención arbitraria y expulsión, [...] no tuvieron oportunidad de presentar esa documentación y en los casos en que fue presentada, ésta fue destruida por los oficiales dominicanos”, lo que implicó que las presuntas víctimas se “vieran privad[a]s de acreditar su existencia física y su personalidad jurídica”. Además “durante la detención, las [presuntas] víctimas no recibieron agua, alimentos ni asistencia médica, [y] su expulsión conllevó el desarraigo, el desmembramiento de los lazos y la estructura familiar, y afectó el normal desarrollo de las relaciones familiares, incluso para los nuevos miembros de la familia”.¹¹²⁴

En razón de lo anterior, la CIDH solicitó a la Corte IDH que declare la responsabilidad del Estado de República Dominicana por violación de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 17 (Protección a la Familia), 19 (Derechos del Niño), 20 (Derecho a la Nacionalidad), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 22.1, 22.5 y 22.9 (Derecho de Circulación y de Residencia), 24 (Igualdad ante la Ley), y 25 (Protección Judicial) de la CADH, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma.¹¹²⁵

República Dominicana junto con la contestación y observaciones sobre el caso planteó las siguientes excepciones preliminares: a) Inadmisibilidad del caso por falta de agotamiento de los recursos internos; b) Inadmisibilidad parcial del caso por incompetencia *ratione temporis* para conocer de cierta parte del marco fáctico del caso; y c) Inadmisibilidad parcial *ratione personae* del caso en relación con los miembros de la familia Jean¹¹²⁶. La Corte IDH rechazó la excepción signada con la letra a), ya que a su juicio el establecer si se agotaron o no los recursos internos es parte del fondo del caso, ya que la CIDH alegó que las expulsiones de las víctimas se habían realizado de forma “sumaria”, es decir, no cumpliéndose los procedimientos legalmente

¹¹²⁴ Cfr. *Ibid.*, párr. 2.

¹¹²⁵ Cfr. *Ibid.*, párr. 6.

¹¹²⁶ Cfr. *Ibid.*, párr. 9.

establecidos para ello¹¹²⁷. Asimismo, la Corte IDH rechazó la excepción parcial relativa a la *ratione personae* por considerar que, pese a las diferencias entre el informe de fondo y el sometimiento del caso ante la Corte IDH por parte de la CIDH, el Estado ha podido presentar sus argumentos de defensa en relación con el aspecto aludido¹¹²⁸. En cuanto a la excepción parcial de *ratione temporis*, la Corte IDH admitió parcialmente la misma, ya que consideró que “las expulsiones aducidas en el caso son hechos cuya ejecución concluye con la materialización de los mismos”, por lo que sólo podría conocer aquellos casos ocurridos con posterioridad a la aceptación de su competencia por parte del Estado (25 de marzo de 1999)¹¹²⁹.

Durante la tramitación del caso ante la Corte IDH, se suscitaron los siguientes “hechos supervinientes”: a) el 2 de octubre 2013 los representantes del Estado informaron que el Tribunal Constitucional de República Dominicana emitió el 23 de septiembre de 2013 la sentencia TC/0168/13, en la cual “se pronunció acerca de la aplicación del artículo 11 de la Constitución Política Dominicana, aplicable a este caso”, solicitando que “la sentencia en cuestión sea admitida como prueba superviniente”; b) el 22 de mayo de 2014 los representantes informaron que una de las víctimas del caso (Victoria Jean) falleció el 20 de abril de 2014, y c) el 9 de junio de 2014 los representantes del Estado informaron que se había emitido el Decreto No. 327-13 de 29 de noviembre de 2013, y la Ley N° 169-14 de 23 de mayo de 2014, y solicitando su incorporación al expediente por considerar que se trataba de hechos supervinientes.¹¹³⁰

Lo anterior fue considerado por la Corte IDH al momento de analizar el marco normativo interno aplicable a los hechos del caso, distinguiendo la normativa vigente al momento de ocurrencia de los hechos y el desarrollo legislativo y jurisprudencial a partir del año 2004. Resulta relevante para el caso, el hecho de que la normativa previa al año 2004 y que se encontraba vigente

¹¹²⁷ Cfr. *Ibid.*, párrs. 30-34.

¹¹²⁸ Cfr. *Ibid.*, párrs. 52-57.

¹¹²⁹ Así, la Corte IDH señaló que: “(...) no serán examinados por la Corte, siendo que se encuentran fuera de su competencia temporal y tampoco fueron sometidos a su conocimiento: a) los hechos referentes a la alegada expulsión de Benito Tide Méndez del territorio dominicano que habría sucedido en 1998, ni sus efectos; b) los hechos referentes a la alegada expulsión de Bersson Gelin que habría ocurrido en 1995, ni sus efectos; c) los hechos referentes a la detención y expulsión de Ana Virginia Nolasco, Ana Lidia Sensión y Reyita Antonia Sensión, que habrían ocurrido en el año 1994, y d) los hechos alegados respecto a la expulsión de Víctor Jean que habría ocurrido en 1998”. Cfr. *Ibid.*, párr. 44.

¹¹³⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 13.

al momento en que ocurrieron los hechos establecía que la adquisición de la nacionalidad se regía por el principio de *ius solis* con dos excepciones esto es: a) los hijos en representación diplomática; b) los hijos de personas en tránsito¹¹³¹. Desde el año 2004 se produjeron una serie de cambios legislativos que culminaron en la reforma de la Constitución del año 2010, la que incorporó una nueva excepción al principio de *ius soli* estableciendo que no serán nacionales las personas nacidas en el territorio de República Dominicana hijas e hijos de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en el país.¹¹³²

De esta forma, la Corte IDH analizó el caso considerando: a) El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad, en relación con los derechos del niño, el derecho a la igualdad ante la ley y las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y adoptar disposiciones de derecho interno¹¹³³; b) El derecho a la libertad personal, a las garantías judiciales, de circulación y de residencia y a la protección judicial, en relación con los derechos del niño y la obligación de garantizar los derechos sin discriminación¹¹³⁴; c) El derecho a la protección de la honra y dignidad y la protección de la familia, en relación con los derechos del niño y la obligación de respetar y garantizar los derechos¹¹³⁵; d) El derecho a la integridad personal¹¹³⁶; e) El derecho a la propiedad.¹¹³⁷

En lo signado con la letra a), esto es: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad, en relación con los derechos del niño, el derecho a la igualdad ante la ley y las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y adoptar disposiciones de derecho interno; la Corte IDH analizó el tema en abstracto¹¹³⁸ y, posteriormente,

¹¹³¹ La adquisición de la nacionalidad se encontraba regulada en el artículo 11 de la Constitución de la República Dominicana de 1994. Por su parte, el Reglamento de Migración N° 279 de 1939, definía en su sección V como extranjero “transeúnte” a aquel que entre al país con el propósito principal de proseguir a otro país, teniendo como límite temporal el de diez días.

¹¹³² Cfr. *Ibid.*, párrs. 172-191.

¹¹³³ Cfr. *Ibid.*, párrs. 225-329.

¹¹³⁴ Cfr. *Ibid.*, párrs. 330-407.

¹¹³⁵ Cfr. *Ibid.*, párrs. 408-430.

¹¹³⁶ Cfr. *Ibid.*, párrs. 431-438.

¹¹³⁷ Cfr. *Ibid.*, párrs. 439-443.

¹¹³⁸ Para su análisis la Corte IDH utilizó los parámetros jurisprudenciales previamente establecidos, entre otros, en los siguientes casos: a) Corte IDH (2005), caso Niñas Yean y Bosico con República Dominicana; b) Corte IDH (2011), caso Gelman con Uruguay. Este caso fue el que se usó para la configuración del derecho a la identidad; c) Corte IDH (2007), caso Nadege Dorzema y otros con República Dominicana; d) Corte IDH (2014), caso Veliz Franco y otros

paso a revisar su aplicación al caso en comento separando el tema en los siguientes tópicos: i) Derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley; ii) Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la identidad; iii) Derechos del niño; iv) Deber de adoptar disposiciones de derecho interno¹¹³⁹. Así, la Corte IDH junto con reconocer que la determinación de quienes son nacionales de un Estado es competencia interna de cada país, señala que dicha atribución debe ser ejercida en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias del derecho internacional, teniendo en cuenta: “a) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación”¹¹⁴⁰. Este deber estatal se tiene que verificar al momento del nacimiento de las personas, para que se garantice, adecuadamente, que todo niño o niña tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento¹¹⁴¹. Debido a lo anterior, la Corte IDH sostuvo que República Dominicana violó la CADH en lo relativo al derecho a la nacionalidad ya que es insuficiente el argumento estatal consistente en la mera aseveración de que en Haití rige el *ius sanguis* y, por ende, las víctimas podrían haber adquirido la nacionalidad de dicho país. Como el Estado no demostró que las víctimas estuvieron en condiciones efectivas de obtener la nacionalidad haitiana no cumplió con su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia.¹¹⁴²

En cuanto a la letra b), esto es: el derecho a la libertad personal, a las garantías judiciales, de circulación y de residencia y a la protección judicial, en relación con los derechos del niño y la obligación de garantizar los derechos sin discriminación; la Corte IDH reitera lo ya señalado en las OC-18/03 y OC-21/14 en el sentido de que si bien los Estados tienen un ámbito de discrecionalidad para determinar sus políticas migratorias, estas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes, garantizando el debido proceso independientemente del estatus migratorio de la persona¹¹⁴³. Asimismo, en el caso que hayan niños o niñas involucrados

con Guatemala. Asimismo, en este punto la Corte IDH hace referencia a la jurisprudencia del TEDH en el caso *Genovese con Malta* (2011), que aborda la discriminación entre hijos legítimos e hijos ilegítimos a efectos de la adquisición de la nacionalidad por *ius sanguinis*.

¹¹³⁹ Cfr. Cfr. SCrIDH (2014). Personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana, párrs. 452-329.

¹¹⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, párr. 256.

¹¹⁴¹ Cfr. *Ibid.*, párrs. 258-261.

¹¹⁴² Cfr. *Ibid.*, párrs. 277-289.

¹¹⁴³ Cfr. *Ibid.*, párrs. 350-356. Para la Corte IDH, las pautas en un proceso migratorio que decida sobre la expulsión (o no) de un migrante deberían ser: “un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero, debe ser

en los procedimientos de expulsión, el Estado “(...) debe observar además de las garantías señaladas anteriormente, otras cuyo objetivo sea la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible”¹¹⁴⁴.

En cuanto a lo señalado en la letra c), esto es, el derecho a la protección de la honra y dignidad y la protección de la familia, en relación con los derechos del niño y la obligación de respetar y garantizar los derechos; la Corte IDH sostiene que el artículo 11 de la CADH, mandata la protección por parte de los Estados a los individuos de acciones arbitrarias que pueda acometer el accionar estatal y que afecten la vida privada y familiar. Para la Corte IDH, “(...) el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”¹¹⁴⁵. En el presente caso, la Corte IDH constató la intromisión arbitraria e ilegal por parte de agentes del Estado en las casas de las

individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y la persona sometida a él ha de contar con las siguientes garantías mínimas : a) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular , asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley”. Cfr. Ibid., párr. 356.

¹¹⁴⁴ Cfr. Ibid., párr. 357. Además, para la Corte IDH lo anterior se concretiza de la siguiente forma: “En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada. En la consecución de ese fin, el Estado deberá analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor y/o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad , guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño, así como el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esta unidad familiar, y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria de la niña o del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo de la niña o del niño, de forma tal de ponderar estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger”. Cfr., Ídem.

¹¹⁴⁵ Cfr. Ibid., párr. 424.

víctimas con el objeto de proceder a su expulsión del territorio nacional, configurándose una violación a los derechos precitados y establecidos en los artículos 11, 17 y 19 de la CADH.¹¹⁴⁶

En lo que dice relación con las letras d) y e) esto es: el derecho a la integridad personal y el derecho a la propiedad; la Corte IDH no estimó procedente pronunciarse ya que los hechos se refieren a los mismos hechos que ya fueron analizados a la luz de las obligaciones convencionales de las letras anteriores.¹¹⁴⁷

Hasta acá he revisado la jurisprudencia de la Corte IDH en materia migratoria, agrupando su análisis en las directrices generales y abstractas que ha elaborado en sus opiniones consultivas y en el análisis de los fallos respectivos. En resumen, la doctrina de la Corte IDH contiene un desarrollo sobre: a) la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes; b) los contenidos de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a los migrantes; c) los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados; d) las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz del derecho internacional de los derechos humanos; e) las obligaciones estatales respecto de niñas y niños asociados a su condición migratoria o la de sus padres y que deben los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias, incluyendo en ellas, tanto la adopción o aplicación de las correspondientes normas de derecho interno como la suscripción o aplicación de los pertinentes tratados y/o instrumentos internacionales; f) la obligación positiva que tienen los estados en evitar la condición de apátrida.

Como podemos apreciar, en el presente caso la Corte IDH confirma los presupuestos teóricos que construyó para las OC-18/03 y OC-21/14 analizadas en los puntos anteriores. Ahora, resolviendo un caso concreto, la Corte IDH estableció un fuerte compromiso con el ideal universal de los derechos humanos y que utilizó como parámetro para la evaluación de la actividad estatal. Luego y como consecuencia de lo anterior, la Corte IDH señala que en este tipo de casos se debe realizar una interpretación finalista de las normas de la CADH, que busquen remover las trabas de *facto* y todas las diferencias de trato entre nacionales y migrantes para lograr una plena protección

¹¹⁴⁶ Cfr. *Ibid.*, párrs. 429-430.

¹¹⁴⁷ Cfr. *Ibid.*, párrs. 431-443.

de los derechos humanos. Asimismo, en este punto, podemos visualizar el uso de una interpretación contextualizada por parte de la Corte IDH, en el que se parte constantando una realidad de desprotección de los migrantes, lo que se debe tener en cuenta para la aplicación de las normas de la CADH. Todo lo anterior, da cuenta de que la Corte IDH ha utilizado las herramientas hermenéuticas, que hemos señalado como parte del enfoque liberal multicultural, para aplicar las normas de la CADH con un fuerte compromiso con el ideal universalista de los derechos humanos y una protección reforzada para los migrantes.

Ahora bien, no podemos señalar que las sentencias analizadas de la Corte IDH se anclen en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural propiamente tal, debido a que la protección reforzada que ha entregado para este tipo de casos ha sido mas por la condición de grupo desaventajado que tienen los migrantes que por sus características culturales. En el punto siguiente terminaré el análisis revisando la tensión entre el margen de apreciación nacional y la doctrina de la Corte IDH en la materia.

3.6.3. La doctrina del margen de apreciación y la protección a los migrantes

Para algunos autores el “caso de las personas dominicanas y haitianas con República Dominicana” era una buena oportunidad para que la Corte IDH utilizara la doctrina del margen de apreciación y no debilitara su autoridad en el espacio interamericano¹¹⁴⁸. En esta dirección escriben autores que discuten sobre la autoridad y legitimidad de la Corte IDH -y de los tribunales internacionales en general- para resolver casos difíciles y condenar a los Estados por vulneración a los derechos humanos contemplados en la CADH o en el respectivo tratado internacional¹¹⁴⁹. Otros autores, abogan por la incorporación de la doctrina del margen de apreciación por parte de la Corte IDH como una forma de articular de mejor forma la comunidad política interamericana y mantener el “necesario equilibrio entre lo común y lo particular, entre lo nacional y lo internacional; en definitiva, entre la unidad y la diversidad”.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁸ En ese sentido, véase: TORRES ZÚÑIGA (2016), p. 102.

¹¹⁴⁹ Entre otros, véase: GARGARELLA (2016), pp. 409-433; VERDUGO y GARCÍA (2012), pp. 175-216.

¹¹⁵⁰ Cfr. NÚÑEZ (2012), p. 44. Asimismo, véase: BENAVIDES, (2009), p. 89; CONTRERAS (2012), pp. 81-82; PAÚL (2014), pp. 123-125; MARTÍNEZ ESTAY (2014), pp. 339-340.

Sobre este aspecto, podemos constatar que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido escasa¹¹⁵¹ y los autores latinoamericanos han dado razones de texto¹¹⁵² y sustantivas para que esta doctrina no tenga recepción en el continente americano. En ese sentido, el otrora Presidente de la Corte IDH, el Juez Cançado Trindade ha señalado, vehementemente, que:

“Cómo pretender aplicarlo en un sistema en que el Poder Judicial de tantos países sufre todo tipo de presiones e intimidaciones. Cómo pretender aplicarlo en un continente en que la función judicial, en tantos países sigue siendo ‘compartida’ por el fuero ordinario o común, y fueros militares especiales. Cómo pretender aplicarlo en ordenamientos jurídicos nacionales severamente cuestionados por su ineficacia en el combate a la impunidad. En nuestro sufrido continente –así como en la pan-Europa convulsionada de hoy- difícilmente encontraríamos la doctrina básica sobre la cual se ha erigido en las últimas décadas la doctrina del ‘margen de apreciación’ de los Estados en cuanto a los modos de cumplimiento de sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Siendo así, no resta otro camino sino el fortalecimiento de los mecanismos internacionales de protección, complementarios de las instancias nacionales”.¹¹⁵³

¹¹⁵¹ La doctrina del margen de apreciación ha sido citada por la Corte IDH en la “Opinión Consultiva sobre la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (1984)”, en el caso “Herrera Ulloa con Costa Rica (2004)” y en el caso “Barreto Leiva con Venezuela (2009)”. Algunos jueces de la Corte IDH en sus votos particulares han utilizado la doctrina del margen de apreciación, por ejemplo, el Juez Pérez en el caso “Atala Riffo con Chile (2012)”. Los casos en que la CIDH ha utilizado el margen de apreciación en su jurisprudencia, pueden ser consultados en: MARTÍNEZ ESTAY (2014), pp. 315-317. Sin embargo, para Natalia Torres la Corte IDH de forma implícita ha utilizado la doctrina del margen de apreciación, por ejemplo, en casos en los que ha contralado la convencionalidad de normas constitucionales. Cfr. TORRES ZÚÑIGA (2016), p. 105-114. Por su parte Pablo Contreras realiza una sistematización de los casos en los que la Corte IDH ha utilizado un margen de apreciación en el sentido de que supervisa la decisión nacional si la restricción del derecho se encuentra prescrita en la ley, si tiene un fin legítimo o si ha sido proporcional. Al respecto, véase: CONTRERAS (2012), pp. 66-81.

¹¹⁵² En ese sentido, Héctor Fáundez señala que: “La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el sistema interamericano y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones”. Cfr. FÁUNDEZ (2004), p. 57.

¹¹⁵³ Cfr. CANÇADO (2006), p. 390.

Sin embargo, las razones señaladas no parecen concluyentes para dar por descontada la aplicación de la doctrina del margen de apreciación en el SIDH. En primer lugar, el argumento de texto no es suficiente para descartar la utilización de una herramienta de hermeútica por parte de la Corte IDH, a lo más, podría resultar relevante como un límite intrínseco para su aplicación, pero no para dejarla completamente de lado¹¹⁵⁴. En segundo lugar, las razones sustantivas que da el Juez Caçado Trindade, tienen relación con la constatación del déficit democrático de las sociedades latinoamericanas, siendo una razón contingente y, por ende, que puede cambiar con el tiempo¹¹⁵⁵. Es decir, si la decisión tomada en sede nacional para la configuración de un derecho o la resolución de un caso determinado ha sido tomada en el marco de una sociedad democrática y de una deliberación profunda, ello podría habilitar al los jueces de la Corte IDH para la utilización de la doctrina del margen de apreciación.¹¹⁵⁶

Ahora bien, concordando con la idea de que la doctrina del margen de apreciación es una herramienta hermeútica útil para los tribunales internacionales y que debería ser adoptada de forma consistente por parte de la Corte IDH¹¹⁵⁷, considero que una interpretación contextualizada de los derechos humanos en el marco de sociedades multiculturales debiera limitar el uso de la doctrina del margen de apreciación cuando los casos son de tipo multicultural¹¹⁵⁸. En los casos de tipo

¹¹⁵⁴ De forma esclarecedora, Francisco Barbosa, distingue entre límites extrínsecos e intrínsecos en la actividad de adjudicación que tienen los tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Los límites extrínsecos serían aquellos determinados a través de las obligaciones generales y los deberes de adaptación de las disposiciones estatales cuando se firman y ratifican los tratados y por parte de los condicionamientos percibidos dentro de los derechos que consagran los convenios de derechos humanos, ya sea la CADH o el CEDH. Por su parte los límites intrínsecos están dados por la utilización de la proporcionalidad como principio de corrección funcional de la jurisprudencia internacional, el que se aplica como punto de contacto entre el control judicial y el margen de apreciación nacional. Cfr. BARBOSA (2011), pp. 112-125.

¹¹⁵⁵ Para las críticas que se le han formulado a la postura del Juez Caçado Trindade en ese sentido, véase: CONTRERAS (2012), pp. 61-63.

¹¹⁵⁶ En ese sentido, véase: GARGARELLA (2016), pp. 428-431.

¹¹⁵⁷ Comparto las ideas de reformulación a la doctrina del margen de apreciación que ha planteado Marisa Iglesias refiriéndose a ella en el espacio europeo, en el sentido de una versión racionalizada de la misma, la que consistiría en “(...) efectuar un balance entre los valores que dan sentido al Convenio como instrumento jurídico. Desde esta concepción, el razonamiento del TEDH se centra en examinar si la medida estatal impugnada consigue alcanzar un balance equitativo entre derechos individuales y valores democráticos, atendiendo al dualismo axiológico entre democracia y derechos que el propio convenio reconoce en su preámbulo. Aquí la argumentación del Tribunal no tiene por qué estar mediatizada por consideraciones generales acerca de su legitimidad institucional ni la voluntad estatal tiene por qué adquirir un valor independiente. Su valor será funcional al éxito del estado en conseguir este equilibrio axiológico inherente a una sociedad democrática. La finalidad de esta versión racionalizada, entonces, no sería simplemente la justificación de la “deferencia” al estado sino el reconocimiento equilibrado de los valores democráticos en el sistema de protección de derechos humanos en Europa”. Cfr. IGLESIAS (2016), p. 186.

¹¹⁵⁸ Sobre la interpretación contextualizada, véase el apartado 1.3 (1.3.4) del capítulo primero del presente trabajo.

multicultural, se ven involucradas minorías étnicas, culturales o religiosas, que se encuentran al margen de la deliberación política por razones estructurales e históricas, teniendo una posición débil al interior de la comunidad nacional y, por ende, poca o nula incidencia en la configuración nacional de la protección de los derechos humanos.

Debido a lo anterior, la utilización de la doctrina del margen de apreciación en los casos de tipo multicultural puede implicar la invisibilización de las tensiones existentes al interior de las comunidades nacionales, donde muchas veces, la cultura y prácticas de las minorías señaladas es menospreciada por la cultura mayoritaria o hegemónica. Este es el caso de la población migrante en el contexto americano (y europeo), por lo que la utilización de la doctrina del margen de apreciación en este tipo de casos puede implicar que los tribunales internacionales convaliden la vulneración de los derechos humanos de las minorías al interior de los Estados. En ese sentido, concordando con Francisco Barbosa, el límite al margen nacional de apreciación permite a los tribunales regionales de derechos humanos proteger a las minorías étnicas, religiosas y culturales contra la constatada discriminación interna o contra la violación de los derechos convencionales. Asimismo, el límite a dicha doctrina permite construir un consenso en torno a la protección de minorías dentro de un Estado determinado y adaptar los ordenamientos internos a estándares regionales o internacionales. Esto quiere decir que formulando patrones comunes de protección o estableciendo consensos interpretativos se protegen diversidades nacionales que en muchas ocasiones quedarían fuera si se utiliza el margen de apreciación debido a la inexistencia de un consenso a nivel regional.¹¹⁵⁹

3.7. CONCLUSIONES PRELIMINARES

En el presente capítulo junto con dar cuenta de la jurisprudencia multicultural que ha resuelto la Corte IDH he intentado demostrar que su óptica para abordar dichos casos se encuentra anclada en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural. La Corte IDH ha utilizado de manera constante el contexto para enfrentar los casos multiculturales y ha generado una interpretación contextualizada de los derechos humanos que se encuentran en juego en los casos de tipo multiculturales. De igual forma, ha aplicado a dichos casos el enfoque de la discriminación

¹¹⁵⁹ Cfr. BARBOSA (2011), p. 130. En ese mismo sentido, véase: PERRY (2007) y PENTASSUGLIA (2009).

estructural y de la interseccionalidad en los términos que señalé en el apartado 1.3 (1.3.4) del capítulo primero del presente trabajo. Asimismo, la Corte IDH ha interpretado la CADH dando cabida a los derechos colectivos y buscando la protección efectiva de los derechos que establece en el marco del ideal universalista.

En la formulación de los derechos colectivos (principalmente en el caso de propiedad comunal indígena) la Corte IDH ha tenido presente las complicaciones teóricas que se pueden originar si accede a una conceptualización fuerte de la misma, por lo que ha sido prudente en su formulación, teniendo en cuenta la idea de que la propiedad colectiva es un derecho de grupo que complementa el ejercicio de los derechos de los miembros de la comunidad y les permite la realización de su plan de vida. Con dicha concepción se aparta de la versión comunitarista de los derechos de grupo y se queda en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural, concibiendo la propiedad comunal como una suerte de protección externa y teniendo cuidado con las restricciones internas que puede generar una sobreprotección de los derechos de los pueblos indígenas en términos colectivos.

Asimismo, la Corte IDH, por distintas razones, ha sido reacia a la utilización de la doctrina del margen de apreciación, por lo cual se encuentra bastante alineada en términos institucionales con la CIDH en la protección efectiva de los derechos establecidos en la CADH, en la evaluación de la actividad estatal bajo la lupa del principio de evolución de los derechos humanos y su cumplimiento en el marco del ideal universalista.

Así, destaca la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas, ya que junto con realizar una interpretación contextualizada de los derechos humanos en juego, ha construido la noción de derechos de grupo (propiedad comunal indígena y representación política especial), ha generado reglas procesales flexibles y ha conectado los derechos humanos que se encuentran en cuestión para proteger bajo un prisma cultural los derechos de los pueblos indígenas. Quizás, en este punto, la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de establecer una suerte de derecho a la “supervivencia cultural” se aleja de los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural y se

acerca a los del comunitarismo¹¹⁶⁰. De todas formas, lo anterior ha sido la excepción ya que la tendencia ha sido marcada por la convicción universalista de la Corte IDH y la preeminencia que le ha dado al derecho de consulta como mecanismo para la resolución de los conflictos entre las comunidades indígenas y el Estado.

El derecho a la consulta indígena ha sido potenciado por la Corte IDH en dos dimensiones. En primer lugar, la Corte IDH configura el derecho a la consulta indígena como un mecanismo procesal de participación que incorpora en la deliberación política a los pueblos indígenas entendidos como sujeto cuya perspectiva social debe ser tomada en consideración en las materias que les inciden directamente. En segundo lugar, la Corte IDH concibe el derecho de consulta de forma substantiva, obligando a que el Estado obtenga el consenso de los pueblos indígenas en ciertas circunstancias (cuando implique la relocalización de los mismos) debido a la especial relación que tienen con la tierra y el impacto que puede tener para su forma de vida el traslado a otros territorios. Con ello, junto con establecer un coto a la actividad estatal, protege la forma de vida indígena (cultura) por encontrarse ligada directamente con su derecho a la vida.

Finalmente, he sistematizado la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a migrantes constatando que los ha caracterizado como un grupo desaventajado que requiere de una especial protección y al cual los Estados deben entregar una igual protección que la que otorgan a los nacionales y asegurar el derecho a la no discriminación, imponiendo obligaciones positivas de actuación para los Estados en ese sentido. Nuevamente, en estos grupos de casos y de opiniones consultivas podemos apreciar el posicionamiento de la Corte IDH en congruencia con el ideal universalista de los derechos humanos y con una interpretación contextualizada y flexible de las normas del CADH que permite la plena eficacia de los derechos humanos. Ahora bien, a pesar de que la Corte IDH ha entregado una protección reforzada y, mediante su jurisprudencia, le ha señalado a los Estados que deben realizar modificaciones normativas y de prácticas estatales que no permiten la plena vigencia de las normas convencionales en sus territorios, no podemos catalogar su enfoque como un tipo liberal multicultural, debido a que en las sentencias analizadas la protección ha venido por

¹¹⁶⁰ Esto ha ocurrido en casos como *Saramaka con Surinam* en el que se ha vinculado el derecho a la propiedad indígena con la subsistencia material y el derecho a la vida. Véase el apartado 3.2 del presente capítulo.

las características de grupo vulnerable que identifica a los migrantes y no por sus aspectos de grupo cultural o sus prácticas culturales.

CAPÍTULO IV: ESTUDIO COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA MULTICULTURAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el presente capítulo procederé a realizar la comparación entre el TEDH y la Corte IDH en relación a la jurisprudencia de la que he dado cuenta en los capítulos anteriores y que se refiere a diversos casos que podríamos llamar “multiculturales” o en los cuales el hecho multicultural es un factor relevante para su resolución, en ambos supuestos me refiero a ellos como casos multiculturales. Para ello, intentaré decantar los principales argumentos utilizados por ambos tribunales internacionales para la resolución de los casos “multiculturales” y sistematizarlos en aspectos comunes, diferencias y posibles explicaciones, y perspectivas que se avizoran al respecto.

Así, el presente capítulo tiene tres apartados. En el primero de ellos, revisaré los aspectos comunes de la jurisprudencia multicultural de ambos tribunales internacionales, dividiendo los temas en: aquellos casos que recaen sobre aspectos que tienen relación con la representación política en contextos multiculturales; los que abordan otros derechos de minorías nacionales, étnicas, culturales o religiosas; aquellos casos que tratan tópicos de tipo migratorio. Utilizando la misma división temática, en el segundo apartado analizaré las diferencias de enfoque que tienen, tanto la Corte IDH como el TEDH, para adjudicar los casos multiculturales. Por enfoque, me refiero al marco teórico que utilizan los tribunales internacionales para interpretar los derechos humanos en relación con los casos analizados. Asimismo, a lo largo del apartado señalaré las posibles explicaciones para las diferencias de enfoque de cada tribunal internacional.

En el tercer y último apartado del presente capítulo, abordaré las perspectivas que tienen los casos multiculturales, tanto en el TEDH como en la Corte IDH, de conformidad a los enfoques que he podido identificar en los apartados anteriores y de acuerdo al marco teórico del presente trabajo y que he expuesto en el capítulo primero. Dichas perspectivas, me sirven para visualizar las tensiones conceptuales y sus implicancias prácticas en la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales. Asimismo, el presente capítulo tiene como objetivo ser la antesala de las conclusiones generales de esta investigación.

4.1. ASPECTOS COMUNES DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

4.1.1. Representación política en contextos multiculturales

La jurisprudencia analizada sobre representación política en contextos multiculturales, de la Corte IDH y el TEDH¹¹⁶¹, presenta coincidencias importantes con efectos prácticos relevantes en la inclusión de la diversidad étnica-cultural y nacional en los procesos de deliberación política democrática.

Un primer aspecto que destacar es la importancia que tanto la Corte IDH como el TEDH les han dado a los partidos políticos en el proceso político de configuración democrática y su conexión con el pluralismo político. Ambos tribunales internacionales concuerdan en que la libertad de asociación, en relación con la libertad de expresión, goza de una especial protección en el marco de los derechos humanos, debido –principalmente- al rol que juegan las organizaciones políticas en la democracia.¹¹⁶²

Lo anterior, implica que el Estado al momento de restringir los derechos de participación política, tales como la libertad de asociación, goza de un margen de apreciación reducido, debiendo garantizarlos ampliamente. Además, la configuración del derecho de asociación y otros derechos de participación política (sufragio activo y pasivo), si bien pueden tener un margen de configuración nacional más amplio, deben garantizar la efectiva participación política de todos los grupos étnicos y nacionales.

En ese sentido, para ambos tribunales internacionales, los derechos de participación política (derecho al sufragio activo y pasivo) deben ser garantizados no sólo de forma negativa (no interferencia) por el Estado, sino que incluso, en ciertas situaciones especiales, deben ser protegidos positivamente, es decir, el Estado debe actuar y ejercer su actividad reguladora y protectora, para que ellos puedan ser ejercidos por los individuos y grupos.

¹¹⁶¹ Véase el apartado 2.3 del capítulo segundo en el caso del TEDH y el apartado 3.5 del capítulo tercero para la Corte IDH.

¹¹⁶² Aunque se refiere a los aspectos comunes de la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales sobre el derecho de asociación desde un punto de vista general, véase: DI PIETRO y SURASKY (2013), pp. 659-662.

Un segundo aspecto importante, que se conecta con el anterior, dice relación con el contenido de democracia que protegen los tribunales internacionales en la jurisprudencia analizada. Para ambos tribunales, la democracia no puede entenderse, exclusivamente, desde un punto de vista formal, que sólo permita la participación de los actores que cumplan los requisitos legales y que presenten posturas políticas coincidentes con la cultura mayoritaria. En el entendimiento de la democracia que realizan, se puede apreciar un compromiso con una democracia incluyente, que permita que actores, que incluso no cumplen los requisitos formales, puedan participar de ella¹¹⁶³. Asimismo, en principio, se permite que la democracia incluya actores que quieran reformas profundas del Estado, siempre y cuando, dichas reformas respeten los derechos humanos que garantizan los Convenios Internacionales en la materia (CADH y CEDH) y su modificación se haga por los cauces institucionales.¹¹⁶⁴

Todo lo anterior, tiene implicancias importantes en contextos multiculturales, ya que la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales presenta una conexión importante con una idea inclusiva de democracia y participación política¹¹⁶⁵. Para ellos, el derecho de asociación y el derecho al sufragio (activo y pasivo), deben ser garantizados por el Estado, no sólo, no colocando trabas para su ejercicio, sino que, además, actuando positivamente para su realización. Con ello, en contextos multiculturales, se abre la puerta para que los miembros de grupos culturales y nacionales desaventajados puedan participar en la deliberación pública y gocen de una protección internacional para llevar a cabo sus reivindicaciones políticas dentro del sistema político.

Finalmente, si bien el enfoque filosófico-político que tienen los tribunales internacionales para expresar las ideas señaladas es diferente (como analizaré en el punto 4.2), las consecuencias prácticas de sus decisiones han permitido que las minorías étnicas y nacionales (en la mayoría de

¹¹⁶³ Esto se puede apreciar con claridad en el fallo de la Corte IDH en el caso Yatama con Nicaragua. Al respecto, véase el apartado 3.5 del capítulo tercero del presente trabajo. En el caso europeo se puede apreciar en los casos que abordan el derecho al sufragio activo y pasivo de miembros de minorías étnicas. Al respecto, véase el apartado 2.3 (2.3.2 y 2.3.3) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹¹⁶⁴ Esto se aprecia con claridad en los fallos del TEDH sobre representación política de minorías nacionales que analice en el apartado 2.3 (2.3.1) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹¹⁶⁵ Esta idea se encuentra presente, en el escenario europeo, en los casos de representación política de minorías nacionales que analice en el apartado 2.3 (2.3.1.) del capítulo segundo del presente trabajo. En el espacio americano, en los fallos de representación política en contextos multiculturales posteriores al caso Yatama, esto es los casos Castañeda Gutman con México y el caso Chitay Nech y otros con Guatemala, se puede apreciar esta idea. Al respecto, véase el apartado 3.5 (3.5.2) del capítulo tercero del presente trabajo.

las oportunidades¹¹⁶⁶) puedan expresar sus puntos de vista dentro del proceso político y no sean marginadas del proceso de deliberación pública. En el caso del TEDH la principal herramienta que ha utilizado para ello es una concepción fuerte de pluralismo como valor del CEDH. Desde allí realiza un escrutinio intenso de la actividad estatal y deja un margen de acción reducido para el Estado. Por su parte, la Corte IDH si bien ha recogido el valor del pluralismo, lo hace constatando la realidad de tipo multicultural de fuente indígena de las sociedades americanas y la importancia de que los pueblos indígenas (como grupo) puedan participar en pie de igualdad en los procesos de deliberación política.

4.1.2. Minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales

En el caso de las minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales la jurisprudencia analizada de la Corte IDH y el TEDH¹¹⁶⁷, presenta menos coincidencias en la inclusión de la diversidad étnica-cultural y nacional que en el caso de la representación política revisado en el punto anterior, pudiendo apreciarse mejor la diferencia de enfoque entre ambos tribunales internacionales.

De todas formas, un primer aspecto a destacar es el alto nivel de protección que tanto la Corte IDH como el TEDH les han dado a las minorías culturales, étnicas, nacionales y religiosas en la prohibición de la discriminación¹¹⁶⁸, en la libertad de asociación y de reunión¹¹⁶⁹, en la libertad de expresión¹¹⁷⁰ y en el reconocimiento de ciertas prácticas culturales en el marco de una garantía general de pluralismo como un valor de las sociedades democráticas¹¹⁷¹. Ambos tribunales

¹¹⁶⁶ La principal excepción la constituye el caso del Refah Partisi con Turquía en el caso del TEDH y que fue analizado en el apartado 2.3 (2.3.1) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹¹⁶⁷ Véase los apartados 2.2, 2.4, 2.5, 2.6 y 2.8 del capítulo segundo en el caso del TEDH y los apartados 3.2, 3.3 y 3.4 del capítulo tercero para la Corte IDH.

¹¹⁶⁸ Véase los apartados 2.2 y 2.4 (2.4.2) del capítulo segundo en el caso del TEDH y el apartado 3.4 (3.4.2, 3.4.4, 3.4.5 y 3.4.6) del capítulo tercero para la Corte IDH.

¹¹⁶⁹ Véase los apartados 2.2 (2.2.3), 2.3 (2.3.4) y 2.6 (2.6.4) del capítulo segundo en el caso del TEDH y el apartado 3.5 (3.5.2) del capítulo tercero para la Corte IDH.

¹¹⁷⁰ Véase el apartado 2.5 del capítulo segundo en el caso del TEDH y el apartado 3.4 (3.4.6) del capítulo tercero para la Corte IDH.

¹¹⁷¹ En el caso del TEDH ello se ha dado en la garantía general al pluralismo en relación con el derecho a la educación en el idioma propio, que se puede apreciar en los casos señalados en el apartado 2.2 (2.2.3) del capítulo segundo del presente trabajo y que son: “Chipre con Turquía (2001)”, “Catán y otros con Moldavia y Rusia (2012)”. También se puede apreciar en la protección de prácticas culturales en los casos señalados en el apartado 2.4 (2.4.2) del capítulo segundo y que son: “D.H y otros con República Checa (2007)” y “Muñoz Díaz con España (2009)”. Por su parte, en el caso de la Corte IDH, ello se ha configurado en la protección general a las prácticas culturales de los pueblos indígenas y que se relacionan con el derecho a la vida, a la propiedad comunal, a la familia, a los niños y a las

internacionales concuerdan en que la existencia de minorías nacionales y la diversidad cultural en los países europeos y americanos es un hecho histórico y parte de lo que entendemos por “sociedad democrática”, la que debe ser protegida de conformidad a los principios de ambos ordenamientos jurídicos internacionales y valorada, ya que tanto en la CADH como en el CEDH el pluralismo es uno de los valores protegidos¹¹⁷². Asimismo, tanto el TEDH como la Corte IDH están de acuerdo en que la restricción de estos derechos y, en particular, la disolución de los partidos o asociaciones de minorías nacionales o pro-minoritarias o las prohibiciones a la libertad de reunión no cumplen con el requisito de proporcionalidad impuesto en las cláusulas de limitación pertinentes si sus actividades se llevan a cabo a través de medios no violentos y democráticos.¹¹⁷³

Lo anterior, implica que el Estado al momento de restringir los derechos a la libertad de asociación y reunión de minorías nacionales, étnicas, culturales o religiosas goza de un margen de apreciación reducido, debiendo garantizarlos ampliamente. Además, estas minorías gozan de una protección reforzada en la configuración del derecho a la no discriminación y en la prohibición del discurso del odio en el caso de la libertad de expresión, debiendo el Estado tomar acciones positivas para asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos que protegen tanto el CEDH como la CADH.¹¹⁷⁴

Un segundo aspecto a considerar es que en materia de libertad de expresión ambos tribunales internacionales han concordado en el hecho de que en sociedades multiculturales la libertad de

reparaciones. Todos estos tópicos y su jurisprudencia fue abarcada en el apartado 3.4 del capítulo tercero del presente trabajo.

¹¹⁷² Esto se puede apreciar con claridad para el espacio europeo en los fallos que clasifiqué en el apartado 2.5 del capítulo segundo como aquellos que tienen relación con la libertad de expresión en contextos multiculturales como garantía de pluralismo. En ese punto encontramos los casos: Arslan con Turquía (1999); Norwood con Reino Unido (2003); Ivanov con Rusia (2007); Kutlular con Turquía (2007). Por su parte, la Corte IDH da cuenta de este tema en el caso López Álvarez con Honduras (2006) analizado a la luz de los aspectos culturales en el derecho a la libertad de expresión (3.4.5) y en los casos de representación política en contextos multiculturales (3.5) casos Yatama con Nicaragua (2005), Castañeda Gutman con México (2008) y Chitay Nech con Guatemala (2010).

¹¹⁷³ El TEDH ha señalado este punto en varias sentencias, por ejemplo, en el caso “Partido de la Libertad y de la Democracia con Turquía (1999)”, la que fue citada en la sentencia de la Corte IDH en el caso “Manuel Cepeda con Colombia”, dando cuenta de la convergencia de ambos tribunales sobre este aspecto. Al respecto, véase: SCRIDH (2010). Caso Manuel Cepeda con Colombia, párr. 173.

¹¹⁷⁴ En este punto es relevante hacer el alcance de que pese a las diferencias de texto entre la CADH y el CEDH la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH han concordado en la protección de la libertad de expresión de las minorías y en la condena del discurso del odio. En ese sentido, el CADH (artículo 13) aparece más exhaustivo que el CEDH (artículo 10), ya que incorpora de forma expresa la prohibición del discurso del odio. Al respecto, véase: EGUIGUREN, BUSTOS y TORRES (2012), pp. 187-189.

expresión juega un rol relevante para los grupos que conforman la diversidad cultural y sus miembros en, al menos, dos dimensiones, esto es, en términos de libertad de opinión, comunicación e información, de su forma de vida, costumbres, tradiciones y cultura; y, en el sentido de restricción a los discursos que pueden afectar fuertemente el ejercicio de la autonomía de los miembros de grupos culturales y minoritarios, cuando éste reproduce una imagen devaluada, distorsionada, prejuiciosa o estereotipada de estos, generando un desprecio, intolerancia –incluso odio- del resto de la sociedad¹¹⁷⁵. Las dos dimensiones precitadas de la protección que han entregado los tribunales internacionales a los grupos culturales, étnicos, nacionales y religiosos actúan como una protección externa (Kymlicka), resguardando al grupo contra la sociedad en la que está englobada, ayudando al grupo a situarse en un mayor pie de igualdad, reduciendo su vulnerabilidad y permitiendo una mejor protección de la autonomía de los miembros del grupo.¹¹⁷⁶

Sin embargo, las diferencias han estado en el tratamiento que han dado ambos tribunales a los derechos de los pueblos indígenas y a los aspectos fuertes de los derechos culturales, esto es, a la protección efectiva de las diferencias de modo de vida al interior de sociedades diversas. En estos puntos, el TEDH, pese a reconocer el hecho multicultural y un creciente consenso en la protección de la diferencia cultural al interior de Europa, ha preferido entregar un amplio margen de apreciación a los Estados para que regulen aspectos tales como el uso de símbolos religiosos en espacios públicos¹¹⁷⁷ o el reconocimiento de modos de vida de las comunidades gitanas.¹¹⁷⁸ Como veremos en el apartado sobre las diferencias, el hecho de que se entregue un amplio margen de apreciación a los Estados tiene, al menos, dos consecuencias para los derechos humanos y los derechos de los grupos culturales. La primera, tiene relación con el hecho de que el TEDH de

¹¹⁷⁵ En ese sentido, en relación con el TEDH véase las sentencias reseñadas de los casos “Arslan con Turquía (1999)” y “Handyside con Reino Unido (1976)” sobre garantía del pluralismo y las sentencias reseñadas de los casos “Ivanov con Rusia (2007)”, “Norwood con Reino Unido (2004)”, “Kutlular con Turquía (2008)” y “Otto Preminger Institute con Austria (1994)” sobre prohibición del discurso del odio, en el punto 2.5.1 y 2.5.2, respectivamente, del capítulo segundo del presente trabajo. En el caso de la Corte IDH, véase las sentencias de los casos “Manuel Cepeda con Colombia (2010)” y “Lopez Álvarez con Honduras” sobre garantía de pluralismo en el punto 3.4.6. del capítulo tercero del presente trabajo.

¹¹⁷⁶ Sobre las protecciones externas en la teoría de Kymlicka, véase el punto 1.2.1 del capítulo primero del presente trabajo.

¹¹⁷⁷ Sobre los casos del TEDH sobre uso de símbolos religiosos, véase el punto 2.6.1 del capítulo segundo del presente trabajo, en particular el caso S.A.S con Francia.

¹¹⁷⁸ Sobre los casos del TEDH sobre reconocimiento de modos de vida de las comunidades gitanas, véase el punto 2.4.1 del capítulo segundo del presente trabajo, en particular los casos sobre expulsión de caravanas gitanas relacionados con el derecho a la vida privada y familiar reseñados en el punto 2.4.1.1 del mencionado apartado.

forma acrítica fortalece las prácticas de la cultura hegemónica, permitiendo que los derechos de las minorías culturales sean intervenidos por visiones basadas en prejuicios o que menosprecian los modos de vida y la cultura de estas, con las consecuencias que esto tiene en la autoestima e identidad de los miembros de dichos grupos. La segunda consecuencia dice relación con la reticencia por parte del TEDH a resolver estos casos utilizando una interpretación finalista de los derechos que establece el CEDH y, por ende, más acorde con el ideal de universalidad de los derechos humanos¹¹⁷⁹. Estas diferencias las exploraremos con mayor profundidad en el punto 4.2.2 del presente capítulo.

4.1.3. Inmigración

La jurisprudencia sobre inmigración presenta una gran coincidencia entre el TEDH y la Corte IDH, pese a la diferencia en el número de casos que han resuelto (muy superior en el caso del TEDH) y lo reciente que es la temática para la Corte IDH. En ese sentido, concuerdo con María Díaz Crego e Ignacio García, cuando señalan que “gran parte de los asuntos tratados en el dilatado recorrido jurisprudencial del TEDH han sido también analizados por la jurisprudencia interamericana, lo que solo parece poder explicarse teniendo en cuenta la densidad de las resoluciones de la Corte IDH en materia de extranjería”.¹¹⁸⁰

Desde lo más general, podemos señalar que ambos tribunales internacionales han entregado una amplia protección a los derechos de los migrantes, considerándolos sujetos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad y, por ende, que deben poseer una protección reforzada. En ese sentido, en primer lugar, tanto la Corte IDH como el TEDH han interpretado de forma flexible los convenios respectivos. Por ejemplo, ambos tribunales internacionales han establecido el principio de no devolución de extranjeros y de prohibición de expulsiones masivas interpretando su alcance e implicancias de forma amplia en relación al tenor literal de las normas convencionales, estableciendo una garantía de no devolución aplicable a cualquier extranjero con independencia

¹¹⁷⁹ Esto se ve con claridad en los casos sobre expulsión de caravanas gitanas en el Reino Unido y en el caso Aksu con Turquía (2012) abordados en punto sobre los derechos culturales en el marco del derecho a la vida privada y familiar (2.4.1). Asimismo, se puede apreciar en los casos de jurisprudencia relativa al derecho a la libertad religiosa, en particular, en el caso S.A.S con Francia (2014) abordado en el apartado 2.6 del capítulo segundo del presente trabajo.

¹¹⁸⁰ Cfr. DÍAZ y GARCÍA (2016), p. 342.

del estatus migratorio que tenga. En el caso del TEDH en la sentencia del caso “Hirsi Jamaa y otros con Italia” se puede apreciar la flexibilidad interpretativa de las disposiciones del CEDH, en particular de la garantía establecida en el artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4, señalando que esta debe ser interpretada de forma sistemática, útil, que permita la evolución de las normas convencionales y que tenga en cuenta el contexto migratorio actual¹¹⁸¹. Por su parte la Corte IDH en el caso de la Familia Pachecho Tineno con Bolivia amplió las garantías de no devolución a todos los extranjeros independientemente de su condición migratoria.¹¹⁸²

En segundo lugar, ambos tribunales internacionales han vinculado las protecciones a los migrantes a través de un ejercicio argumentativo que vincula varias normas de sus respectivas convenciones, es decir, mediante una interpretación de tipo integradora. Por ejemplo, el TEDH en una serie de casos sobre expulsión de migrantes, utilizando dicha forma de interpretar las obligaciones que tienen los Estados de conformidad al derecho internacional de los derechos humanos ha vinculado el artículo 3 del CEDH con el artículo 33 de la CSER y el artículo 3.1. de la CCTNU, generando un criterio general de abstención por parte de los Estados si la extradición, expulsión o deportación de un migrante, genera un riesgo de que sufra tortura o tratos inhumanos o degradantes en el país de origen o que reclama su extradición¹¹⁸³. Por su parte, la Corte IDH ha integrado el derecho a la vida privada o familiar con el interés superior del niño para establecer los límites de la actuación estatal en los casos de extradición, expulsión o deportación de los migrantes.¹¹⁸⁴

En tercer lugar y pasando a cuestiones más específicas, ambos tribunales internacionales han coincidido en establecer garantías básicas a las privaciones de libertad que realizan los Estados debido a la migración irregular. En ese sentido, han establecido que dichas medidas deben tomarse con estricto apego al principio de legalidad y perseguir una finalidad legítima. Además, se debe

¹¹⁸¹ Al respecto, véase el apartado 2.7 (2.7.5) del capítulo segundo del presente trabajo. Asimismo, véase la jurisprudencia del TEDH relacionada con diversas aristas de la protección de la vida privada y familiar de los migrantes abordada en el apartado 2.7 (2.7.4) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹¹⁸² Al respecto, véase el apartado 3.6 del capítulo tercero del presente trabajo.

¹¹⁸³ Al respecto, véase el apartado 2.7 (2.7.1) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹¹⁸⁴ Al respecto, véase el apartado 3.6 (3.6.1) del capítulo tercero del presente trabajo.

considerar el derecho a la asistencia jurídica, tener claridad en los motivos de la privación de libertad y acceso a una revisión judicial rápida y expedita.¹¹⁸⁵

De esta forma, en materia migratoria es el tópico en el que más se acercan los enfoques de ambos tribunales internacionales. Tanto la Corte IDH como el TEDH son sensibles al delicado momento histórico que viven los migrantes en el mundo, lo que implica que los caracterizan como un grupo de personas desaventajadas, que requieren de una protección especial, para lo cual es necesario interpretar contextualizadamente las normas convencionales y de manera flexible, integradora y que tienda a la protección efectiva de los derechos humanos. En ese sentido, en este punto, ambos tribunales internacionales utilizan las herramientas hermenéuticas que han sido propuestas por los teóricos del derecho antidiscriminatorio y del liberalismo multicultural. Sin embargo, como el tipo de protección que le han entregado a los migrantes, en general, ha sido de forma individual y por pertenecer a un grupo desaventajado, y no por aspectos derivados de su cultura o prácticas culturales como grupo, no es posible concluir que el enfoque que utilicen sea el del liberalismo multicultural, sino más bien es propio del liberalismo clásico con sensibilidad al contexto en el que se encuentran.

4.2. PRINCIPALES DIFERENCIAS Y POSIBLES EXPLICACIONES

4.2.1. Representación política en contextos multiculturales

Utilizando el marco teórico expuesto en el capítulo primero, la principal diferencia que he detectado entre los dos Tribunales es de enfoque, de lo cual se derivan tres divergencias importantes¹¹⁸⁶. Ellas son: 1) Si se protegen derechos individuales y de grupo, o sólo individuales; 2) Si los grupos políticos-culturales, en relación con sus planteamientos, pueden ser limitados

¹¹⁸⁵ En el caso de la jurisprudencia del TEDH, véase el apartado 2.7 (2.7.3) del capítulo segundo del presente trabajo. En el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH véase el caso de las personas dominicanas y haitianas expulsadas con República Dominicana abordado en el apartado 3.6 (3.6.2) del capítulo tercero del presente trabajo.

¹¹⁸⁶ De todas formas, comparto la prevención que realizan Francisco Eguiguren, Rafael Bustos e Ignacio Torres cuando analizan la jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH sobre representación política y señalan que “el posible diálogo entre ambas jurisdicciones viene, en el caso de los derechos de reunión y asociación, limitado por la relativamente escasa actividad de la Corte IDH en estos terrenos, escasa actividad que contrasta llamativamente con la extensa jurisprudencia que ha producido el TEDH, de modo que lo que sigue quede relativamente descompensado, como consecuencia de la diferente riqueza de las intervenciones de las dos Cortes”. Cfr. EGUIGUREN, BUSTOS y TORRES (2012), p. 200.

(legítimamente) en sus derechos de representación política, o no; 3) Si el contexto de diversidad cultural juega un papel al momento de interpretar los derechos humanos ligados a la representación política, o no.

De conformidad a la sentencia de la Corte IDH en el caso Yatama con Nicaragua, se puede ver con bastante claridad que su enfoque es catalogable dentro de los parámetros teóricos del liberalismo cultural, aceptando la formulación teórica de los derechos de grupo¹¹⁸⁷. En cambio, la jurisprudencia analizada del TEDH nos muestra que el enfoque que utiliza el tribunal para el análisis de los casos de representación política en contextos multiculturales se encuentra dentro de los planteamientos del liberalismo clásico, corregido con aspectos de la óptica del liberalismo cultural.

Esta diferencia de enfoque incide al momento de interpretar los derechos humanos que hacen operativa la representación política en contextos multiculturales. Así, la Corte IDH, en el caso Yatama con Nicaragua parte constatando que el escenario político en el que se desenvuelven los actores se encuentra marcado por una situación de hecho multicultural. Luego, señala que Yatama es un partido político que representa los intereses de un grupo étnico-cultural (indígenas) desaventajado y ha sido excluido histórica y sistemáticamente de la participación política. Además, señala que grupos políticos de la índole de Yatama, es decir, grupos étnico-culturales, tienen un derecho de participación política como tales, o sea, como grupo. Finalmente, establece que el Estado tiene el deber positivo de actuar para que la participación de dichos grupos pueda ser posible.

De esta forma, para la Corte IDH la representación política en contextos multiculturales a la luz del CADH se podría conceptualizar como un derecho de grupo, que en principio tendrían los grupos étnico-culturales (indígenas) que se encuentren desaventajados o excluidos del proceso político y que tendría una garantía positiva por parte del Estado, es decir, debería buscar los

¹¹⁸⁷ De la sentencia del caso Yatama con Nicaragua, el único aspecto que se podría considerar como parte de la filosofía comunitaria, con relativa claridad, es el de que configura el derecho de participación política como un derecho de grupo. Sin embargo, ya se advirtió en el presente trabajo que los derechos de los grupos pueden formar parte de lo que se denomina como liberalismo cultural. Además, hay que considerar que la Corte IDH tiene un profundo compromiso con la universalización de los derechos humanos, con lo que se aleja de los planteamientos del comunitarismo.

mecanismos legislativos y prácticos idóneos para que sea un derecho efectivo. En cuanto a la limitación del derecho de asociación a ciertos grupos culturales-étnicos que tengan prácticas o propuestas contrarias a los derechos establecidos en el CADH, del análisis expuesto para el caso Yatama con Nicaragua, ello podría plantear problemas teóricos.

Dichos problemas teóricos se originan debido a que la Corte IDH, en el caso Yatama con Nicaragua, al formular el derecho de representación política en contextos multiculturales, no hace un análisis fáctico sobre los planteamientos o costumbres del grupo que está protegiendo. Así, deja abierta la puerta para que cualquier grupo étnico-cultural desaventajado histórica y políticamente, solicite una protección del nivel que brindó la Corte IDH en el caso expuesto. Ello puede ser problemático en el caso de grupos étnico-culturales cuyas prácticas o planteamientos, colisionen con los derechos que protege el CADH. Esto se podría plantear en el caso de algunos pueblos indígenas en relación con los derechos de sus integrantes (por ejemplo, los derechos de las mujeres que conviven en las comunidades indígenas)¹¹⁸⁸. ¿Será igualmente protegible un partido político étnico-cultural cuando quiera extender su sistema de relaciones familiares al resto de la comunidad política? ¿Es igualmente protegible por la Corte IDH un grupo étnico-cultural en el caso de que no respete los derechos del CADH en el seno de su comunidad? ¿Será posible que la Corte IDH, avale una limitación del derecho de participación política en los supuestos anteriores? De todas formas, el hecho de que el acceso a la Corte IDH esté mediado por el proceso ante la CIDH hace que los casos que llegan a obtener una sentencia del Corte IDH se encuentren dentro de las políticas de acción que tiene la CIDH para la protección de grupos desaventajados. Por ahora, del caso analizado, se puede ver un enfoque fuerte de óptica liberal cultural, con miras a proteger y configurar la representación política en contextos multiculturales como derecho de grupo. Surgiendo la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para que en el proceso político se encuentre representada adecuadamente la perspectiva multicultural de fuente indígena.

Por su parte, el enfoque del TEDH incide directamente en su interpretación de los derechos

¹¹⁸⁸ Hay pocos estudios y jurisprudencia que nos puedan ayudar en el análisis. Sin embargo, Deere y León, han estudiado la correlación entre las demandas de los pueblos indígenas y de los movimientos de las mujeres, señalando el peligro que trae para el acceso igualitario a la tierra por parte de las mujeres, el conceptualizar la propiedad indígena comunitaria, poniendo énfasis en la titularidad colectiva, debido a las relaciones desiguales en su interior. Cfr. DEERE y LEÓN (2000), pp. 36-55.

humanos involucrados en la representación política en contextos multiculturales. El TEDH, con un enfoque “neutral”, no se pregunta si el grupo o partido político es desaventajado o no, sino que parte de un supuesto de valoración general: la importancia de los partidos políticos para el sistema democrático y el pluralismo político. Con ello, no hará un juicio de valor sobre los planteamientos de los partidos al momento de evaluar una posible limitación al derecho de asociación política. De igual forma, su análisis e interpretación de los derechos humanos en juego, siempre será en clave individual, no dando cabida a posibles derechos de grupo. Esta perspectiva que se deriva de la ilusión de “neutralidad”, puede generar el problema -que advierte Taylor¹¹⁸⁹- de consolidar posiciones de supremacía cultural dentro de los países que forman parte del CEDH y que a mi juicio -y como he querido demostrar- es lo que está ocurriendo en la jurisprudencia del TEDH.

Sin perjuicio de lo anterior, su protección a los derechos de representación política en contextos multiculturales resulta bastante eficaz y en el único caso en el cual se limitó el derecho de asociación (Refah Partisi con Turquía), fue debido a un análisis fáctico del partido político (como grupo cultural) en cuanto a sus planteamientos y acciones¹¹⁹⁰, entendiendo que el partido político constituía un peligro real para la futura vigencia de los derechos humanos amparados por el CEDH en Turquía. Más allá de lo acertado (o no) del análisis de hecho sobre la peligrosidad del Refah Partisi, lo interesante es que el TEDH en dicho caso abandonó la “neutralidad” con la que había analizado los casos anteriores sobre representación política y protección del pluralismo, para tomar una decisión que considerará la futura vigencia de los derechos humanos en Turquía. Con ello, las garantías democráticas ceden si atentan contra los derechos humanos de los individuos y esto es justamente lo que protegió el TEDH en el caso Refah Partisi con Turquía.

Finalmente, una posible explicación de la diferencia de enfoque entre ambos tribunales internacionales (aunque ello pueda encontrar una respuesta más adecuada en el marco de un análisis de sociología jurídica), es la fuente de multiculturalidad de los casos revisados. La diferencia de enfoque puede deberse, a que la principal fuente de multiculturalidad a la que se ha

¹¹⁸⁹ Sobre la “neutralidad” del liberalismo clásico señala que la sociedad supuestamente justa y ciega a las diferencias es inhumana, en la medida en que suprime las identidades. Además, de una forma sutil e inconsciente, resulta sumamente discriminatoria. Cf. TAYLOR (1994), p. 43.

¹¹⁹⁰ En el análisis fáctico que realizó el TEDH se pueden detectar algunos de los elementos que plantea Amy Gutmann, para establecer qué grupos culturales minoritarios deben ser objeto de una protección.

enfrentado la Corte IDH es de tipo indígena. Por su parte, el TEDH ha tenido que analizar casos multiculturales de una diversidad de fuentes (inmigración, minorías nacionales, grupos étnico-culturales y grupos religiosos) que, a mi juicio, le demandan una mayor coherencia en sus decisiones, para lo cual, en principio, la supuesta neutralidad cultural del liberalismo clásico da respuestas más homogéneas¹¹⁹¹ y le entrega mayor aceptación de sus decisiones por parte de los destinatarios de estas y, en particular, de los Estados. Asimismo, el contexto político en el que ambos tribunales internacionales se desenvuelven es distinto, siendo relevante el hecho de que las democracias europeas han construido sistemas nacionales que protegen con mayor alcance los derechos humanos de sus individuos que en el contexto americano. Este ha sido uno de los argumentos que más se ha utilizado para dar cuenta de las diferencias de enfoque entre ambos tribunales internacionales. Al respecto, me parece que los casos de tipo multicultural ponen en duda esa idea, ya que como hemos podido apreciar, en general se trata de casos de individuos y grupos que se encuentran marginados y excluidos de la deliberación política y de la toma de decisiones en ambos escenarios (tanto en el europeo como en el americano), por lo que necesitan de una protección y consideración especial, porque sus perspectivas sociales no son compatibles (o se encuentran en tensión) con las prácticas de las culturas hegemónicas en las sociedades en las que viven y sus peticiones no encuentran cabida en las instituciones públicas ni en sede jurisdiccional.

4.2.2. Minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales

En este punto, las diferencias entre ambos tribunales internacionales, al igual que en el punto anterior, son de enfoque. Estas divergencias las podemos analizar de conformidad a la siguiente matriz: 1) Si se protegen derechos individuales y de grupo, o sólo individuales; 2) Si las minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales, en relación con sus planteamientos, poseen derechos diferenciados (y en qué profundidad), o no; 3) Si el contexto de diversidad cultural juega un papel al momento de interpretar los derechos humanos ligados a las demandas de los grupos señalados, o no.

¹¹⁹¹ Si bien la certeza y homogeneidad de la aplicación del Derecho son virtudes incuestionables, téngase presente las implicancias de ello en la autonomía personal. Cfr. ÁLVAREZ (2014a), pp. 186-190.

Considerando el primer punto de la matriz planteada, podemos apreciar el contraste que existe en la jurisprudencia de ambos tribunales internacionales, ya que por un lado la Corte IDH ha reconocido la existencia de los derechos de grupo en el caso de los pueblos indígenas¹¹⁹² y, por el otro, el TEDH ha revisado los casos de las minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales sólo a través de los derechos individuales que señala el CEDH, es más, en varios casos de minorías nacionales ha realizado su análisis sin reconocer que el sujeto es parte de una minoría nacional¹¹⁹³. El hecho de que la Corte IDH reconozca los derechos de los grupos de los pueblos indígenas implica que previamente realizó un ejercicio argumentativo a través del cual le atribuyó la calidad de grupo y, luego, justificó la necesidad de que dicha entidad fuera tratada de forma diferenciada y reforzada¹¹⁹⁴. Este hecho conectará con el resto de los puntos de la matriz y es el centro para una aplicación del derecho internacional de los derechos humanos que tenga en consideración la perspectiva multicultural.

En relación con el segundo aspecto de la matriz expuesta, las diferencias han estado en el tratamiento que han dado ambos tribunales a los derechos de los pueblos indígenas¹¹⁹⁵ y a los aspectos fuertes de los derechos culturales, esto es, a la protección efectiva de las distintas formas de vida al interior de sociedades multiculturales. En estos puntos, el TEDH, pese a reconocer el hecho multicultural y un creciente consenso en la protección de la diferencia cultural al interior de Europa, ha preferido entregar un amplio margen de apreciación a los Estados para que regulen aspectos tales como el uso de símbolos religiosos en espacios públicos¹¹⁹⁶ o el reconocimiento de

¹¹⁹² Véase el apartado 3.3 del capítulo tercero del presente trabajo.

¹¹⁹³ Esta forma de análisis por parte del TEDH la podemos ver con claridad en las sentencias de los casos “Podkolzina con Rusia” y “Gorzelic con Polonia”. En ambos casos el TEDH no entró a revisar los casos en el marco de una minoría nacional que solicita una protección especial. Lo mismo ocurre en los casos revisados atinentes a pueblos indígenas en Europa. Al respecto, véase los puntos del capítulo segundo del presente trabajo. Lo anterior tiene el matiz de los casos que han involucrado a las minorías gitanas (véase los puntos del capítulo segundo del presente trabajo, en especial el caso “Aksu con Turquía”) en los que el TEDH sí ha contextualizado los casos y ha considerado en su análisis las características especiales que presentan dichos casos, pero no ha otorgado una protección especial en conformidad a ello. En ese sentido, véase: MAGALDI (2012), pp. 345-346.

¹¹⁹⁴ Esto lo podemos apreciar con claridad en los casos tratados en el apartado 3.3 del capítulo tercero y en especial, en el caso del pueblo Xákmok Kásek con Paraguay (2010).

¹¹⁹⁵ Véase el apartado 2.8 del capítulo segundo en el caso del TEDH y los apartados 3.2, 3.3 y 3.4 del capítulo tercero para la Corte IDH.

¹¹⁹⁶ Paradigmático en este punto resulta ser la sentencia del TEDH en el caso “S.A.S. con Francia”, que fue analizada en el apartado 2.6 (2.6.1) del capítulo segundo.

modos de vida de las comunidades gitanas¹¹⁹⁷. El hecho de que se entregue un amplio margen de apreciación a los Estados tiene, al menos, dos consecuencias para los derechos humanos y los derechos de los grupos culturales. La primera, tiene relación con el hecho que el TEDH de forma acrítica fortalece las prácticas culturales de la cultura hegemónica, permitiendo que los derechos de las minorías culturales sean intervenidos por visiones cargadas de estereotipos y menosprecio hacia los modos de vida y la cultura de estos¹¹⁹⁸, con las consecuencias que esto tiene en la autoestima e identidad de los miembros de dichos grupos¹¹⁹⁹. La segunda consecuencia dice relación con la reticencia por parte del TEDH a resolver estos casos utilizando una interpretación finalista de los derechos que establece el CEDH¹²⁰⁰ y, por ende, menos acorde con el ideal de universalidad de los derechos humanos¹²⁰¹. Al abandonar una interpretación finalista de las normas del CEDH el TEDH renuncia a buscar una interpretación de los presupuestos convencionales que permita cumplir con el objetivo del CEDH, esto es, la protección de los derechos humanos en el espacio europeo. Con una interpretación finalista de las normas del CEDH el TEDH realizaría un escrutinio más intenso de la actividad estatal y antes de aplicar la doctrina del margen de apreciación nacional, en los supuestos de casos multiculturales, se preguntaría si la configuración nacional que se le está dando a los derechos establecidos en el CEDH protege efectivamente a las minorías étnicas y culturales.

¹¹⁹⁷ Esto se ve con claridad en los caso de la expulsión masiva de caravanas gitanas (punto 2.4.1 del capítulo segundo), en el cual el TEDH pese a que consideró que la vida en una caravana forma parte integrante de la identidad gitana, ya que se inscribe en su larga tradición de viajeros, incluso aunque se instalen durante largos periodos en un mismo lugar para, entre otras cosas, facilitar la educación de los hijos, estimó que no hubo violación del artículo 8 del CEDH debido al margen de apreciación con que cuentan los Estados para establecer medidas y dictar normativas tendientes a regular el uso de los terrenos y, por ende, interferir en el derecho a la vida privada y familiar.

¹¹⁹⁸ Además, cabe preguntarse si realmente los Estados se encuentran mejor situados para resolver este tipo de conflictos cuando en sus parlamentos prima un discurso estereotipado y hostil a la diferencia religiosa, véase: MALIK (2012), pp. 106-107.

¹¹⁹⁹ En ese sentido, señalábamos en el capítulo primero la importancia que le dan para la formación de la identidad de las personas tanto el liberalismo multicultural como el comunitarismo. Al respecto, véase el apartado 1.2 del capítulo primero del presente trabajo.

¹²⁰⁰ Al respecto véase lo señalado en el apartado 2.1 del capítulo segundo del presente trabajo.

¹²⁰¹ Véase el apartado 1.3 (1.3.1) del capítulo primero del presente trabajo. Asier Garrido, hace un paralelo entre lo que él denomina como el “vanguardismo universalista” de la Corte IDH en contraste con el límite al mismo que ha realizado el TEDH. Si bien el autor realiza su análisis en consideración a las leyes de amnistía, sus reflexiones son atinentes para el presente trabajo, ya que en materia multicultural las diferencias de enfoque entre ambos tribunales se mantienen. Al respecto, véase: GARRIDO (2016), pp. 191-214.

En contraste con la óptica del TEDH, la Corte IDH a través de su jurisprudencia ha construido un amplio catálogo de derechos diferenciados para las minorías étnicas y culturales¹²⁰², especialmente de fuente indígena, entre los que podemos anotar: el derecho a la propiedad comunal indígena que desprende del artículo 21 del CADH por el reconocimiento que da a la cultura de los pueblos indígenas, al que incluso le asigna el estatus de un derecho colectivo¹²⁰³; la interdependencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas, construcción argumentativa que tiene como base la “especial relación que tienen éstos con su tierra”, lo que ha llevado a la Corte IDH a señalar la conexión que existe entre el derecho a la vida y las formas tradicionales que tienen los pueblos indígenas en el uso de su territorio ancestral¹²⁰⁴; la conexión que tiene la cultura indígena con la configuración de especificidades de lo que significa el respeto al derecho a la vida¹²⁰⁵, las garantías judiciales¹²⁰⁶, la protección a las formas de familia indígena¹²⁰⁷ y el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.¹²⁰⁸

En relación con el tercer punto de la matriz expuesta, es posible apreciar que aunque ambos tribunales internacionales tienen en consideración el contexto multicultural en la relación de los hechos que han conocido, las diferencias se derivan de las consecuencias que éstos atribuyen a dicho contexto. Por su parte, la Corte IDH tiene en consideración el contexto multicultural para la interpretación de los derechos de la CADH, con consecuencias procesales¹²⁰⁹ y substantivas, esto

¹²⁰² Poniendo en el centro la idea de vulnerabilidad, Itziar Gómez coincide con lo aquí planteado, esto es: que el TEDH ha puesto en el centro el individuo sin desarrollar una doctrina sobre los grupos vulnerables, a diferencia de la Corte IDH que, si ha considerado la idea de grupo vulnerables, desarrollando criterios para su identificación y ha reforzado las obligaciones del Estado en la protección de los derechos humanos en ese tipo de casos. Véase, GÓMEZ (2016), pp. 633-670

¹²⁰³ Al respecto, véase los apartados 3.2 y 3.3 del capítulo tercero del presente trabajo.

¹²⁰⁴ Al respecto, véase los casos *Yakye Axa con Paraguay* (2005), *Sawhoyamaya con Paraguay* (2006) y *Xákmok Kásek con Paraguay* (2010) abordados en el apartado 3.4 (3.4.1) del capítulo tercero del presente trabajo.

¹²⁰⁵ Tal y como revise en el apartado 3.4 (3.4.1) del capítulo tercero del presente trabajo, en los casos *Bámaca Velásquez con Guatemala* (2000), *Moiwana con Surinam* (2005) y *Masacre de Río Negro con Guatemala* (2012), la Corte IDH señala que en casos donde se ven envueltas las prácticas indígenas los Estados deben procurar considerarlas al momento de su accionar, ya que el no observar dichas tradiciones puede impactar no sólo con el derecho a la vida sino que también con el derecho a la integridad personal por el sufrimiento o daño que causa a la identidad indígena.

¹²⁰⁶ Al respecto, véase el apartado 3.4 (3.4.2) del capítulo tercero del presente trabajo.

¹²⁰⁷ Al respecto, véase el apartado 3.4 del capítulo tercero relativo a los aspectos culturales en el derecho de protección a la familia indígena (3.4.4) y el relativo a los aspectos culturales en los derechos de los niños indígenas (3.4.5).

¹²⁰⁸ Al respecto, véase el apartado 3.4 (3.4.6) del capítulo tercero del presente trabajo.

¹²⁰⁹ La Corte IDH en general en los casos en los que se ven involucrados los pueblos indígenas ha invertido la carga de la prueba y ha señalado que le corresponde al Estado comprobar que no ha vulnerado los derechos establecidos en la CADH. Asimismo, ha innovado en las medidas de reparación, señalando el rol que juega la cultura indígena tanto

es, en la configuración de derechos especiales para los grupos culturales que han sido objeto de su protección¹²¹⁰. En contraste, el TEDH ha reconocido el hecho multicultural pero ha sido reacio a generar una interpretación contextualizada de los derechos humanos¹²¹¹ y, por ende, a generar a partir de ello consideraciones procesales¹²¹² o de fondo en la interpretación de los derechos del CEDH.¹²¹³

Así, de conformidad con el grupo de sentencias analizadas de la Corte IDH, se puede ver con bastante claridad que su enfoque es catalogable dentro de los parámetros teóricos del liberalismo multicultural, aceptando la formulación teórica de los derechos de grupo¹²¹⁴. En cambio, la jurisprudencia analizada del TEDH nos muestra que el enfoque que utiliza el tribunal para el análisis de los casos de minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales, se encuentra dentro de los planteamientos del liberalismo clásico, corregido con aspectos de la óptica del liberalismo cultural.

Finalmente, puede agregarse que sería posible realizar una evaluación somera del reconocimiento por parte del TEDH de los derechos de los individuos pertenecientes a minorías a partir de la propuesta de Will Kymlicka sobre los derechos colectivos. Lo que propone Kymlicka

para la determinación de los beneficiarios de las reparaciones como en la determinación del daño inmaterial. Al respecto, véase el apartado 3.4 (3.4.7) del capítulo tercero del presente trabajo.

¹²¹⁰ Un claro ejemplo de ello es la interpretación contextualizada que realiza la Corte IDH del artículo 21 del CADH, generando el derecho a la propiedad comunal indígena.

¹²¹¹ Esto se puede apreciar con claridad en las sentencias del TEDH sobre el pueblo Gitano. Al respecto, véase el apartado 2.4 (2.4.1) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹²¹² La jurisprudencia del TEDH ha mostrado una tendencia a invocar la doctrina del margen de apreciación para tener una mayor deferencia con la actividad estatal. Sin embargo, hay algunos ejemplos de un incipiente uso de la interpretación contextual por parte del TEDH, como en el caso “Aksu con Turquía”. Asimismo, el TEDH ha invertido la carga de la prueba en casos de “discriminación múltiple”, por ejemplo en la sentencia del caso “B.S.C. con España” conocido como “Solomon con España”. Al respecto véase, apartado 2.4 (2.4.1.2) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹²¹³ A diferencia de la Corte IDH el TEDH no ha generado una interpretación contextualizada de los derechos humanos establecidos en el CEDH que le permita construir algún tipo de derecho especial en consideración a las necesidades de los grupos culturales que le demandan protección. En general, su óptica ha sido tratar de igualar la protección de los derechos de las minorías con los del resto de la población, por lo que su acento ha estado puesto en los tipos de discriminaciones que estos grupos viven y no en la generación de derechos especiales en consideración a sus diferencias culturales. Ello se puede apreciar en la forma de razonamiento que utiliza el TEDH en el caso Muñoz Díaz con España y que fue analizado en el apartado 2.4 (2.4.2.2) del capítulo segundo del presente trabajo.

¹²¹⁴ Tal como señalo en el apartado 3.3 (3.3.3) del capítulo tercero del presente trabajo, la Corte IDH ha considerado la propiedad comunal indígena como un derecho de grupo que complementa la protección individual que tienen los miembros de las comunidades y que es fundamental para garantizar sus planes de vida, lo que tiene una fuerte relación con los postulados teóricos de Neus Torbisco y que fueron analizados en el apartado 1.3 (1.3.2) del capítulo primero.

no es completamente trasladable a este contexto y no puede ser referido sin advertir sus debilidades, particularmente en cuanto toca a su enfoque esencialmente liberal y, en consecuencia, centrado en el individuo. Hacer uso de tal propuesta permitiría, sin embargo, considerar lo limitada que es la protección que ha desarrollado el TEDH incluso entendiéndola como protección individual. Kymlicka hace referencia a varios ámbitos en los cuales deben reconocerse derechos a los individuos pertenecientes a minorías en la conformación del Estado, tales como: uso de la lengua en la enseñanza, en la vida pública y en los puestos de trabajo en instituciones públicas y privadas; la posibilidad de exención de obligaciones militares; la posibilidad de crear y hacer funcionar su propio sistema de educación superior; y, de participar en la elaboración de las políticas de inmigración¹²¹⁵. En la jurisprudencia del TEDH que he evaluado únicamente se hace referencia al reconocimiento del uso de la lengua en la enseñanza y en la vida pública. Siendo así, y apreciando la muestra jurisprudencial que hemos presentado a partir de lo que ha sido expuesto de la propuesta de Kymlicka, pareciera que no han sido satisfechos todos los elementos necesarios para el pleno reconocimiento de las minorías, al menos desde la perspectiva liberal multicultural¹²¹⁶. Hay que considerar, además, que en la perspectiva del TEDH, no hay lugar para los derechos de los grupos culturales como tales, lo que contrasta con la perspectiva de la Corte IDH en la materia.

4.2.3. Inmigración

En el apartado de las similitudes señalábamos que el tópico en el que más se acercan los enfoques de ambos tribunales internacionales es en materia migratoria, tanto la Corte IDH como el TEDH son sensibles al delicado momento histórico que viven los migrantes en el mundo, lo que implica que los caracterizan como un grupo de personas desaventajadas, que requieren de una protección especial, para lo cual es necesario interpretar contextualizadamente las normas

¹²¹⁵ Véase: KYMLICKA (2009), pp. 76-77.

¹²¹⁶ Esto se puede ver con claridad en los casos sobre expulsión de caravanas gitanas en el Reino Unido y en el caso Aksu con Turquía (2012) abordados en punto sobre los derechos culturales en el marco del derecho a la vida privada y familiar (2.4.1). Asimismo, se puede apreciar en los casos de jurisprudencia relativa al derecho a la libertad religiosa, en particular, en el caso S.A.S con Francia (2014) abordado en el apartado 2.6 del capítulo segundo del presente trabajo. Finalmente, también se aprecia en las sentencias de los casos “Podkolszina con Rusia” y “Gorzelic con Polonia”, abordadas en el apartado 2.2 del capítulo segundo del presente trabajo.

convencionales y de manera flexible, integradora y que tienda a la protección efectiva de los derechos humanos. En ese sentido, ambos tribunales internacionales confluyen en el tipo de protección que han otorgado y en la utilización de herramientas hermenéuticas para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, la principal diferencia entre ambos tribunales internacionales viene dada por el acento que ponen en la concreción del ideal de universalidad de los derechos humanos al momento de aplicar las normas convencionales a los casos de tipo multicultural derivados del fenómeno migratorio. Así, en los parámetros jurisprudenciales que ha construido la Corte IDH en materia migratoria se puede apreciar una intención más manifiesta de generar una interpretación uniforme de límites a la acción estatal, debido a la vulnerabilidad y necesidad de protección que tendrían los migrantes, siendo más exigente en la aplicación del principio de no discriminación, de protección a la vida privada y familiar de los migrantes, en especial, en el caso de los niños y niñas migrantes, de protección judicial y garantías del debido proceso y en la concreción de una igualdad de trato entre nacionales y migrantes en el acceso a los derechos laborales.¹²¹⁷

Por su parte el TEDH ha realizado un análisis más casuístico y ha rehuido de declaraciones generales y abstractas que permitan desprender de su jurisprudencia un compromiso fuerte con la aplicación del ideal de universalidad en la interpretación de los derechos establecidos en el CEDH. Por ejemplo, concuerdo con María Díaz e Ignacio García cuando señalan que: “(...) la jurisprudencia del TEDH en relación con las diferencias de trato en el acceso a prestaciones sociales entre extranjeros por razón de su estatus migratorio parece menos audaz que la de la Corte: si la Corte IDH parece exigir la total equiparación entre extranjeros, independientemente de su estatus migratorio, en el acceso a prestaciones sociales de tipo contributivo, como podría ser una prestación por desempleo o una pensión de jubilación; la jurisprudencia del TEDH huye de afirmaciones genéricas, más allá del habitual reconocimiento del margen de apreciación con el que cuentan los Estados parte para limitar el acceso a prestaciones sociales, muy costosas para el erario

¹²¹⁷ Resulta ilustrador del fuerte rol universalista que se le da a la protección de los migrantes en la jurisprudencia de la Corte IDH el voto concurrente del Juez Cañado Trindade en la opinión consultiva relativa a los derechos de los migrantes indocumentados, de la que doy cuenta en el apartado 3.6 (3.6.1.1) del capítulo tercero del presente trabajo.

público, y tiende a valorar las circunstancias del caso concreto, estudiando el carácter objetivo, razonable y proporcionado de la diferencia de trato, tal y como exige el art. 14 CEDH”.¹²¹⁸

Una parte de la academia latinoamericana ha planteado que en materias como la inmigración sería una buena idea introducir la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia de la Corte IDH¹²¹⁹. Sin embargo, a diferencia del TEDH, para la Corte IDH en los casos en los que se ven involucrados grupos desaventajados tiende a construir una interpretación uniforme y exigente de los preceptos del CADH, realizando una labor hermenéutica que tiene como guía la protección efectiva de los derechos y el carácter evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos.¹²²⁰

4.3. PERSPECTIVAS DEL MULTICULTURALISMO EN LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

En primer lugar, realizando la evaluación de las perspectivas de la representación política en contextos multiculturales por tribunal internacional, en el caso de la Corte IDH, los desafíos que planteo los avizoro por las tensiones que se pueden producir al interior de los países parte del CADH. Por ejemplo, si más grupos políticos similares a Yatama solicitasen el nivel de protección que le brindó a éste, podría generarse una tensión política relevante en el continente. Asimismo, la Corte IDH en el caso Yatama con Nicaragua, deja abierta la puerta para que los Estados configuren un derecho especial de representación política en contextos multiculturales, por lo que se podrían dar los siguientes supuestos: 1) Que la Corte IDH, al momento de analizar un futuro caso, señale a la luz del caso Yatama, como insuficiente una configuración nacional del derecho especial de representación política en contextos multiculturales, para una efectiva participación de partidos políticos indígenas que considere grupos desaventajados y, por ende, determine la responsabilidad internacional del Estado por violación al CADH; 2) Que la Corte IDH, al momento de analizar un

¹²¹⁸ Cfr. DÍAZ y GARCÍA (2016), p. 359.

¹²¹⁹ Al respecto, véase el apartado 3.6 (3.6.3) del capítulo tercero del presente trabajo.

¹²²⁰ Aunque se escapa de los objetivos de investigación del presente trabajo, resulta interesante tener en consideración la prevención que realizan María Díaz e Ignacio García, en el sentido de que: “No obstante, las diferencias entre la jurisprudencia europea y americana quizás deberían pasarse por el tamiz del estudio de la recepción de las sentencias de ambos tribunales en los ordenamientos internos. En relación con el sistema interamericano, se ha destacado los problemas en la ejecución de la sentencia *Yean y Bosico*, lo que suscita la pregunta de si los Estados Americanos recogerán el guante lanzado por la Corte y elevarán sus estándares de protección en materia de extranjería”. Cfr. DÍAZ y GARCÍA (2016), p. 368.

futuro caso, señale como suficiente una configuración nacional del derecho especial de representación política en contextos multiculturales, a la luz del caso Yatama, para una efectiva participación de partidos políticos indígenas que considere grupos desaventajados y con ello, fije criterios para los Estados al respecto.

En relación con lo anterior, un partido político, con una visión de la representación política anclada en el liberalismo clásico, en el momento en que los países configuren un sistema especial de representación política a la luz del caso Yatama, podría considerarse discriminado, alegando, eventualmente, una *supra* o artificial inclusión política de los grupos que se considerarían para diseñar el sistema especial de representación política. Por ello, la forma en que se configure el derecho especial de representación política al interior del diseño institucional es relevante, ya que los problemas prácticos de posible discriminación o de *supra* inclusión sólo se pueden evaluar en concreto, es decir, comparando la solución institucional que se ha generado con los presupuestos teóricos que hemos expuesto. Como se puede apreciar, las perspectivas se encuentran abiertas y en pleno desarrollo.¹²²¹

En el marco del TEDH, es previsible augurar que el fenómeno multicultural seguirá proporcionando casos que tensionen el enfoque del tribunal al respecto. En otros tópicos multiculturales, se puede ver una apertura teórica del TEDH a la óptica multicultural, considerando que sus planteamientos pueden ayudar en la protección de los derechos humanos de minorías que han sido históricamente desventajadas o discriminadas¹²²². Con ello, veremos si el TEDH se abre a la posibilidad de ir considerando los derechos de grupo, el contexto multicultural y otros

¹²²¹ La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (arts. 30, 31, 145 a 147) plantea una forma de representación política que incorpora la perspectiva indígena y crea un derecho especial de representación política en el parlamento (Asamblea Legislativa Plurinacional) para los pueblos indígenas (como tales). En terminos generales sobre la representación política de los pueblos indígenas a nivel comparado, véase: PNUD (2016).

¹²²² Recientemente el TEDH (caso Aksu con Turquía, 2012) ha resuelto un caso sobre la minoría gitana en Turquía, donde se aprecia un análisis que podría dar a entender una especie de derecho de grupo. El fallo sigue la línea argumental del Tribunal Constitucional español (1991), que acogió un recurso de amparo, presentado por una ciudadana española que defendía el derecho fundamental al honor del pueblo judío por declaraciones públicas realizadas por un ciudadano de origen Belga (STC 214/1991, Caso Violeta Friedman). En este caso, los Tribunales de Justicia españoles, rechazaron en diversas instancias la demanda por falta de legitimación activa, sin embargo el Tribunal Constitucional acogió el recurso de amparo y, por ende, le dió legitimidad activa a un derecho de grupo, en este caso el “honor”. El Tribunal utilizó el criterio de acoger el interés legítimo del grupo si este es identificable y quien recurre pertenece al grupo. Cfr. ATIENZA (2012), p. 36.

aspectos, al momento de resolver los casos que se le planteen.

Asimismo, en relación con la jurisprudencia del TEDH la principal tensión que existe es la descripción fáctica que realiza el TEDH sobre grupos culturales-religiosos como el Refah Partisi. En ese sentido el TEDH no ha vuelto a resolver casos similares¹²²³, con lo cual no se puede saber si mantendrá los parámetros estrictos que utilizó (de amenaza para aprobar la disolución de un partido político¹²²⁴) o los flexibilizará con el objeto de propender a que exista un mayor diálogo cultural en el seno del proceso de deliberación política.

En segundo lugar, las perspectivas en el caso de las minorías culturales, étnicas, religiosas y nacionales para la Corte IDH están marcadas por la fuerte protección externa que les ha entregado a los derechos de los pueblos indígenas, en particular, a la protección efectiva de las diferencias de modo vida que tienen estos respecto del resto de la sociedad. Así, similar al punto anterior, las tensiones se pueden producir por el hecho de que al establecer protecciones externas a los pueblos indígenas sus prácticas culturales se vean afianzadas y se refuercen restricciones internas que puedan resultar atentatorias con la autonomía individual o los derechos de ciertos miembros al interior de los pueblos, tales como: mujeres, niños y niñas¹²²⁵. Para evitar que las restricciones internas se vean legitimadas por las protecciones externas que se les han otorgado a los pueblos indígenas, será fundamental que la práctica institucional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, en particular, la labor que realiza la CIDH considere este aspecto y lo integre en su función de promoción y defensa de los derechos humanos a través de un enfoque multidimensional de los derechos humanos. En otras palabras, que la CIDH considere en sus informes la evaluación de prácticas culturales de los pueblos indígenas que pueden ser vistas como restricciones internas y, por ende, afectar los derechos básicos de mujeres, niños y niñas u otros

¹²²³ En el año 2001, el Tribunal Constitucional turco disolvió el Fazilet Partisi, bajo los mismos argumentos del Refah Partisi. En el año 2002, los representantes del Partido turco presentaron una demanda ante el TEDH, pero ella fue retirada por los propios demandantes en diciembre de 2005, siendo archivada por el TEDH sin haber tenido ocasión de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

¹²²⁴ Sobre los criterios que ha utilizado el TEDH al momento de analizar los casos de disolución de partidos políticos en Europa, véase el punto 2.3.1 del capítulo segundo del presente trabajo.

¹²²⁵ En ese sentido, Deere y León, han estudiado la correlación entre las demandas de los pueblos indígenas y de los movimientos de las mujeres, señalando el peligro que trae para el acceso igualitario a la tierra por parte de las mujeres, el conceptualizar la propiedad indígena comunitaria, poniendo énfasis en la titularidad colectiva, debido a las relaciones desiguales en su interior. Cfr. DEERE Y LEÓN (2000), pp. 36-55. Asimismo, para las implicancias teóricas de este tema, véase el apartado 1.3 (1.3.2) del capítulo primero del presente trabajo.

miembros de su colectivo.

Por su parte en el caso del TEDH, la tensión que genera la diversidad cultural en las sociedades del entorno europeo seguirá proporcionando una gran cantidad de casos. La principal pregunta que surge es si el TEDH se abrirá a realizar una evaluación contextualizada de los casos o seguirá utilizando la doctrina del margen de apreciación como herramienta para no cuestionar la conformidad de las decisiones estatales con una visión protectora e integradora de los derechos de los grupos culturales. El contexto político e institucional del espacio europeo apunta a que el TEDH seguirá utilizando el margen de apreciación para la resolución de casos que generan tensiones internas en los países que integran el CDE, más aún cuando entre en vigor el Protocolo Adicional N° 15 que agrega un párrafo final al Preámbulo del CEDH en el que se señala que los Estados gozan de un margen de apreciación para la protección de los derechos humanos.

En tercer lugar, quizás, el espacio de mayor convergencia teórica y práctica entre ambos tribunales lo podremos encontrar en materia migratoria. Tal y como ya he señalado, es en este punto donde podemos apreciar mayores coincidencias entre ambos tribunales internacionales, considerando que tanto el TEDH como la Corte IDH han otorgado una amplia protección a los derechos de los migrantes, señalando expresamente en sus sentencias que éstos se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad (interpretación contextualizada) y, por ende, las normas de los respectivos convenios deben ser interpretadas de forma flexible y con el objetivo de la protección efectiva de los derechos (interpretación finalista y universalista). En ese sentido, es en esta materia en la que el TEDH se encuentra más cercano a tener un enfoque que utilice las herramientas hermenéuticas y los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural. Por su parte, en el caso de la Corte IDH, existe una importante presión al interior del sistema para que en tópicos como este comience a utilizar la doctrina del margen de apreciación y vaya abandonando la pretensión de universalidad que la ha caracterizado. En el caso de que la Corte IDH se abra a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, se puede ir generando una convergencia mayor con el TEDH.

CONCLUSIONES

La idea que he planteado a lo largo del trabajo es que el fenómeno multicultural debe ser considerado por la teoría del derecho en un sentido fuerte, debido a las consecuencias que tiene para la configuración de la identidad de las personas y, por ende, de su autonomía. Así, considerar el hecho multicultural en un sentido fuerte, en el entendido que el derecho es una institución social y su fin es esencialmente práctico, significa que las normas que forman parte del derecho que existe para justificar acciones y decisiones se encuentre permeado por razones que nos habilitan a contextualizar la justicia y a establecer derechos diferenciados a favor de grupos e individuos que conforman la diversidad cultural. Tomarse en serio el hecho multicultural implica, entre otras cosas, que la teoría del derecho debe revisitar el ideal de universalidad de los derechos humanos y contemplar herramientas hermenéuticas para la adjudicación de los derechos humanos que debieran tener especial consideración con los grupos e individuos que forman parte y constituyen las fuentes del multiculturalismo.

Para sustentar lo anterior y desde un punto de vista teórico, en primer lugar, he intentado demostrar que el multiculturalismo como hecho social se encuentra presente ampliamente en las sociedades políticas y que éste debe distinguirse tanto del pluralismo moral como de la diversidad de intereses. En ese sentido, he planteado un concepto de multiculturalismo restringido a la idea de pluralismo de las culturas al interior de una misma sociedad política, es decir, de los universos simbólicos que confieren significado a las elecciones y a los planes de vida de aquellos que la habitan. Con ello las fuentes del multiculturalismo, coincidiendo con Kymlicka, las circunscribo a la existencia al interior de una sociedad política de más de una nación o pueblos indígenas y a la diversidad cultural que se produce debido a la inmigración.

En segundo lugar, he intentado demostrar que la perspectiva teórica del liberalismo multicultural permite reconocer la relevancia de la pertenencia cultural de los individuos como marco para sus elecciones individuales (autonomía relacional) y el sustento de su identidad. Asimismo, he argumentado a favor de la perspectiva del multiculturalismo liberal como marco teórico que nos permite la construcción de derechos diferenciados a favor de grupos e individuos, fundamentados por su pertenencia a alguna de las fuentes del multiculturalismo. Lo anterior

implica aceptar tanto derechos individuales diferenciados en razón del contexto multicultural, como aceptar la formulación de derechos de grupo que permitan complementar los individuales y sean fundamentales para el bienestar de los individuos del grupo.

En tercer lugar, he planteado que la solución que entrega el liberalismo multicultural para gestionar la tensión entre los derechos de grupo y los derechos individuales, distinguiendo entre restricciones internas y protecciones externas¹²²⁶, es adecuada y nos permite tener una guía para evaluar los casos prácticos que se someten a la jurisdicción nacional e internacional y las demandas de los grupos culturales que solicitan una protección diferenciada.

En cuarto lugar, he intentado reconstruir desde una óptica liberal multicultural el debate sobre la universalidad de los derechos humanos, planteando que es compatible aceptar en el plano normativo el ideal de la universalidad de los derechos humanos y reconocer que la diversidad cultural juega un rol importante en la determinación del contenido de los derechos humanos. Esto implica defender el ideal de la universalidad de los derechos humanos como una meta que debe ser desarrollada bajo una perspectiva *de lege ferenda*, que incluya el actual proceso de culturalización de los mismos y un proceso continuo de diálogo -en pie de igualdad- entre las diferentes culturas, sujetos y grupos, tanto al interior de las comunidades políticas como entre ellas.

Ligado con lo anterior y en quinto y sexto lugar, he desarrollado dos ideas que complementan la óptica liberal multicultural desde un punto de vista normativo. En ese sentido, he planteado la relevancia sustantiva y práctica de la representación política de los grupos culturales para alcanzar una deliberación política que tenga en consideración su perspectiva social (en sintonía con la propuesta de Young analizada en el capítulo primero) y se logre un proceso político justo, esto es, que considere el conjunto de las perspectivas sociales que tiene una comunidad política. Asimismo, he intentado demostrar la importancia que tiene desde un punto de vista normativo la realización de una interpretación contextualizada de los derechos humanos en sociedades multiculturales y los criterios sustantivos y procesales que se pueden utilizar para ello.

¹²²⁶ En el apartado 1.2 (1.2.1.4) doy cuenta del esquema que propone Kymlicka y lo complemento con los criterios que señala Bhikhu Parekh.

Considerando lo anterior, en el plano jurisprudencial, en el caso del TEDH he intentado demostrar que su óptica para abordar dichos casos se encuentra anclada en los presupuestos teóricos del liberalismo clásico y sólo en algunos tópicos se abre a considerar las herramientas que plantea el liberalismo multicultural para la interpretación de los derechos humanos en contextos multiculturales¹²²⁷. Lo anterior resulta paradójico, ya que por un lado el TEDH ha dado preeminencia a los derechos individuales y ha tratado de resolver los casos que ha conocido sin recurrir a las características particulares que se pueden derivar de las diferencias culturales que existen al interior de las sociedades, sin embargo, por el otro lado ha dado una amplia aplicación a la doctrina del margen de apreciación permitiendo particularismos culturales por sobre una interpretación con fines universales de los derechos que establece el CEDH. Es decir, para permitir restricciones a los derechos establecidos en el CEDH y convalidar la actuación estatal el TEDH se ha valido de la doctrina del margen de apreciación, permitiendo que prácticas culturales de sectores hegemónicos puedan restringir los derechos individuales de miembros de culturas que se encuentran en desventaja al interior de la sociedad y sin representación necesaria en la deliberación política nacional. Esto lo podemos apreciar con claridad en los casos relacionados con el uso de símbolos religiosos en el espacio público, en particular en el caso S.A.S con Francia.¹²²⁸

Lo anterior no implica que las minorías nacionales, culturales y religiosas se encuentren desprovistas de protección al interior de Europa, por el contrario, catalogar la óptica a través de la cual el TEDH resuelve los casos multiculturales nos sirve para identificar los límites teóricos y las herramientas jurídicas que utiliza para lograr la efectividad de los derechos del CEDH. En ese sentido, el TEDH tiene como principal objetivo de protección la idea de que el pluralismo es uno de los valores que se encuentra protegido por CEDH. Así, puede evaluar las prácticas estatales o societales combinando la protección al pluralismo y el principio de no discriminación. En términos prácticos con dicha herramienta argumentativa el TEDH ha podido proteger los derechos de asociación y libertad de expresión de minorías culturales, nacionales y religiosas en el espacio

¹²²⁷ Por ejemplo, en la jurisprudencia relativa a derechos culturales en el marco del derecho a la vida privada y familiar (2.4.1) el TEDH reconoció la importancia del contexto cultural y la grave situación en la que se encuentra, entre otros, el pueblo gitano, reconociendo una incipiente interpretación contextualizada de los derechos humanos. Sin embargo, tanto en los casos de expulsión de caravanas gitanas como el caso Aksu con Turquía, el TEDH no dio un paso mas y aplicó el margen de apreciación a favor de los Estados respectivos.

¹²²⁸ Véase el apartado 2.6 (2.6.1) del capítulo segundo.

europeo. De igual forma, para el TEDH la restricción de los derechos que establece el CEDH debe cumplir, en principio, los criterios de necesidad y proporcionalidad. Esto se puede apreciar con claridad en los casos de disolución de los partidos políticos de minorías nacionales o las prohibiciones a la libertad de reunión. Sin embargo, lamentablemente, incluso estos criterios han sido distorsionados con un uso errático por parte del TEDH de la doctrina del margen de apreciación, tal y como ocurrió en el caso del Refah Partisi con Turquía.¹²²⁹

De la revisión jurisprudencial, pese al alto grado de casuística y la reiterada enfatización de las facultades de los Estados en el control y permanencia de los extranjeros en el territorio de los países miembros del CDE, el TEDH ha generado una jurisprudencia contundente en la protección de los derechos de los migrantes y ha sido audaz en la extensión de los mismos, como demuestran las sentencias relacionadas con los derechos sociales de los migrantes¹²³⁰. A diferencia de lo que sucede con el resto de los casos de tipo multicultural, el TEDH sí ha considerado el contexto de vulneración y fragilidad en el que se encuentran los migrantes y ha otorgado una amplia protección a sus derechos, poniendo la carga de la prueba en los Estados e interpretando de forma flexible los derechos individuales establecidos en el CEDH.¹²³¹

En contraste con lo anterior, hemos podido apreciar que el TEDH no ha acogido ninguna de las causas que han involucrado a los pueblos indígenas que habitan el espacio europeo. En ese sentido, ha procesado los casos bajo una óptica individualista, sin abrirse a una interpretación contextualizada de los derechos que se encuentran en juego y a las características especiales que tienen los pueblos indígenas en el mundo, esto es: una situación generalizada de desprotección, pobreza, exclusión y menosprecio cultural.

He intentado demostrar que, por su parte, el enfoque de la Corte IDH para abordar los casos multiculturales se encuentra anclado en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural. La Corte IDH ha utilizado de manera constante el contexto para enfrentar los casos multiculturales y

¹²²⁹ Véase el apartado 2.3 del capítulo segundo.

¹²³⁰ Véase el apartado 2.7 (2.7.6) del capítulo segundo.

¹²³¹ En este sentido, el caso “Hirsi Jamaa y otros con Italia” es un claro ejemplo de la flexibilidad con la que el TEDH interpretó las disposiciones del CEDH, en particular la garantía establecida en el artículo 4 del Protocolo Adicional N° 4. Véase el apartado 2.7 (2.7.5) del capítulo segundo.

ha generado una interpretación contextualizada de los derechos humanos. Asimismo, la Corte IDH ha interpretado la CADH dando cabida a los derechos colectivos y buscando la protección efectiva de los derechos que establece en el marco del ideal universalista.

En la formulación de los derechos colectivos (principalmente en el caso de propiedad comunal indígena) la Corte IDH ha tenido presente las complicaciones teóricas que se pueden originar si accede a una conceptualización fuerte de la misma, por lo que ha sido prudente en su formulación, teniendo en cuenta la idea que la propiedad colectiva es un derecho de grupo que complementa el ejercicio de los derechos de los miembros de la comunidad y les permite la realización de su plan de vida. Con dicha concepción se aparta de la versión comunitarista de los derechos de grupo y se queda en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural, concibiendo a la propiedad comunal como una suerte de protección externa y teniendo cuidado con las restricciones internas que puede generar una sobreprotección de los derechos de los pueblos indígenas en términos colectivos.

Asimismo, la Corte IDH, por distintas razones, ha sido reacia a la utilización de la doctrina del margen de apreciación, por lo cual se encuentra bastante alineada en términos institucionales con la CIDH en la protección efectiva de los derechos establecidos en la CADH, en la evaluación de la actividad estatal bajo la lupa del principio de evolución de los derechos humanos y su cumplimiento en el marco del ideal universalista.

Así, destaca la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas, ya que junto con realizar una interpretación contextualizada de los derechos humanos en juego, ha construido la noción de derechos de grupo (propiedad comunal indígena y representación política especial), ha generado reglas procesales flexibles y ha conectado los derechos humanos que se encuentran en juego para proteger bajo un prisma cultural los derechos de los pueblos indígenas. Quizás, en este punto, la jurisprudencia de la Corte IDH al momento de establecer una suerte de derecho a la “supervivencia cultural” se aleja de los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural y se acerca a los del comunitarismo¹²³². De todas formas, lo anterior ha sido la excepción ya que la tendencia ha sido

¹²³² Esto ha ocurrido en casos como *Saramaka con Surinam* en el que se ha vinculado el derecho a la propiedad indígena con la subsistencia material y el derecho a la vida. Véase el apartado 3.2 del capítulo tercero.

marcada por la convicción universalista de la Corte IDH y la preeminencia que le ha dado al derecho de consulta como mecanismo para la resolución de los conflictos entre las comunidades indígenas y el Estado.

El derecho a la consulta indígena ha sido potenciado por la Corte IDH en dos dimensiones. En primer lugar, la Corte IDH configura el derecho a la consulta indígena como un mecanismo procesal de participación que incorpora en la deliberación política a los pueblos indígenas entendidos como sujeto cuya perspectiva social debe ser tomada en consideración en las materias que les inciden directamente. En segundo lugar, la Corte IDH concibe el derecho de consulta de forma sustantiva, obligando a que el Estado obtenga el consenso de los pueblos indígenas en ciertas circunstancias (cuando implique la relocalización de los mismos) debido a la especial relación que tienen con la tierra y el impacto que puede tener para su forma de vida el traslado a otros territorios. Con ello, junto con establecer un coto a la actividad estatal, protege la forma de vida indígena (cultura) por encontrarse ligada directamente con su derecho a la vida.

En la jurisprudencia de la Corte IDH relativa a migrantes he constatando que ha utilizado un conjunto de herramientas hermenéuticas que se derivan del derecho antidiscriminatorio y de los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural. En ese sentido, la Corte IDH ha caracterizado a los migrantes como un grupo desaventajado que requiere de una especial protección y al cual los Estados deben entregar una igual protección que la que otorgan a los nacionales y asegurar el derecho a la no discriminación, imponiendo obligaciones positivas de actuación para los Estados. Nuevamente en estos grupos de casos y de opiniones consultivas podemos apreciar el posicionamiento de la Corte IDH en congruencia con el ideal universalista de los derechos humanos.

Del estudio comparado, la principal conclusión que se puede obtener es que las diferencias entre ambos tribunales internacionales viene dada por el enfoque teórico a través del cual resuelven los casos de tipo multicultural. En el caso del TEDH, la óptica que utiliza para abordar los casos se encuentra en los presupuestos teóricos del liberalismo clásico, de lo cual se deriva que en sus sentencias se hace hincapié en la neutralidad cultural, los derechos individuales y la preeminencia del principio de igualdad en la perspectiva de prohibición de la discriminación. A ello se suma la

utilización del principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación como piedras angulares del sistema. Por su parte, la Corte IDH ha anclado su jurisprudencia en los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural, lo que le ha permitido interpretar los derechos de la CADH de forma finalista y evaluar la actividad estatal en términos substantivos, es decir, bajo la óptica que el desafío de la multiculturalidad requiere a la postre de la inclusión de los grupos culturales en la deliberación política, de la configuración de derechos colectivos y del cuestionamiento de las prácticas hegemónicas al interior de las comunidades políticas.

Finalmente y tal como lo señalaba en la introducción del presente trabajo, la utilización del método comparativo, junto a otros propósitos, persigue una finalidad práctica, esto es, proponer un enfoque y herramientas hermenéuticas que ambos tribunales internacionales debieran tener en cuenta al momento de resolver casos de tipo multicultural. En ese sentido y tomando en consideración la idea central del presente trabajo, sostengo que en términos normativos tanto la Corte IDH como el TEDH deberían confluír en la utilización de los presupuestos teóricos del liberalismo multicultural. Para ello, una vez identificado un caso de tipo multicultural, la interpretación contextualizada (con las herramientas procesales que lo acompañan) de los derechos convencionales debiera ser la principal herramienta hermenéutica, buscando la realización del ideal universal de los derechos humanos a través de una interpretación finalista y, por ende, volviendo residual el uso de la doctrina del margen de apreciación. En los casos multiculturales, la doctrina del margen de apreciación puede implicar la convalidación y afianzamiento de prácticas estatales discriminatorias y que menosprecien la forma de vida y costumbres de grupos culturales, étnicos, religiosos o nacionales, por lo que su uso debe hacerse de forma racionalizada y evaluando sustantivamente que la acción Estatal no tenga por consecuencia un sesgo hegemónico que signifique una restricción a los derechos de las minorías o grupos culturales involucrados.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARTÍCULOS Y MONOGRAFÍAS

ABRIL, Ruth (2013). “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 44, pp. 309-326.

ACKERMAN, Bruce (1997). “The Rise of World Constitutionalism”. *Virginia Law Review*, Vol. 3, pp. 771-794.

AGUIRRE, José (2007). “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. *Revista de Derechos Humanos*, N° 8, pp. 73-97.

AGUELO, Pascual y CHUECA, Ángel (2005). “La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 10, pp. 117-126.

AGUILAR, Gonzalo (2007). *Dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago, Librotecnia, 658 pp.

AGUILAR, Gonzalo (2014). “El rol del diálogo judicial en la construcción de un derecho común de los derechos humanos”. En: AGUILAR, G. (Coord.). *Diálogo entre jurisdicciones*. Santiago, Librotecnia, pp. 191-249.

AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo y STEWARD, Rébecca (2010). “The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America”. *Pace International Law Review Online Companion*, N° 2, pp. 44-104.

ACOSTA, Paola (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 363 pp.

AGUELO, Pascual y CHUECA, Ángel (2005). “La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus Familiares”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 10, pp. 117-126.

AHUMADA, Marian (2008). “Derecho Indígena y Constitucionalismo Democrático: una mirada crítica”. En: GIRAUDO, L. (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 233-239.

ÁLVAREZ, Aurelia (2003). “La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 2, pp. 9-52.

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2002). *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 393 pp.

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2008). “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”. *Doxa*, N° 31, pp. 23-53.

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2009). “Access to Opportunities in Multicultural Societies and the Relevance of Public Expression”. *Social & Legal Studies*, N° 18(4), pp. 543-559.

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2013). “Edad, Género y Cultura en Europa: Mujeres jóvenes y mujeres mayores”. En: FOLGUERA, P., MAQUEIRA, V., MONTERO, P., VARA, M., (Eds.). *Género y envejecimiento*. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, pp. 95-122.

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2014a). “Los derechos humanos como valores plurales. Multiculturalismo, cosmopolitismo y conflictos”. En: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.). *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 179-212.

ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (2014b). “El umbral de autonomía. La concepción relacional y la construcción de las opciones”. En: HIERRO, L. (Coord.). *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Madrid, Marcial Pons, pp. 51-79.

ÁLVAREZ, Francisco y QUERALT, Argelia (2014). “El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos*.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 129-199.

AMBOS, Kai y BÖHM, María (2013). “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 1057-1088.

ANAYA, James (2005). *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional* [Indigenous Peoples in International Law]. RODRÍGUEZ-PIÑERO ARROYO, L. (Trad.), Madrid, Trotta, 2ª Edición, 493 pp.

ANDERSON, Benedict (1993). *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo* [Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism]. SUÁREZ, L (Trad.) México, Fondo de cultura económica, 315 pp.

ANINAT, Isabel y GONZÁLEZ, Ricardo (2014). “Representación de los pueblos indígenas en el Congreso”. *Puntos de referencia*, Centro de Estudios Públicos, N° 376.

ANTOKOWIAK, Thomas (2014). “Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court”. *U. Pa. J. Int’l L*, N° 35, pp. 113-187.

AÑÓN ROIG, María (2000). “El test de la inclusión: los derechos sociales”. En: ANTÓN, A. (Coord.). *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Madrid, Talasa, pp. 148-191.

AÑÓN ROIG, María (2013). “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía*, N° 39, pp. 127-157.

APPIAH, Anthony (1994). “Identity, Authenticity, Survival: Multicultural Society and Social Reproduction”. En: GUTMANN, A. (Ed.). *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, pp. 149-163.

ARANGÜENA, Coral (2014). “Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el artículo 6.1. CEDH; en particular, el derecho de acceso a un Tribunal”.

En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 713-742.

ARECES, María (2014). *La prohibición del Burka en Europa y en España*. Navarra, Thomson Reuters, 214 pp.

ARENAS, Nuria (2014). “La libertad de circulación en el territorio de los Estados”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 743-775.

ARÉVALO, Amelia (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*. San Sebastián, Cuadernos Deusto de Derechos, 114 pp.

ARIAS, Boris (2012). “Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos y el régimen constitucional boliviano”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVIII, pp. 201-214.

ATIENZA, Manuel (2007). “Argumentación y Constitución”. En: AGUILO, J., ATIENZA, M. y RUIZ, J. (Eds.). *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid, Iustel, pp. 113-181.

ATIENZA, Manuel (2012). *Tras la Justicia*. Barcelona, Ariel, 272 pp.

ATRIA, Fernando (2014). “Sobre la función judicial en tiempos de constitucionalismo global”. En: AGUILAR, G. (Coord.). *Diálogo entre jurisdicciones*. Santiago, Librotecnia, pp. 467-484.

ATRIA, Fernando (2016). *La forma del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 500 pp.

ÁVILA, Raúl (2009). “Bolivia: La apuesta por el Estado unitario social de Derecho plurinacional comunitario”. En: CARBONELL, M., CARPIZO, J. y ZOVATTO, D. (Coords.). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 879-888.

AYALA, Carlos y RIVERO, María (2014). “Artículo 4. Derecho a la Vida”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 112-130.

AYALA, Carlos (2012). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 295 pp.

AYLWIN, José (2013). “Igualdad, inclusión y pueblos indígenas: entre el discurso y la política pública”. En: MUÑOZ, F. (Ed.). *Igualdad, inclusión y derecho*, Santiago, Lom ediciones, pp. 129-164.

AYLWIN, José (2013a). Los mecanismos internacionales para la reclamación de derechos indígenas en América Latina: avances y tensiones. En: MARTÍ I PUIG, S., WRIGHT, C., AYLWIN, J., YÁÑEZ, N. (Eds.). *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir*, Madrid, Catarata, pp. 43-67.

AYLWIN, José (2013b). “Bolivia: Desarrollo o buen vivir. El caso del Tipnis”. En: MARTÍ I PUIG, S., WRIGHT, C., AYLWIN, J., YÁÑEZ, N. (Eds.). *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir*, Madrid, Catarata, pp. 168-200.

BALDIVIESO, Marco (2012). “La independencia en la administración de justicia. Elección de autoridades judiciales en Bolivia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVIII, pp. 349-364.

BANTEKAS, Ilias y OETTE, Lutz (2016). *International Human Rights Law and Practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 860 pp.

BARBOSA, Francisco (2011). “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”. *Revista Derecho del Estado*, N° 26, pp. 107-135.

BARBOSA, Francisco (2013). “El margen de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 1089-1117.

BARRÈRE, María y MORONDO, Dolores (2011). “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 45, pp. 15-42.

BARRY, Brian (2005). *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*. Cambridge, Polity, 399 pp.

BARTON, Daniel (2012). “Is the French Burka Ban Compatible with International Human Rights Law Standards?” *Essex Human Rights Review*, N° 1, pp. 1-27.

BATES, Ed (2010). *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 571 pp.

BAUTISTA, Juan (1995). “El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de minorías”. *Revista de las Instituciones Europeas*, N° 3, pp. 939-957.

BAYÓN, Juan Carlos (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 801 pp.

BAYÓN, Juan Carlos (2014). “¿Democracia más allá del Estado?”. En: RUIZ MIGUEL, A. (Ed.). *Entre Estado y Cosmópolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid, Editorial Trotta, pp. 121-138.

BAZÁN, Víctor (2013). “Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 569-598.

BELOFF, Mary (2014). “Artículo 17. Protección a la familia”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 386-426.

BELOFF, Mary (2014a). “Artículo 19. Derechos del niño”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 445-469.

BENAVIDES, María (2009). “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”. *Ius et Praxis*, N° 15, pp. 295-310.

BENHABIB, Seyla (1992). *El Ser y el Otro en la ética contemporánea [Situating the Self]*. ZADUNAISKY, G. (Trad.), Barcelona, Gedisa, 299 pp.

BENHABIB, Seyla (2006). *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global [The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era]*. VASSALLO, A. (Trad.), Buenos Aires, Katz, 337 pp.

BENGOA CABELLO, José (1999). *Historia de un conflicto. El Estado y los mapuches en el siglo XX*. Santiago, Editorial Planeta, 237 pp.

BENGOA CABELLO, José (2007). *La emergencia indígena en América Latina*. Santiago, Fondo de cultura económica, 2ª Edición, 343 pp.

BERLIN, Isaiah (2001). *Dos conceptos de libertad y otros escritos [Two Concepts of Liberty, The Purpose Justifies the Ways, My Intellectual Path]*. RIVERO, A. (Trad.), Madrid, Alianza Editorial, 160 pp.

BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos (2014). “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 320-342.

BILBAO UBILLOS, Juan (2009). “Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Ed.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 629-690.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo (1996). *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. *Las constituciones modernas [Introduzione al*

diritto costituzionale comparato. Le “forma di Stato” e le “forme di governo”. Le Costituzioni moderne]. FIX-ZAMUDIO, H. (Trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 716 pp.

BLÁZQUEZ, Diego (2004). “La propiedad de los pueblos indígenas y la discusión acerca de sus derechos como colectivos e individuales”. *Derechos y Libertades*, N° 13, pp. 385-399.

BONET, Jaime (2016). “La imposibilidad de la convivencia intercultural en Europa”. En: SOLANES, A. (Ed.). *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 123-151.

BONILLA MALDONADO, Daniel (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 298 pp.

BOSSET, Pierre (2012). “Mainstreaming religious diversity in a secular and egalitarian State: the road(s) not taken in Leyla Şahin v. Turkey”. En: BREMS, E. (Ed.). *Diversity and European Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 192-217.

BOTERO MARINO, Catalina (2008). “Los retos del juez constitucional en un Estado multicultural: el caso de Colombia”. En: GIRAUDO, L. (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp.145-183.

BOTICARIO, María (2014). “Los retos del Derecho Procesal ante la diversidad cultural en la sociedad española”. En: REGUEIRO, M. y PÉREZ, S. (Eds.). *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 267-279.

BOUCHARD, Gerard (2011). “What is interculturalism?” *McGill Law Journal*, N° 2, pp. 435-468.

BOURLLOYANNIS-VRAILS, Christiane (2012). “Introductory note to the European Court of Human Rights: Aksu v. Turkey”. *International Legal Materials*, N° 4, pp. 685-687.

BOUAZZA, Omar (2003). “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, N° 160, pp. 167-202.

BRANDÃO TIMO, Petalla (2013). “Desarrollo a costa de violaciones: Impacto de los megaproyectos sobre los derechos humanos en Brasil”. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 18, pp. 147-167.

BRAUCH, Jeffrey (2005). “The Margin of Appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law”. *Columbia Journal of European Law*, N° 11, pp. 113-150.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2013). “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 131-167.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y MONTOYA, Nicolás (2017). “El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos”. En: LÓPEZ GUERRA, L. y SAIZ, A. (Coords.). *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*. Lima, Palestra, pp. 329-359.

BUSTOS GISBERT, Juan (2014). “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Ed.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 473-509.

CABALLERO, José y RÁBAGO, Miguel (2014). “Artículo 23. Derechos Políticos”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 552-578.

CABEDO, Vicente (2004). *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia, Universidad Politécnica de Valencia, 315 pp.

CAICEDO, Natalia (2015). “La interpretación de los derechos y libertades en sociedades culturalmente diversas”. En: CAICEDO, N. y MOYA, D. (Coords.). *Diversidad cultural e interpretación de los derechos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 21-62.

CALDEIRA, Teresa y HOLSTON, James (1999). "Democracy and violence in Brazil". *Comparative Study of Society and History*, N° 41, pp. 691-729.

CALVO, Arturo (2015). *Ordenamiento Jurídico y Sociedades Pluralistas*. Valencia, Tirant lo blanch, 204 pp.

CAMPBELL, Maia (2007). "The right of indigenous peoples to political participation and the case of Yatama v. Nicaragua". *Arizona Journal of International and Comparative Law*, N° 24, pp. 499-540.

CANÇADO TRINDADE, Antonio (2006). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 546 pp.

CANÇADO TRINDADE, Antonio (2013). *El ejercicio de la función judicial internacional. Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 409 pp.

CANOSA, Raúl (2014a). "Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado: un ejemplo de integración entre tratados internacionales". En: GARCÍA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 113-128.

CANOSA, Raúl (2014b). "Derecho a la instrucción y pluralismo educativo". En: GARCÍA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 693-711.

CANTLE, Ted (2012). *Interculturalism. The New Era of Cohesion and Diversity*. Nueva York, Palgrave macmillan, 229 pp.

CAÑAMARES, Santiago (2012). "La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público". En: GUTIÉRREZ, I. y ÁNGEL PRESNO, M. (Eds.). *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*. Granada, Comares, pp. 99-120.

CAPOTORTI, Francesco (1979). *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*. Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.I, Nueva York, ONU.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (2004). “Constitutionalismo y Multiculturalismo”. *Derecho y cultura*, N° 10, pp. 21-80.

CARMONA, Encarna (2014). “La prohibición de la discriminación. Nuevos contenidos”. En: GARCÍA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 587-612.

CAROZZA, Paolo (2002). “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”. *American Journal of International Law*, N° 97, pp. 38-79.

CARSTENS, Margaret (2016). “Sami land rights: the Anaya Report and the Nordic Sami Convention”. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, N° 1, pp. 75-116.

CASADEVANTE, Carlos (2007). “El derecho internacional de los derechos humanos”. En: CASADEVANTE, C. (Coord.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Dilex, pp. 65-96.

CASSESE, Antonio (1993). “Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”. En: MACDONALD, J., MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (Eds.). *The European System for the Protection of Human Rights*, Londres, Martinus Nijhoff, pp. 225-262.

CASTRO, Adoración (2013). “Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo”. En: CASTRO, A. (Dir.). *Interculturalidad y Derecho*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 23-57.

CASTRO, Milka y VERGARA, Juan (2009). *Jurisprudencia indígena*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 239 pp.

CHETAIL, Vincent (2014). “Are Refugee Rights Human Right? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law”. En: RUBIO-MARÍN, R. (Ed.). *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 19-72.

CHRÍOCHÁIN, Majella (2012). “Cultural rights: A new era”. En: KEANE, D. y MCDERMOTT, Y. (Eds.). *The Challenge of Human Rights*. Cheltenham, Edward Elgar, pp. 291-311.

CLAVERO, Bartolomé (2006). “Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas”. En: BERRAONDO, M. (Dir.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 313-338.

CLAVERO, Bartolomé (2007). “Reconocimiento de Estados (no indígenas) por Pueblos (indígenas): Chile y Mapu, Caso y Categoría”. En: GIRAUDO, L. (Ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp.107-128.

CLAVERO, Bartolomé (2016). “La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria”, [fecha de consulta: 22 de febrero de 2017], [Disponible en: <http://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2016/07/DADPI-Clavero.pdf>].

CLERICO, Laura, y ALDAO, Martín (2011). “La igualdad como redistribución y reconocimiento: Derechos de los Pueblos Indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 1, pp.157-198.

COMANDUCCI, Paolo (1996). “La imposibilidad de un comunitarismo liberal” En: PRIETO, L. (Coord.). *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*. Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 13-26.

CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo (2010). “Pueblos indígenas y participación política en la óptica del Tribunal Constitucional”. *Anuario de Derecho Público UDP*, Año 1, pp. 21-37.

CONTRERAS, Pablo (2012). “National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and Inter-American Court of Human Rights”. *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 11, N° 1, pp. 28-82.

CONTRERAS, Pablo (2014). “Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 2, pp. 235-274.

COOK, Rebecca y CUSACK, Simone (2010). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Colombia, Profamilia, 291 pp.

CRUZ, José (2014). “Antisionismo: ¿modalidad específica de incitación al odio y al delito?”. En: REGUEIRO, M. y PÉREZ, S. (Eds.). *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 626-656.

CRUZ RODRÍGUEZ, Edwin (2014). “Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía”. *Estudios Sociales*, N° 43, pp. 243-269.

DALLA VÍA, Alberto (2012). “Derechos políticos, normativa electoral y equidad en los procesos electorales”. *Cuadernos de Capel*, N° 57, pp. 25-61.

DAVID, René (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* [Les grands systèmes de droit contemporains]. SÁNCHEZ, J. (Trad.), México, UNAM, 523 pp.

DEERE, Carmen, y LEÓN, Magdalena (2000). “Derechos individuales y colectivos a la tierra: mujeres e indígenas bajo el neoliberalismo”. *Análisis político*, N° 39, pp. 36-55.

DELPINO, Cristián y QUINDIMIL, Jorge (2012). “La protección de los Derechos Humanos en Chile y el margen de apreciación nacional: fundamentos jurídicos desde la consolidación democrática”. En: NÚÑEZ, M. y ACOSTA, P. (Coords.). *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones Regionales y Nacionales*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 155-181.

DE GUCHTENEIRE, Paul y PÉCOUD, Antoine (2009), “The UN Convention on Migrant Workers’ Rights”. En: DE GUCHTENEIRE, P., PÉCOUD, A. y CHOLEWINSKI, R. (Eds.). *Migration and Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-44.

DE LUCAS, Javier (2001). “La(s) sociedad(es) multicultura(es) y los conflictos políticos y jurídicos”. En: DE LUCAS, J. (Ed.). *La Multiculturalidad*. Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 59-102.

DE LUCAS, Javier (2004). “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”. En: AÑÓN, M. (Ed.). *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 27-36.

DE LUCAS, Javier (2016). “Política y Derecho: La gestión de los conflictos derivados de la diversidad cultural”. En: SOLANES, A. (Ed.). *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 19-33.

DE SCHUTTER, Olivier (2010). *International Human Rights Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 967 pp.

DENNINGER, Erhard (2007). “Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural” [Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft]. En: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed. y Trad.). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, pp. 27-50.

DÍAZ, María (2010). “El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?” *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 89, pp. 115-155.

DÍAZ, María (2012). “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, pp. 253-299.

DÍAZ, María y GARCÍA, Ignacio (2016). “Los derechos de los extranjeros: un intento de comparación entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 341-371.

DÍAZ BARRADO, Cástor (2001). “La protección de las minorías en Europa: la labor del Consejo de Europa”. En: MARIÑO, F., FERNÁNDEZ, C. y DÍAZ BARRADO, C. (2001) (Eds.). *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 311-436.

DI PASCALE, Alessia (2014). "Italy and Unauthorized Migration". En: RUBIO-MARÍN, R. (Ed.). *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 278-310.

DI PIETRO, Diana (2013). "Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Artículo 11, libertad de reunión y de asociación". En: SALVIOLI, F. y ZANGHÌ, C. (Coord.). *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 602-640.

DI PIETRO, Diana y SURASKY, Javier (2013). "Observaciones sobre la jurisprudencia comparada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de reunión y de asociación". En: SALVIOLI, F. y ZANGHÌ, C. (Coord.). *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 659-662.

DONDERS, Yvonne (2013). "Cultural Pluralism in International Human Rights Law: The Role of Reservations". En: FILIPA, A. (Ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 205-239.

DONNELLY, Jack (1984). "Cultural Relativism and Universal Human Rights". *Human Rights Quarterly*, N° 6, pp. 400-419.

DULITZKY, Ariel (2009). "50 años del sistema interamericano de Derechos Humanos: una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios". En: AGUILAR, G. (Ed.). *60 años después: enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, Santiago, Librotecnia, pp. 491-501.

DURÁN, Juan (2014). "La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros". En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 777-782.

DWORKIN, Ronald (1984). *Los derechos en serio* [Taking Rights Seriously]. GUSTAVINO, M. (Trad.), Barcelona, Ariel, 508 pp.

DWORKIN, Ronald (1989). "Liberal Community". *California Law Review*, N° 3, pp. 479-509.

EGUIGUREN, Francisco, BUSTOS, Rafael y TORRES, Ignacio (2012). “Las libertades de pensamiento, información y expresión, y los derechos de reunión y asociación: pautas para un diálogo”. En: García Roca, J., Fernández, P., Santolaya, P. y Canosa, R. (Eds.). *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, pp. 185-219.

EIDE, Asbjörn (2006). “Rights of Indigenous Peoples – Achievements in International Law During the last Quarter of a Century”. *Netherlands Yearbook of International Law*, Nº 37, pp. 155-212.

ENGLE, Sally (1998). “Legal Pluralism”. *Law and Society Review*, Nº 4, pp. 2-55.

ERRICO, Stefania y HOCKING, Barbara (2009). “Reparations for indigenous Peoples in Europe: The Case of the Sámi People”. En: LENZERINI, F. (Ed.). *Reparations for Indigenous Peoples*. Oxford, Oxford University Press, pp. 363-388.

ESPEJO, Nicolás y LEIVA, Carla (2012). *Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Abelardo Perrot, 690 pp.

ETCHEVERRÍA, Xabier (2006). “La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua”. En: BERRAONDO, M. (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 63-83.

FANON, Frantz (2009). *Piel negra, máscaras blancas* [Peau noire, masques blancs]. ÁLVAREZ, I. MOLEÓN, P. y USEROS, A. (Trads.), Madrid, Akal, 384 pp.

FAÚNDEZ, Héctor (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1085 pp.

FERNÁNDEZ, Pablo (2014). “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 43-56.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (2001). “La protección de las minorías en el Derecho Internacional general. Análisis de la evolución y del Estatuto Jurídico Internacional”. En: MARIÑO, F.,

FERNÁNDEZ, C. y DÍAZ BARRADO, C. (2001) (Eds.). *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 51-217.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (2001a). “Protección de las minorías en el derecho internacional contemporáneo, con especial referencia a las minorías lingüísticas”. En: MARIÑO, F., FERNÁNDEZ, C. y DÍAZ BARRADO, C. (2001) (Eds.). *La protección internacional de las minorías*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 219-309.

FERRAJOLI, Luigi (2010). *La soberanía en el mundo moderno* [La sovranità nel mondo moderno]. IBÁÑEZ, P. y GREPPI, A. (Trads.), Madrid, Editorial Trotta, 180 pp.

FILIPA, ANA (2013). “Liberty, Equality, Diversity: States, Cultures and International Law”. En: FILIPA, A. (Ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 26-70.

FISS, Owen (1999a). *La ironía de la libertad de expresión* [The Irony of Free Speech]. FERRERES, V. y MALEM, J. (Trads.), Barcelona, Editorial Gedisa, 128 pp.

FISS, Owen (1999b). “Grupos y la cláusula de igual protección” [Groups and the Equal Protection Clause]. En: GARGARELLA, R. (Trad. y Comp.), Barcelona, Editorial Gedisa, pp. 137-167.

FRASER, Nancy (2006). “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”. En: FRASER, N. y HONNETH, A. ¿Redistribución o reconocimiento? [Umverteilung oder Anerkennung?] MANZANO, P. (Trad.). Madrid, Morata, pp. 17-88

FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio (2008). “La fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: AYLWIN, J. y BELLO, A. (Comp.). *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, Temuco, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, pp. 66-99.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2014a). “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. En: HIERRO, L. (Coord.). *Un conflicto de derechos: autonomía individual v. autonomía colectiva*. Madrid, Marcial Pons, pp. 139-165.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2014b). “Nuevas perspectivas de los derechos de los grupos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas”. *Revista Tribuna Internacional*, N° 5, pp. 43-64.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2014c). “Estudio comparado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre representación política en contextos multiculturales”. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 5, pp. 179-224.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2014d). “Multiculturalismo y el debate constitucional chileno”. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, N° 6, pp. 205-236.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2014e). “Comentario de la STEDH Aksu v. Turquía de 15 de marzo de 2012. Ampliación del concepto de víctima e interpretación contextualizada de los derechos humanos”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 30, pp. 273-286.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2015). *Derecho y multiculturalismo. Un estudio comparado de la recepción normativa y perspectivas del multiculturalismo en Chile y Bolivia*. Madrid, Editorial Académica Española, 300 pp.

GAJARDO FALCÓN, Jaime (2015b). “La prohibición del velo integral en los espacios públicos y el margen de apreciación de los Estados. Un análisis crítico de la sentencia del TEDH de 01.07.2014, S.A.S. c. Francia, 43835/11”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 51, pp. 769-783.

GARCÍA AMADO, José (2003). “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?” *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, N° 3, pp. 9-28.

GARCÍA LINERA, Álvaro (2011). *Las Tensiones creativas de la revolución*. La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 75 pp.

GARCÍA PELAYO, Manuel (1964). *Derecho constitucional comparado*. Madrid, Revista de Occidente, 636 pp.

GARCÍA ROCA, Javier (2002). “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 65, pp. 295-334.

GARCÍA ROCA, Javier y DÍAZ, María (2006). “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, pp. 253-299.

GARCÍA ROCA, Javier (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Navarra, Civitas, 189 pp.

GARCÍA ROCA, Javier, NOGUEIRA, Humberto y BUSTOS, Rafael (2012). “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”. En: García Roca, J., Fernández, P., Santolaya, P. y Canosa, R. (Eds.). *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, pp. 66-108.

GARCÍA ROCA, Javier (2013). “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 219-275.

GARCÍA ROCA, Javier (2014a). “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 19-42.

GARCÍA ROCA, Javier (2014b). “Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 713-742.

GARCÍA ROCA, Javier (2016). “El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 533-563.

GARCÍA RUIZ, Yolanda (2011). “Símbolos religiosos en espacios públicos: una aproximación jurisprudencial”. En: AÑÓN, M. y SOLANES, Á. (Eds.). *Construyendo sociedades multiculturales*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 185-210.

GARRIDO, Asier (2016). “El vanguardismo universalista de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: expansión y contracción del derecho de acceso a la justicia”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 191-214.

GARGARELLA, Roberto (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010*. Oxford, Oxford University Press, 283 pp.

GARGARELLA, Roberto (2014). “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas”. En: HIERRO, L. (Ed.). *Un conflicto de derechos: autonomía individual v. autonomía colectiva*. Madrid, Marcial Pons, pp. 129-143.

GARGARELLA, Roberto (2016). “Justicia penal internacional y deliberación democrática. El caso Gelman”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 409-433.

GARRO, Anamari (2013). “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ejercicio de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 1147-1181.

GARZÓN LÓPEZ, Pedro (2013). “Pluralismo Jurídico”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 5, pp. 186-193.

GARZÓN LÓPEZ, Pedro (2016). *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 310 pp.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 958 pp.

GERARDS, Janneke (2011). “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine”. *European Law Journal*, N° 1, pp. 80-120.

GERARDS, Janneke y SENDEN, Hanneke (2009). “The structure of fundamental rights and the European Court of Human Rights”. *International Journal of Constitutional Law*, N° 4, pp. 619-653.

GIANNI, Matteo (2001). “¿Cuál podría ser la concepción liberal de ciudadanía diferenciada?” En: DE LUCAS, J. (Ed.). *La Multiculturalidad*. Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 17-30.

GILES, Rosa (2014). “La prohibición de la esclavitud moderna como valor básico en una sociedad democrática: Reflexiones a propósito de las sentencias Siliadin contra Francia y Rantsev contra Chipre y Rusia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: REGUEIRO, M. y PÉREZ, S. (Eds.). *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 187-207.

GIRAUDO, Laura (2007). “Entre rupturas y retornos: la nueva cuestión indígena en América Latina”. En: GIRAUDO, L. (Ed.). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 7-57.

GÓMEZ, Itziar (2008). “Participación política: la aproximación del TEDH”. En: REVENGA, M. y VIANA, A. (Eds.). *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 271-308.

GÓMEZ, Itziar (2016). “Derecho a la justicia y vulnerabilidad en la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo: confluencias”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 607-633.

GÓMEZ, Yolanda (2014). “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. En: AGUILAR, G. (Coord.). *Diálogo entre jurisdicciones*. Santiago, Librotecnia, pp. 109-142.

GONZA, Alejandra (2014). “Artículo 21. Derecho a la propiedad privada”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 503-530.

GREY, Nancy (2009). *Ahora somos ciudadanos*. La Paz, Muela del diablo editores, 358 pp.

GRIMM, Dieter (2007). “Multiculturalidad y derechos fundamentales” [Multikulturalität und Grundrechte]. En: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed. y Trad.). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid, Trotta, pp. 51-69.

GRIFFITHS, John (1986). “*What is Legal Pluralism?*”. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, N° 24, pp. 1-55.

GROTE, Raine (2007). “On the fringes of Europe: Europe’s largely forgotten indigenous peoples”. *American Indian Law Review*, N° 2, pp. 425-443.

GUEVARA, Manuel (2011). “Orígenes del patrimonio cultural inmaterial: la propuesta boliviana de 1973”. *Apuntes*, N° 2, pp. 152-165.

GUINIER, Lani (1994). *The Tyranny of the Majority: Fundamental Fairness in Representative Democracy*. Nueva York, Free Press, 508 pp.

GUTTERIDGE, Harold (1954). *El derecho comparado*. Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 283 pp.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (2007). “Introducción: Derecho Constitucional para la sociedad multicultural”. En: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed.). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, pp. 9-25.

GUTMANN, Amy (2008). *La identidad en democracia* [Identity in democracy]. OTERO, E. (Trad.), Buenos Aires, Katz Editores, 308 pp.

HABERMAS, Jürgen (1994). “Struggles for Recognition in the Democratic State”. En: GUTMANN, A. (Ed.). *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, pp. 107-148.

HABERMAS, Jürgen (1998). *The Inclusion of the Other*. Cambridge, Polity, 300 pp.

HART ELY, John (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge, Harvard University Press, 268 pp.

HIERRO, Liborio (2014). “Autonomía y derechos humanos: ¿Para qué se inventaron los derechos humanos?”. En: HIERRO, L. (coord.), *Autonomía Individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Marcial Pons, Madrid, pp. 27-52.

HIERRO, Liborio (2016). *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*. Marcial Pons, Madrid, 279 pp.

HÖFFE, Otfried (2008). *Derecho intercultural*. SEVILLA, R. (Trad.). Barcelona, Gedisa, 284 pp.

HONNETH, Axel (1997). *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos sociales* [The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts]. BALLESTERO, M. (Trad.). Madrid, Crítica, 230 pp.

HONNETH, Axel (2007). *Reificación. Un estudio en la teoría del reconocimiento* [Verdinglichung. Eine anerkennungstheoretische Studie]. CALDERON, G. (Trad.). Buenos Aires, Katz, 150 pp.

HONNETH, Axel (2014). *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática* [Das Recht der Freiheit: Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit]. CALDERON, G. (Trad.). Buenos Aires, Katz, 446 pp.

HOWARD, Erica (2012). *Law and the Wearing of Religious Symbols*. Londres, Routledge, 223 pp.

HUACO, Marco (2014). “Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 289-319.

IBÁÑEZ, Juana (2014). “Artículo 8. Garantías Judiciales”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 207-254.

IGLESIAS VILA, Marisa (2014). “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”. En: IGLESIAS VILA, M. (Ed.). *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Buenos Aires, Librería, pp. 14-39.

IGLESIAS VILA, Marisa (2016). “La aplicación del CEDH desde una concepción política de los derechos humanos: algunas claves interpretativas”. En: ARCOS, F. (Ed.). *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid, Dykinson, pp. 167-190.

IGNATIEFF, Michael (2012). *Sangre y pertenencia* [Blood and belonging]. AGUILAR, M. (Trad.), Madrid, El Hombre del Tres, 309 pp.

JOPPKE, Christian (2017). *Is Multiculturalism Dead?* Cambridge, Polity, 213 pp.

KEVAL, Harshad (2014). “From ‘Multiculturalism’ to ‘Interculturalism’-A commentary on the Impact of De-racing and De-classing the Debate”. *New Diversities*, N° 2, pp. 125-139.

KRISCH, Nico (2008). “The Open Architecture of European Human Rights Law”. *The Modern Law Review*, N° 71, pp. 183-126.

KYMLICKA, Will (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford, Oxford University Press, 280 pp.

KYMLICKA, Will (1999). “Comments on Shachar and Spinner-Halev: An Update from the Multiculturalism Wars”. En: JOPPKE, Ch. y LUKES, S. (Eds.). *Multicultural Questions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 112-129.

KYMLICKA, Will (2002). “El nuevo debate sobre los derechos de las minorías”. En: REQUEJO, F. (Coord.). *Democracia y pluralismo nacional*, Barcelona, Ariel, pp. 25-48.

KYMLICKA, Will (2003). *La política vernácula* [Politics in the vernacular]. FERNÁNDEZ, T. Y EGUIBAR, B. (Trad.), Barcelona, Paidós, 452 pp.

KYMLICKA, Will (2006). *Fronteras territoriales: Una perspectiva liberal igualitarista* [Territorial Boundaries]. CARBONEL, M. (Trad.), Madrid, Trotta, 84 pp.

KYMLICKA, Will (2007). *Multicultural Odysseys*. Oxford, Oxford University Press, 374 pp.

KYMLICKA, Will (2008). “The Evolving Basis of European Norms of Minority Rights: Rights to Culture, Participation and Autonomy”. En: WELLER, M., BLACKLOCK, Denika y NOBBS, K. (Eds.). *The Protection of Minorities in the Wider Europe*. Hampshire, Palgrave Macmillan, pp. 11-41.

KYMLICKA, Will (2010). “The rise and fall of multiculturalism?: new debates on inclusion and accommodation in diverse societies”. En: VERTOVEC, S. y WESSENDORF, S. (Eds.). *The multiculturalism backlash. European discourses, policies and practices*. Londres, Routledge, pp. 32-49.

KYMLICKA, Will (2012). “Comment on Meer and Modood” *Journal of Intercultural Studies*, N° 33, pp. 211-216.

KYMLICKA, Will (2016). “Defending Diversity in a Era of Populism: Multiculturalism and Intercultural Compared”. En: MEER, N., MODOOD, T. y ZAPATA-BARRERO, R. (Eds.). *Multiculturalism and Interculturalism*. Edinburgh, Edinburgh University Press, versión digital, pp. 160-178.

KOIVUROVA, Timo (2011). “Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects”. *International Journal on Minority and Group Rights*, N° 18, pp. 1-37.

LA BARBERA, María (2011). “El enfoque de la interseccionalidad aplicado a las políticas para la erradicación de la mutilización femenina”. En: GARCÍA, F. y KRESSOVA, N. (Coords.). *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, pp. 2191-2193.

LANDA, César (2016). “Los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 227-258.

LAPORTA, Francisco (1987). “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa*, N° 4, pp. 23-46.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2004). “Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación”. En: LASAGABASTER, I. (Coord.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Thomson-civitas, pp. 444-487.

LEGG, Andrew (2012). *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford, Oxford University Press, 272 pp.

LENZERINI, Federico (2013). “Suppressing and Remediating Offences against Culture”. En: FILIPA, A. (Ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 240-272.

LENZERINI, Federico (2014). *The Culturalization of Human Rights Law*. Oxford, Oxford University Press, 275 pp.

LETSAS, George (2007). *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, 164 pp.

LINARES, Sebastián (2013). “Derecho de consulta indígena e innovación democrática: un debate complejo”. En: MARTÍ I PUIG, S., WRIGHT, C., AYLWIN, J., YÁÑEZ, N. (Eds.). *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir*, Madrid, Catarata, pp. 99-129.

LÓPEZ DE LA FUENTE, Graciela (2014). *Pluralismo político y partidos políticos europeos*. Granada, Comares, 288 pp.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2013a). “El sistema europeo de protección de derechos humanos”. En: BANDEIRA, R., UREÑA, R. y TORRES, A. (Eds.). *Protección Multinivel en Derechos Humanos*. Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, pp. 165-186.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2013b). “El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 331-348.

LÓPEZ GUERRA, Luis (2015). “Libertad de expresión y libertad de pensamiento, conciencia y religión, en la jurisprudencia de Estrasburgo”. En: RUIZ-RICO, G. y RUIZ RUIZ, J. (Eds.). *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 111-118.

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, María (2003). “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de Refah Partisi y otros contra Turquía: legítima disolución de un partido político”. *Anuario de Derecho Internacional*, N° 19, pp. 443-464.

MACDONALD, Euan y CHOLEWINSKI, Ryszard (2009). “The ICRMW and the European Union”. En: DE GUCHTENEIRE, P., PÉCOUD, A. y CHOLEWINSKI, R. (Eds.). *Migration and Human Rights*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 360-392.

MACKAY, Fergus (1999). *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*, Lima, Asociación Pro Derechos Humanos, 457 pp.

MACCORMIK, Neil (1999). *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*. Oxford, Oxford University Press, 215 pp.

MACINTYRE, Alasdair (1987). *Tras la virtud [After Virtue]*. VALCÁRCEL, A. (Trad.), Barcelona, Crítica, 352 pp.

MACKLEN, Patrick (2015). *The Sovereignty of Human Rights*. Nueva York, Oxford University Press, 259 pp.

MAGALDI, Núria (2012). “La emergencia de los derechos lingüísticos como objeto de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: SAURA ESTAPÀ, J. (Ed.). *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos*, Madrid, Dykinson, pp. 297-347.

MALIK, Maleiha (2012). “The ‘other’ citizens: religion in a multicultural Europe”. En: ZUCCA, L. y UNGUREANU, C. (Eds.). *Law, State and Religion in the New Europe*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 93-133.

MANCINI, Leticia (2011). “Símbolos religiosos y conflictos en las sociedades multiculturales”. En: AÑÓN, M. y SOLANES, Á. (Eds.). *Construyendo sociedades multiculturales*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 127-144.

MANCINI, Susanna y ROSENFELD, Michel (2012). “Unveiling the limits of tolerance: comparing the treatment of majority and minority religious symbols in the public sphere”. En: ZUCCA, L. y UNGUREANU, C. (Eds.). *Law, State and Religion in the New Europe*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 160-191.

MANIN, Bernard (2010). *Los principios del gobierno representativo* [The Principles of Representative Government]. VALLESPÍN, F. (Trad.), Madrid, Alianza Editorial, 300 pp.

MANSBRIDGE, Jane (2000). “What does a Representative Do? Descriptive Representation in Communicative Settings of Distrust, Uncrystallized Interests, and Historically Denigrated Status”. En: KYMLICKA, W. y NORMAN, W. (Eds.). *Citizenship in Diverse Societies*. Oxford, Oxford University Press, pp. 99-123.

MARKO, Joseph (2012). “Ethnopolitics. The Challenge for Human and Minority Rights Protection”. En: CORRADETI, C. (Ed.). *Philosophical Dimensions of Human Rights: Some Contemporary Views*. Londres, Springer, pp. 265-291.

MARTÍ I PUIG, Salvador (2013). “Balance y retos de la lucha de las poblaciones indígenas en el cambio de ciclo”. En: AYLWIN, J., MARTÍ I PUIG, S., WRIGHT, C. y YÁÑEZ, N. (Eds.). *Entre el desarrollo y el buen vivir. Recursos naturales y conflictos en los territorios indígenas*. Madrid, Catarata, pp. 21-42.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2007). *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*. Navarra, Thomson, 187 pp.

MARTÍNEZ ESTAY, José (2014). “Subsidiariedad y margen de apreciación en las relaciones derecho nacional-derecho supranacional. Consideraciones para el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En: NOGUEIRA, H. (Coord.). *La protección de los Derechos Humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia, pp. 307-344.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2001). “The European Court of Human Rights and Religion”. *Law and Religion*, N° 4, pp. 185-204.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2003). “The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief: The European Convention on Human Rights”. *Global Jurist Advances*, N° 2, pp. 1535-1661.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (2008). “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, N° 1, pp. 15-42.

MARTINICO, Giuseppe y POLLICINO, Oreste (2012). *The Interaction between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*. Cheltenham, Edward Elgar, 251 pp.

MEDINA, Cecilia (2016). *The American Convention on Human Rights*. Cambridge, Intersentia, 373 pp.

MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio (2011). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 62 pp.

MEER, Nasar, MODOOD, Tariq y ZAPATA-BARRERO, Ricard (2016). “A Plural Century: Situating Interculturalism and Multiculturalism”. En: MEER, N., MODOOD, T. y ZAPATA-BARRERO, R. (Eds.). *Multiculturalism and Interculturalism*. Edinburgh, Edinburgh University Press, versión digital, pp. 15-38.

MELISSARIS, Emmanuel (2009). *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Londres, Ashgate, 167 pp.

MEER, Nasar y MODOOD, Tariq (2012). “How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?” *Journal of Intercultural Studies*, N° 33, pp. 175-196.

MIGNOLO, Walter (2003). “Las geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder”. *Polis. Revista Académica Universidad Bolivariana*, N° 4, pp. 1-26

MILLALEO, Salvador y VALDÉS, Marcos (2014). “Mecanismos de Representación Política y Pueblos Indígenas en Chile”. *Programa de Derechos Indígenas Fundación Chile 21*, N° 1, 20 pp.

MONTILLA, José, BOZA, Diego, GARCÍA, Ignacio y RODRIGUEZ, José (2016). “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, pp. 272-293.

MONTT, Santiago y MATTA, Manuel (2011). “Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile”. *Estudios Públicos*, N° 121, pp. 133-212.

MORA, Albert (2016). “La institucionalización de la violencia como obstáculo para la convivencia intercultural”. En: SOLANES, A. (Ed.). *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 153-176.

MOYA, David (2015). “STEDH Muñoz Díaz v. España. El derecho al matrimonio, minorías y no discriminación en el acceso a las prestaciones sociales”. En: CAICEDO, N. y MOYA, D. (Coords.). *Diversidad cultural e interpretación de los derechos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 179-214.

NAVARRETE, Manuel (2013). *Constitucionalización indígena: Variaciones jurídicas y metajurídicas*. Santiago de Chile, Librotecnia, 274 pp.

NASH, Claudio (2007). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 489 pp.

NASH, Claudio (2004). “Los derechos humanos de los indígenas, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: AYLWIN, J. (Ed.). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, pp. 29-43.

NINO, Carlos (1996). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 304 pp.

NÚÑEZ, Manuel (2010). *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*. Santiago de Chile, Librotecnia, 570 pp.

NÚÑEZ, Manuel (2012). “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”. En: NÚÑEZ POBLETE, M. y ACOSTA, P. (Eds.). *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, UNAM, pp. 3-49.

NUSSBAUM, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia* [The Frontiers of Justice]. VILÀ, R. (Trad.), Barcelona, Paidós, 447 pp.

OCHOA, María (2014). “Protección jurídica de las minorías en Europa”. *Papel Político*, N° 1, pp. 211-236.

OKIN, Susan (1999). “Is Multiculturalism Bad for Women?” COHEN, J., HOWARD, M. y NUSSBAUM, M. (Eds.). *Is Multiculturalism Bad for Women?* New Jersey, Princeton, pp. 7-26.

OTTO, Dianne (1997). “Rethinking the ‘Universality’ of Human Rights Law”. *Columbia Human Rights Law Review*, N° 29, pp. 1-46.

OVEJERO LUCAS, Felix (2005). “Republicanism: el lugar de la virtud”, *Isegoria*, N° 33, pp. 99-125.

PARRA, Oscar (2016). “Algunos aspectos procesales y sustantivos de los diálogos recientes entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En:

SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 565-606.

PAREKH, Bhikhu (2005). *Repensando el multiculturalismo* [Rethinking Multiculturalism]. CHAPARRO, S. (Trad.), Madrid, Istmo, 521 pp.

PAÚL, Álvaro (2014). “Decision-Making Process of the Inter-American Court: an Analysis Prompted by the ‘In Vitro Fertilization’ Case”. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, N° 1, Vol. 21, pp. 87-130.

PEGORARO, Lucio (2013). “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 33-80.

PENTASSUGLIA, Gaetano (2009). *Minority Groups and Judicial Discourse in International Law*. Leiden, Martinus Nijhoff, 276 pp.

PENTASSUGLIA, Gaetano (2013). “Protecting Minority Groups through Human Rights Courts”. En: FILIPA, A. (Ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 73-116.

PÉREZ, Carmen (2014). “Límites a la lucha contra la inmigración irregular por la vía marítima impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos”. En: HIERRO, L. (Coord.). *Un conflicto de derechos: autonomía individual v. autonomía colectiva*. Madrid, Marcial Pons, pp. 193-218.

PÉREZ LUÑO, Antonio (1984). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 680 pp.

PÉREZ TRIVIÑO, José (1995). “Derechos Humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Doxa*, N° 17-18, pp. 469-490.

PERRY, Michael (2007). *Toward a Theory of Human Rights: Religion, Law, Courts*. Cambridge, Cambridge University Press, 270 pp.

PHILLIPS, Anne (1995). *The Politics of Presence: Issues in Democracy and Group Representation*. Oxford, Oxford University Press, 209 pp.

PHILLIPS, Anne (2007). *Multiculturalism Without Culture*. New Jersey, Princeton University Press, 216 pp.

PHELAN, Margaret y GILLESPIE, James (2007). *Immigration Law Handbook*. Oxford, Oxford University Press, 1232 pp.

PITKIN, Hanna (1985). *El concepto de representación* [The Concept of Representation]. MONTORO, R. (Trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 290 pp.

PEPELIER, Patricia y VAN DE HEYNING, Catherine (2017). “Subsidiarity Post-Brighton: Procedural Rationality as Answer?”. *Leiden Journal of International Law*, N° 30, pp. 5-23.

PRIETO, Tomás (2012). “Libertad religiosa, pluralismo y espacios públicos”. En: GUTIÉRREZ, I. y ÁNGEL PRESNO, M. (Eds.). *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*. Granada, Comares, pp. 289-309.

PSYCHOGIOPOULOU, Evangelia (2013). “The European Union and Cultural Rights”. En: FILIPA, A. (Ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 159-185.

PUETTER, Uwe (2014). *The European Council and the Council: New Intergovernmentalism and institutional change*. Oxford, Oxford University Press, 264 pp.

QUIJADA, Mónica (2007). “Estado nacional y pueblos originarios, entre la homogeneización y la diversidad: ¿una pulsión colectiva duradera?” En: GIRAUDO, L. (Ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 59-81.

RAMÍREZ, Silvina y MAISLEY, Nahuel (2016). “Protection of rights of indigenous peoples”. En: GONZALEZ-BERTOMEU, F. y GARGARELLA, R., *The Latin American Casebook*, New York, Routledge, pp. 189-208.

- RAWLS, John (1979). *Teoría de la Justicia* [A Theory of Justice]. GONZÁLEZ, M. (Trad.) México, Fondo de Cultura Económica, 549 pp.
- RAZ, Joseph (1991). “Free Expression and Personal Identification”. *Oxford Journal of Legal Studies*, N° 11, pp. 303-320.
- RAZ, Joseph (1998). *The morality of freedom*. Oxford, Oxford University Press, 431 pp.
- REMOTTI, José (2004). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Lima, Idemsa, 469 pp.
- REQUEJO COLL, Ferrán (2002). “Legitimidad democrática y pluralismo nacional”. En: REQUEJO COLL, F. (Ed.). *Democracia y pluralismo nacional*, Barcelona, Ariel, pp. 157-175.
- REQUENA, Millán (2009). “TEDH–Sentencia de 08.12.2009, Muñoz Díaz C. España, 49151/07”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 36, pp. 563–578.
- REY, Fernando (2007). “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 79, pp. 279-307.
- REY, Fernando (2010). “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto ‘Muñoz Díaz vs. España’: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”. *Diario La Ley*, N° 7344.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo (1995). “Las paradojas del comunitarismo”. *Doxa*, N° 17-18, pp. 95-115.
- ROA, Jorge (2014). “Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*, N° 33, pp. 101-121.
- ROA, Jorge (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 227 pp.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis (2000). *Las fronteras del nacionalismo*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 550 pp.

RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis (2002). “El debate sobre los derechos de grupo”. En: DÍAZ, E. y COLOMER, J. L. (Eds.). *Estado, Justicia y Derechos*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 409-434.

RODRÍGUEZ ABASCAL, Luis, Luis (2003). “On the admissibility of group rights”. *Annual Survey of International & Comparative Law*. Golden Gate University School of Law, Spring, pp. 101-110.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Luis (2006). “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”. En: BERRAONDO, M. (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, pp. 153-206.

RODRIK, Dani (2012). *La paradoja de la Globalización* [The Globalization Paradox]. CRISPÍN, M. (Trad.), Barcelona, Antoni Bosch, 368 pp.

ROSS, Alf (2005). *Sobre el derecho y la justicia* [On Law and Justice]. CARRIÓ, G. (Trad.), Buenos Aires, Eudeba, 468 pp.

ROWLANDS, Jorge (2013). “Estados latinoamericanos frente a la consulta indígena: tensión cultural en la implementación de los derechos territoriales”. En: MARTÍ I PUIG, S., WRIGHT, C., AYLWIN, J., YÁÑEZ, N. (Eds.). *Entre el Desarrollo y el Buen Vivir*, Madrid, Catarata, pp. 68-98.

ROY, Olivier y ANNICCHINO, Pasquale (2013). “Human Rights between Religions, Cultures, and Universality”. En: FILIPA, A. (Ed.). *The Cultural Dimension of Human Rights*. Oxford, Oxford University Press, pp. 13-25.

RUBIO-MARÍN, Ruth (2014). “Integration in Immigrant Europe: Human Rights at a Crossroads”. En: RUBIO-MARÍN, R. (Ed.). *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 73-105.

RUIZ, Oswaldo y DONOSO, Gina (2014). “Sección especial: Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo y reparaciones”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 947-1026.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1992). “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximaciones a un debate”. *Doxa*, N° 12, pp. 95-114.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2012). “Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal”. En: GUTIÉRREZ, I. y ÁNGEL PRESNO, M. (Eds.). *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*. Granada, Comares, pp. 79-97.

RUIZ RUIZ, Juan (2013). “Leyes de prohibición del velo integral en el espacio público: entre juicio de constitucionalidad y juicio de convencionalidad (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional belga 145/2012, de 6 de diciembre de 2012)”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 33, pp. 1-56.

RUIZ SCHNEIDER, Carlos y GARCÍA DE LA HUERTA, Marcos (2014). *Construcción de identidad, creación de sentido*. Santiago, Editorial Universitaria, 125 pp.

RUSSO, Anna y WENCES, Isabel (2016). “De los derechos de los «miembros de las comunidades» a los derechos de la «comunidad y sus miembros»: La diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 191-214.

RYAN, Bernard y MANTOUVALOU, Virginia (2014). “The Labour and Social Rights of Migrants in International Law”. En: RUBIO-MARÍN, R. (Ed.). *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 177-211.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz (2011). *Sistema de Derecho Internacional Público*. Navarra, Thomson Reuters, 639 pp.

SALADO, Ana (2014a). “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-112.

SALADO, Ana (2014b). “El «plazo razonable» en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La*

Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 229-249.

SALES I JARDÍ, Mercè (2015). *La vida familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una interpretación constructiva*. Barcelona, Bosch, 227 pp.

SANDEL, Michael (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia* [Liberalism and the limits of Justice]. MELON, M. (Trad.), Barcelona, Gedisa, 240 pp.

SANTOLAYA, Pablo (2014). “El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 429-449.

SANTOLAYA, Pablo (2016). “Las recientes aportaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de migrantes y género”. En: SANTOLAYA, P. y WENCES, I. (Coords.). *La América de los Derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 259-280.

SARTRE, Jean-Paul (1988). *Reflexiones sobre la cuestión judía*. [Réflexions sur la question juive]. BIANCO, J. (Trad.), Buenos Aires, Sudamericana, 140 pp.

SAUCA, José María (2010). *Identidad y Derecho. Nuevas perspectivas para viejos debates*. Valencia, Tirant lo blanch, 229 pp.

SAURA ESTAPÀ, Jaume (2012). “El Sistema europeo de los derechos humanos”. En: SAURA ESTAPÀ, J. (Ed.). *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos*, Madrid, Dykinson, pp. 45-80.

SCOVAZZI, Tullio (2014). “Human Rights and Immigration at Sea”. En: RUBIO-MARÍN, R. (Ed.). *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 212-260.

SENDEN, Hanneke (2011). *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*. Cambridge, Intersentia, 455 pp.

SHACHAR, Ayalet (1999). "The Paradox of Multicultural Vulnerability. Individual Rights, Identity Groups and the State". En: JOPPKE, C. y LUKES, C. (Eds.). *Multicultural Questions*, Oxford, Oxford University Press, pp. 87-111.

SIERRA, María (2014). "Pueblos indígenas ante el Estado en tiempos de multiculturalismo neoliberal y de seguridad nacional". En: CASTRO, M. (Ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho. Orientaciones desde la antropología jurídica*. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 189-222.

SOLANES, Ángeles (2011). "Prácticas culturales, símbolos religiosos y espacio público". En: AÑÓN, M. y SOLANES, Á. (Eds.). *Construyendo sociedades multiculturales*. Valencia, Tirant lo blanch, pp. 145-184.

SOLANES, Ángeles (2014). "Vulnerabilidad y derechos humanos de los migrantes". En: BARRANCO, M. y CHURRUCA, C. (Eds.). *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 187-220.

SOLANES, Ángeles (2016). "Conflictos derivados del uso del velo integral en Europa". En: SOLANES, A. (Ed.). *Diversidad cultural y conflictos en la Unión Europea. Implicaciones jurídico-políticas*. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 89-124.

SOMMA, Alessandro (2015). *Introducción al Derecho comparado*. Madrid, Universidad Carlos III, 195 pp.

SORDO, Tania (2012). "Ella se lo buscó. Estereotipos de género en el Estado mexicano: Sentencia Campo Algodonero". *XV Premio SIEM de Investigación feminista "Concepción Gimeno de Flaquer"*, Universidad de Zaragoza, pp. 1-25.

SORDO, Tania (2014). "Los estereotipos de género como obstáculos para el acceso de las mujeres a la justicia". En: *Ética judicial e igualdad de género*". México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 319-352.

SORIANO, Ramón (2004). *Interculturalismo. Entre liberalismo y comunitarismo*. Córdoba, Almuzara, 154 pp.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2002). “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”. En: KROTZ, E. (Ed.). *Derecho internacional y derechos humanos*. Barcelona, Anthropos-UAM, pp. 71-209.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2004). “Derecho Internacional y Derechos Indígenas”. En: AYLWIN, J. (Ed.). *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas: Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*. Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, pp. 15-26.

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (2014). “Introducción general”. En: STEINER, Ch. y URIBE, P. (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá, KAS, pp. 112-130.

SUBERCASEAUX, Bernardo (2002). *Nación y Cultura en América Latina*, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 76 pp.

SUK, Julie (2013). “Quotas and Consequences”. En: HELLMAN, D. y MOREAU, S. (Eds.). *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 228-249.

TAMANAH, Brian (1993). “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”. *Journal of Law and Society*, N° 2, pp. 192-217.

TAYLOR, Charles (1989). *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 596 pp.

TAYLOR, Charles (1994). “The Politics of Recognition”. En: GUTMANN, A. (Ed.). *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, pp. 25-73.

TAYLOR, Charles (1997). “Nationalism and Modernity”. En: MCKIM, R. y MCMAHAN, J. (Ed.). *The Morality of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, pp. 31-55.

TAYLOR, Charles (2005). *La libertad de los modernos* [La liberté des modernes]. PONS, H. (Trad.), Buenos Aires, Amorrortu, 305 pp.

TAYLOR, Charles (2012). *Democracia Republicana* [Republican Democracy]. HERNÁNDEZ, R. (Trad.), Santiago de Chile, Lom ediciones, 109 pp.

TELLO, Felipe (2011). “Las esferas de reconocimiento en la teoría de Axel Honneth”. *Revista de Sociología*, N° 26, pp. 45-57.

THYM, Daniel (2014). “Residence as De Facto Citizenship? Protection of Long-term Residence under Article 8 ECHR”. En: RUBIO-MARÍN, R. (Ed.). *Human Rights and Immigration*, Oxford, Oxford University Press, pp. 106-144.

TORBISCO CASALS, Neus (2006). *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*. Barcelona, Springer, 277 pp.

TORBISCO CASALS, Neus (2008). “Beyond Unity and Coherence: The Challenge of Legal Pluralism in a Post-National World”. *Revista Jurídica UPR*, N° 77, pp. 531-551.

TORBISCO CASALS, Neus (2014). “Derechos indígenas: Reconocimiento y desafíos para la democracia constitucional y para los derechos humanos”. En: HIERRO, L. (coord.), *Autonomía Individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*. Marcial Pons, Madrid, pp. 81-127.

TORBISCO CASALS, Neus (2016). “Multiculturalism, Identity Claims, and Human Rights: From Politics to Courts”. *Law & Ethics of Human Rights*, N° 10, pp. 367-404.

TORRECUADRADA, Soledad (2001). *Los pueblos indígenas en el orden internacional*. Madrid, Dyckinson, 192 pp.

TORRECUADRADA, Soledad (2013). “Identidad indígena”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 17, pp. 529-560.

TORRES PÉREZ, Aida (2013). “En defensa del pluralismo constitucional”. En: FERRER, E. y HERRERA, A. (Coords.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*. Valencia, Tirant lo blach, pp. 457-480.

TORRES, Alejandro (2011). “Pronunciamientos recientes del TEDH sobre libertad religiosa en Alemania, en materia de derecho laboral e impuesto religioso: Los casos Schüth, Obst, Siebenhaar y Wasmuth v. Alemania”. *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, N° 11, pp. 243-290.

TORRES, Alejandro (2014). “La Libertad de pensamiento, conciencia y religión”. En: GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Eds.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 451-472.

TORRES ZÚÑIGA, Natalia (2016). “Control de normas constitucionales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Subsidiariedad, deferencia e impacto en la teoría del cambio constitucional”. En: SAIZ, A. (Dir.). *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 90-126.

TOURAINÉ, Alain (2000). *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*. 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 95 pp.

TULLY, James (1995). *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge, Cambridge University Press, 272 pp.

TULLY, James (2007). “The Practice of Law-Making and the Problem of Difference: An Introduction to the Field”. En: PAYROW, O. (Ed.). *Multiculturalism and Law*. Cardiff, University of Wales Press, pp. 19-41.

UBEDA DE TORRES, Amaya (2007). *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*. Madrid, Reus, 749 pp.

VAN COTT, Donna (2000). *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh, Pittsburgh University Press, 342 pp.

VAN DIJK, Teun (2003). *Racismo y discurso de las élites [Elite Discourse and Racism]*. BASTÉ, M. (Trad.), Barcelona, Gedisa, 334 pp.

VAN DIJK, Pieter, VAN HOOFF, Fried, VAN RIJN, Arjen, VERMEULEN, Ben, VIERING, Marc y ZWAAK, Leo (2006). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Antwerpen, Intersentia, 4th edition, 1175 pp.

VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José (2012). “Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos”. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 25, pp. 175-216.

VERSTICHEL, Annelies (2009). *Participation, Representation and Identity. The Right of Persons Belonging to Minorities to Effective Participation in Public Affairs: Content, Justification and Limits*. Oxford, Intersentia, 735 pp.

VERTOVEC, Steven y WESSENDORF, Susanne (2010). “Introduction. Assessing the backlash against multiculturalism in Europe”. En: VERTOVEC, S. y WESSENDORF, S. (Ed.). *The multiculturalism backlash. European discourses, policies and practices*. Londres, Routledge, pp. 1-31.

VILLAVICENCIO, Luis (2012). “Un diálogo intercultural más allá del multiculturalismo”. *Opinión Jurídica*, N° 22, pp. 31-44.

VILLAVICENCIO, Luis (2014). *Las críticas comunitaristas al liberalismo igualitario. Un balance*. Madrid, Dykinson, 236 pp.

VILLORO, Luis (1998). *Estado plural y pluralidad de culturas*. México, Paidós, 184 pp.

VIOLA, Francesco (2003). “Constitución y multiculturalismo”. *Ragion pratica*, N° 11, pp. 33-71.

WALDRON, Jeremy (2005). *Derechos y desacuerdos [Law and Disagreement]*. MARTÍ, J. y QUIROGA, A. (Trad.), Barcelona, Marcial Pons, 395 pp.

WALDRON, Jeremy (2010). “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”. *Harvard Law Review*, N° 123, pp. 1569-1657.

WALDRON, Jeremy (2012). *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, Harvard University Press, 304 pp.

WALSH, Catherine (2009). *Interculturalidad, estado y sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 252 pp.

WALZER, Michael (1993). *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y de la igualdad* [Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality]. RUBIO, H. (Trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 333 pp.

WALZER, Michael (1994). "Comment". En: GUTMANN, A. (Ed.). *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, pp. 99-105.

WENCES, Isabel (2015). "La teoría política y la diversidad cultural en contextos democráticos". En: WENCES, I. (Ed.). *Tomando en serio la Teoría Política*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 507-541.

WENCES, Isabel (2016). "Interculturalismo quebequense: ¿versión del multiculturalismo canadiense o modelo con estructura institucional propia?" *Convergencia*, N° 72, pp. 115-141.

WERBNER, Pnina (2012). "Multiculturalism from Above and Below: Analysing a Political Discourse". *Journal of Intercultural Studies*, N° 2, pp. 197-209.

WESTLUND, Andrea (2009). "Rethinking Relational Autonomy". *Hypatia*, N° 4, pp. 26-49.

WILLIAMS, Melissa (1998). *Voice, Trust and Memory: Marginalized Groups and the Failings of Liberal Representation*. Princeton, Princeton University Press, 330 pp.

WIEVIORKA, Michael (2012). "Multiculturalism: A Concept to be Redefined and Certainly Not Replaced by the Extremely Vague Term of Interculturalism". *Journal of Intercultural Studies*, N° 2, pp. 225-231.

YRIGOYEN, Raquel (2011). "El derecho a la libre determinación del desarrollo. Participación, consulta y consentimiento". En: APARICIO, M. (Ed.). *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio*, Barcelona, Icaria, pp. 103-146.

YOUNG, Iris (1989). "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship". *Ethics*, N° 99/2, pp. 250-274

YOUNG, Iris (2000). *Inclusion and Democracy*. New York, Oxford, 304 pp.

2. TRATADOS INTERNACIONALES, DECLARACIONES Y NORMATIVA NACIONAL

Carta Democrática Interamericana, Lima, Perú, 2001.

Carta de la Organización de los Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 1948.

Carta Social Europea, Turín, Italia, 1961.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica, 1969.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Asamblea General ONU, 1984.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, Italia, 2000.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Cartagena de Indias, Colombia, 1985.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Asamblea General ONU, 1965.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Asamblea General ONU, 1990.

Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, Ginebra, Suiza, 1954.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, Suiza, 1951.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, Italia, 1950.

Convenio sobre el trabajo forzoso N° 30 de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1930.

Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 1989.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Asamblea General ONU, 2007.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General ONU, Paris, Francia, 1948.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La Paz, Bolivia, 1979.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Paz, Bolivia, 1979.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General ONU, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General ONU, 1966.

Protocolo Adicional N° 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 1952.

Protocolo Adicional N° 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 1963.

Protocolo Adicional N° 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 1994.

Protocolo Adicional N° 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 2004.

Protocolo Adicional N° 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 2013.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Asamblea General OEA, 2016.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., Estados Unidos, 2013.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, Costa Rica, 2009.

3. INFORMES, RESOLUCIONES Y DOCUMENTOS DE TRABAJO

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2016). *Second European Union Minorities and Discrimination Survey*. [fecha de consulta: 4 de febrero de 2017], [Disponible en: <http://www.echr.coe.int>].

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2015). *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*. [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016], [Disponible en: <http://www.echr.coe.int>].

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. LC/L.3893/Rev.1.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (1998). *Halvar From con Suecia*. Aplicación N° 34776/97.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (1996). *Könskämä y otros 38 comuneros Saami con Suecia*. Aplicación N° 27033/95.

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (1983). *G. y E. con Noruega*. Aplicación N°s 9278/81 y 9415/81.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Movilidad humana. Estándares interamericanos. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 46/15.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2015). *Informe Temático. Pueblos indígenas Comunidades afrodescendientes Industrias extractivas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/15.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Informe Temático. Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II.152.Doc.21.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Informe Temático. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 47/13.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). “Nota de remisión del caso No. 12.354 a la Corte IDH”, [fecha de consulta: 4 de septiembre de 2014], [Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/decisiones/cidh.asp>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Reforma del reglamento, políticas y prácticas*. OEA/ Resolución 1/2013, [fecha de consulta: 25 de marzo de 2016], [Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion1-2013esp.pdf>].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). Informe de Fondo, No. 125/12, Petición 12354, Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros con Panamá.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011). *Informe Temático. El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 79.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). *Informe Temático. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 56/09.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). Informe Admisibilidad, No. 63/10, Petición 1119-03, Comunidad garífuna punta piedra y sus miembros con Honduras.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010). Informe Admisibilidad, No. 125/10, Petición 250-04, Pueblos Indígenas de Raposa Serra do sol con Brasil.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). Informe Admisibilidad, No. 58/09, Petición 12.354, Pueblo indígena kuna de madungandi y emberá de bayano y sus miembros con Panamá.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009). Informe Admisibilidad, No. 141/09, Petición 415-07, Comunidades agrícola diaguita de los huascoaltinos y sus miembros con Chile.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2008). Informe Fondo No. 61/08, Caso 12.435, Gran Cacique Michael Mitchell con Canadá.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004). Informe Fondo No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo con Belice.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2002). Informe Fondo No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann con EEUU.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1969). *Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Actas y Documentos*. OEA/Ser.K/XVI/1.2.

CONSEJO DE EUROPA (2008). White Paper on Intercultural Dialogue. “Living Together As Equals in Dignity”. [fecha de consulta: 20 de febrero de 2017], [Disponible en: <http://www.rm.coe.int>]

CONSEJO DE EUROPA (2003). The prohibition of torture. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Human rights handbooks, N°6. [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2016], [Disponible en: <http://www.rm.coe.int>]

HUMAN RIGHTS WATCH (2009). *Discrimination in the Name of Neutrality. Headscarf Bans for Teachers and Civil Servants in Germany*. [fecha de consulta: 25 de marzo de 2016], [Disponible en: <http://www.hrw.org/en/reports/2009/02/25>]

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Informe misión de observación. Proyectos de inversión en tierras y territorios indígenas mapuche*. [fecha de consulta: 25 de marzo de 2016], [Disponible en: http://www.observatorio.cl/sites/default/files/biblioteca/informe_mision_de_observacion_indh_proyectos_de_inversion_territorio_mapuche.pdf]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2015). *Trends in international migration*. [fecha de consulta: 4 de febrero de 2017], [Disponible en: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/populationfacts/docs/MigrationPopFacts20154.pdf>]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2009). *State of the World's indigenous peoples*. ONU/ST/ESA/328.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (1950). *Estudio sobre la validez jurídica de las obligaciones asumidas con respecto a las minorías*. ONU/E/CN/4/367.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2016). *Representación indígena en poderes legislativos*. Claves desde la experiencia internacional, N° 2.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2015). Guide Sur L'Article 9, Liberté de pensée, de conscience et de religion. [fecha de consulta: 17 de septiembre de 2016], [Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_FRA.pdf]

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Pueblos Kaliña y Lokono con Surinam”, 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Yatama con Nicaragua”, 20 de noviembre de 2015, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros con Honduras”, 8 de octubre de 2015, Serie C No. 305.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros con Panamá”, 14 de octubre de 2014, Serie C No. 284.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Personas dominicanas y haitianas con República Dominicana”, 28 de agosto de 2014, Serie C No. 282.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Norín Catrimán y otros con Chile”, 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Familia Pacheco Tineo con Bolivia”, 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 272.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Nadege Dorzema y otros con República Dominicana”, 24 de octubre de 2012, Serie C No. 251.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Masacres de Rio Negro con Guatemala”, 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku con Ecuador”, 27 de junio de 2012, Serie C No. 245.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “López Mendoza con Venezuela”, 1 septiembre 2011, Serie C No. 233.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Grande con Argentina”, 31 agosto 2011, Serie C No. 231.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Yatama con Nicaragua”, 30 de junio de 2011, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Gelman con Uruguay”, 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Vélez Loo con Panamá”, 23 de noviembre de 2010, Serie C No. 218.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Rosendo Cantú y otra con México”, 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek con Paraguay”, 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Yatama con Nicaragua”, 28 de mayo de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Manuel Cepeda Vargas con Colombia”, 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Chitay Nech y otros con Guatemala”, 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Yatama con Nicaragua”, 21 de abril de 2010, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Radilla Pachecho con México”, 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “González y otras (“campo algodonoero”) con México”, 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 205.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Barreto Leiva con Venezuela”, 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Reverón Trujillo con Venezuela”, 30 de junio de 2009, Serie C No. 197.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Tiu Tojín con Guatemala”, 26 de noviembre de 2008, Serie C No. 190.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Castañeda Gutman con México”, 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Aritz Barbera y otros con Venezuela”, 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Yatama con Nicaragua”, 4 de agosto de 2008, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Pueblo Saramaka con Surinam”, 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Escupe Zapata con Colombia”, 4 de julio de 2007, Serie C No. 165.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso Yatama con Nicaragua”, 29 de noviembre de 2006, Supervisión de cumplimiento de sentencia.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa con Paraguay”, 29 de marzo 2006, Serie C No. 146.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Caso López Álvarez con Honduras”, 1 de febrero 2006, Serie C No. 141.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Niñas Yean y Bosico con República Dominicana”, 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Yatama con Nicaragua”, 23 de junio de 2005, Serie C No. 127.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidad Indígena Yakye Axa con Paraguay”, 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidad Moiwana con Surinam”, 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Carpio Nicolle y otros con Guatemala”, 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Masacre Plan de Sánchez con Guatemala”, 19 de noviembre de 2004, Serie C No. 116.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Herrera Ulloa con Costa Rica”, 2 de julio de 2004, Serie C No. 239.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Atala Riffo con Chile”, 24 de febrero de 2004, Serie C No. 107.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Bámaca Velásquez con Guatemala”, 22 de febrero de 2002, Serie C No. 91.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Comunidad Mayagana (Sumo) Awas Tingni con Nicaragua”, 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Bámaca Velásquez con Guatemala”, 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Castillo Petruzzi y otros con Perú”, 4 de septiembre 1998, Serie C No. 41.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Aleoboetoe y otros con Surinam”, 10 de septiembre 1993, Serie C No. 15.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, Serie A No. 8.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “A.A. con Francia”, 15 de enero de 2015, *Reports of Judgments and Decisions* 2014, 18039/11.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “S.A.S con Francia”, 1 de julio de 2014, *Reports of Judgments and Decisions* 2014, 43835/11 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Fernández Martínez con España”, 12 de junio de 2014, *Reports of Judgments and Decisions* 2014, 56030/07 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Chagos Islanders con Reino Unido”, 12 de diciembre de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 35622/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Al Hanchi con Bosnia Herzegovina”, 15 de noviembre de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 48205/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “C.N. con Reino Unido”, 13 de noviembre de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 4239/08.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “B.S.C. con España”, 25 de julio de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 47159/08.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Samsonnikov con Estonia”, 3 de julio de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 52178/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Abidov con Rusia”, 12 de junio de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 52805/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kozhayev con Rusia”, 5 de junio de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 60045/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Khodzhamberdiyev con Rusia”, 5 de junio de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 64809/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Nacic y otros con Suecia”, 15 de mayo de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 16567/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Mathloom con Grecia”, 24 de abril de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 48883/07.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Balagun con Reino Unido”, 10 de abril de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 60286/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Aksu con Turquía”, 12 de marzo de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 4149/04-41029/04 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN y otros (Nº2) con Bulgaria”, 8 de marzo de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 41561/07-20972/08.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Hirsi Jamma y otros con Italia”, 23 de febrero de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 27765/09 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “M.S. con Bélgica”, 31 de enero de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 50012/08.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Popov con Francia”, 19 de enero de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 39472/07 y 39474/07.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Othman con Reino Unido”, 17 de enero de 2012, *Reports of Judgments and Decisions* 2012, 8139/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Yoh-Ekale Mwanje con Bélgica”, 20 de diciembre de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 10486/10.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Longa Yonkeu con Letonia”, 15 de noviembre de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 57229/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Genovese con Malta”, 11 de octubre de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 53124/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Alim con Rusia”, 27 de septiembre de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 39417/07.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Osman con Dinamarca”, 14 de septiembre de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 38058/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Nuñez con Noruega”, 28 de junio de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 55597/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Lautsi y otros con Italia”, 18 de marzo de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 30814/06 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Siebenhaar con Alemania”, 3 de febrero de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 18136/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “M.S.S. con Bélgica y Grecia”, 21 de enero de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 30696/09.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Wasmuth con Alemania”, 17 de enero de 2011, *Reports of Judgments and Decisions* 2011, 12884/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Şerife Yiğit con Turquía”, 2 de noviembre de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 3976/05 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Ahmet Arslan con Turquía”, 4 de octubre de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 41135/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Obst con Alemania”, 23 de septiembre de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 425/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Rantsev con Chipre y Rusia”, 10 de mayo de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 25965/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Handölsdalen Sami Village y otros con Suecia”, 30 de marzo de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 39013/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Mutlag con Alemania”, 25 de marzo de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 40601/05.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Orsus y otros con Croacia”, 16 de marzo de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 15766/03 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sinan Işık con Turquía”, 2 de febrero de 2010, *Reports of Judgments and Decisions* 2010, 21924/05.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Muñoz Díaz con España”, 8 de diciembre de 2009, *Reports of Judgments and Decisions* 2009, 49151/07.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Dogru con Francia”, 4 de marzo de 2009, *Reports of Judgments and Decisions* 2009, 27058/05.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kervanci con Francia”, 4 de marzo de 2009, *Reports of Judgments and Decisions* 2009, 31645/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Tourkiki Enosi Xanthis y otros con Grecia”, 29 de septiembre de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 26698/05.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Emine Araç con Turquía”, 23 de septiembre de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 9907/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sampanis y otros con Grecia”, 5 de septiembre de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 32526/05.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros con Austria”, 31 de julio de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 40825/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kutlular con Turquía”, 29 de julio de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 73715/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Vajnai con Hungría”, 8 de julio de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 33629/06.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Emre con Suiza”, 22 de mayo de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 42034/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Bitenc con Eslovenia”, 18 de marzo 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 32963/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Alexandridis con Grecia”, 21 de febrero de 2008, *Reports of Judgments and Decisions* 2008, 19516/06.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Saadi con Reino Unido”, 29 de enero de 2008, *Reports of Judgments and Decisions 2008*, 13229/03 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “D.H. y otros con República Checa”, 13 de noviembre de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 15766/03 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Hasan y Eylem Zengin con Turquía”, 9 de octubre de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 1448/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Bolat con Rusia”, 5 de octubre de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 14139/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Folgerø y otros con Noruega”, 29 de junio de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 15472/02 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Svyato-Mykhaylivska Parafiya con Ucrania”, 14 de junio de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 77703/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Iglesia de la ciencia de Moscú con Rusia”, 5 de abril de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 18147/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Spampinato con Italia”, 29 de marzo de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 23123/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Biserica Adevărat Ortodoxă din Moldova y otros con Moldavia”, 27 de febrero de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 952/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Tatishvili con Rusia”, 22 de febrero de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 1509/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Ivanov con Rusia”, 20 de febrero de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 35222/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kuznetsov y otros con Rusia”, 11 de enero de 2007, *Reports of Judgments and Decisions 2007*, 184/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Olaechea con España”, 11 de diciembre de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 24668/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Klein con Eslovaquia”, 31 de octubre de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 72208/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Üner con Países Bajos”, 18 de octubre de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 46410/99 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Agga con Grecia”, 17 de octubre de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 50776/99 y 52912/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga con Bélgica”, 12 de octubre de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 13178/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sección de Moscú del Ejército de Salvación con Rusia”, 5 de octubre de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 72881/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Aydin Tatlav con Turquía”, 2 de agosto de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 50692/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Fazilet Partisi con Turquía”, 27 de julio de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 1444/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Giniewski con Francia”, 31 de abril de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 64016/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Demir con Francia”, 4 de abril de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 3041/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Ivanov y otros con Bulgaria”, 24 de febrero de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 46336/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Hinqitaq 53 y otros con Bulgaria”, 12 de febrero de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 18584/04.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Köse y otros 93 con Turquía”, 24 de enero de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 26625/02.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kurtulmus con Turquía”, 24 de enero de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 65500/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Ouranio Toxo y otros con Grecia”, 21 de enero de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 74989/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Organización Macedonia Unida Illiden-PIRIN y otros (Nº1) con Bulgaria”, 20 de enero de 2006, *Reports of Judgments and Decisions* 2006, 59489/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Timishev con Rusia”, 13 de diciembre de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 55762/00-55774/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Leyla Şahin con Turquía”, 10 de noviembre de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 44774/98 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Emek Partisi y Şenol con Turquía”, 31 de agosto de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 39434/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Siliadin con Francia”, 26 de julio de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 73316/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Partido de la Democracia y de la Evolución y otros con Turquía”, 26 de abril de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 39210/98- 39974/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Johti Sappmelacat Ry y otros con Finlandia”, 18 de enero de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 42969/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Hoogendijk con Holanda”, 6 de enero de 2005, *Reports of Judgments and Decisions* 2005, 58641/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Supreme Holey Council of the Muslim Community con Bulgaria”, 16 de diciembre de 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004, 39023/97.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Norwood con Reino Unido”, 16 de noviembre de 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004, 23131/03.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Aziz con Chipre”, 22 de septiembre de 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004, 69949/01.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Slimani con Francia”, 27 de julio de 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004, 57671/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Von Hannover con Alemania”, 24 de junio de 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004, 59320/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Gorzelik y otros con Polonia”, 17 de febrero de 2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004, 44158/98 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Refah Partisi con Turquía”, 13 de febrero de 2003, *Reports of Judgments and Decisions* 2003, 41340/98-41342/98-41343/98-41344/98 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sofianopoulos, Spaïdiotis, Metallinos y Kontogiannis con Grecia”, 12 de diciembre de 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002, 41340/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Selim Sadak y otros con Turquía”, 6 de noviembre de 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002, 25144/94-26149/95-26154/95-27100/95-27101/95.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Podkolzina con Letonia”, 9 de julio de 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002, 46726/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Yazar y otros con Turquía”, 9 de julio de 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002, 22723/93-22724/93-22725/93.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Stafford con Reino Unido”, 25 de mayo de 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002, 46295/99 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Čonka con Bélgica”, 5 de mayo de 2002, *Reports of Judgments and Decisions* 2002, 51564/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sen con Países Bajos”, 21 de diciembre de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 31465/96.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Iglesia Metropolitana de Besarabia y otros con Moldavia”, 21 de diciembre de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 45701/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Boultif con Suiza”, 2 de agosto de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 54273/00.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Refah Partisi con Turquía”, 31 de julio de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 41340/98;41342/98;41343/98;41344/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Denizci y otros con Chipre”, 23 de mayo de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 25316/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Chipre con Turquía”, 10 de mayo de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 25781/94 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Dahlab con Suiza”, 15 de febrero de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 42393/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Lee con Reino Unido”, 18 de enero de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 25289/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Jane Smith con Reino Unido”, 18 de enero de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 25154/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Chapman con Reino Unido”, 18 de enero de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 27238/95.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Coster con Reino Unido”, 18 de enero de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 24876/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Beard con Reino Unido”, 18 de enero de 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001, 24882/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Hasan y Chaush con Bulgaria”, 26 de octubre de 2000, *Reports of Judgments and Decisions* 2000, 30985/96.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Jabari con Turquía”, 11 de julio de 2000, *Reports of Judgments and Decisions* 2000, 40035/98.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Cha’re Shalom Ve Tsedek con Francia”, 27 de junio de 2000, *Reports of Judgments and Decisions* 2000, 27417/95 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Noack y otros con Alemania”, 25 de mayo de 2000, *Reports of Judgments and Decisions* 2000, 46346/99.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “T. con Reino Unido”, 16 de diciembre de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999, 24724/94 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Serif con Grecia”, 14 de diciembre de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999, 38178/97.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Partido de la Libertad y de la Democracia con Turquía”, 8 de diciembre de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999, 23885/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Baghli con Francia”, 30 de noviembre de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999, 34374/97.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Arslam con Turquía”, 8 de julio de 1999, *Reports of Judgments and Decisions* 1999, 23462/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sidiropoulos y otros con Grecia”, 10 de diciembre de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998, 57/1997/841/1047.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “A. con Reino Unido”, 23 de septiembre de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998, 25599/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Loizidou con Turquía”, 28 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998, 40/1993/435/514 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Partido Socialista de Turquía con Turquía”, 25 de mayo de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998, 20/1997/804/1007.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Partido Comunista Unificado de Turquía con Turquía”, 30 de enero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998, 133/1996/752/951.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Iglesia Católica de Canea con Grecia”, 16 de diciembre de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997, 25528/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kalac con Turquía”, 1 de julio de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997, 20704/92.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “H.L.R. con Francia”, 29 de abril de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997, 24573/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “X, Y y Z con Reino Unido”, 22 de abril de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997, 21830/93.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Valsamis con Grecia”, 18 de diciembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 21787/93.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Efstratiou con Grecia”, 18 de diciembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 24095/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Ahmed con Austria”, 17 de diciembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 25964/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Ahmut con Países Bajos”, 28 de noviembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 21702/93.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Chahal con Reino Unido”, 15 de noviembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 22414/93.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Manoussakis con Grecia”, 26 de septiembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 18748/91.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Amuur con Francia”, 25 de junio de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 19776/92.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Gül con Suiza”, 19 de febrero de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996, 23218/94.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Otto Preminger Institute con Austria”, 20 de septiembre de 1994, *Reports of Judgments and Decisions* 1994, 13470/87.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kokkinakis con Grecia”, 25 de mayo de 1993, *Reports of Judgments and Decisions* 1993, 14307/88.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Beldjoudi con Francia”, 26 de marzo de 1992, *Reports of Judgments and Decisions* 1992, 12083/86.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Pfeifer y Plankl con Austria”, 25 de febrero de 1992, *Reports of Judgments and Decisions* 1992, 10802/84 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Moustaquim con Bélgica”, 18 de febrero de 1991, *Reports of Judgments and Decisions* 1991, 12313/86.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Soering con Reino Unido”, 7 de julio de 1989, *Reports of Judgments and Decisions* 1989, 14038/88 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Berrehab con Países Bajos”, 21 de junio de 1988, *Reports of Judgments and Decisions* 1988, 10730/84.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Johnston y otros con Irlanda”, 18 de diciembre de 1986, *Reports of Judgments and Decisions* 1986, 9697/82.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Abdulaziz, Cabales y Balkandali con Reino Unido”, 28 de mayo de 1985, *Reports of Judgments and Decisions* 1985, 9214/80; 9473/81; 9474/81 [GC].

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Deweer con Bélgica”, 27 de febrero de 1980, *Reports of Judgments and Decisions* 1980, 6903/75.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Sunday Times con Reino Unido”, 26 de abril de 1979, *Reports of Judgments and Decisions* 1979, Serie A 1979.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Tyrrer con Reino Unido”, 25 de abril de 1978, *Reports of Judgments and Decisions* 1978, Serie A 1978.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Irlanda con Reino Unido”, 6 de febrero de 1978, *Reports of Judgments and Decisions* 1978, Serie A N° 25.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen con Dinamarca”, 7 de diciembre de 1978, *Reports of Judgments and Decisions* 1978, Serie A 1978.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Handyside con Reino Unido”, 7 de Diciembre de 1976, *Reports of Judgments and Decisions* 1976, Serie A 1976.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica con Bélgica”, 23 de julio de 1968, *Reports of Judgments and Decisions* 1968, Serie A 1968.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, “Wemhoff con Alemania”, 27 de junio de 1968, *Reports of Judgments and Decisions* 1968, Serie A 1968.

Tribunales Nacionales

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Yelitza Paola Quimbayo a nombre propio y en representación de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, 11 de enero de 2012, N° 001/12 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Álvaro Bailarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía”, 29 de octubre de 2009, N° 769/09 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “José Cenen Madrigal Tique contra Juan Romero Malambo, Gobernador y Representante Legal del Resguardo Indígena Chenche Buenos Aires Tradicional (Coyaima, Tolima)”, 30 de julio de 2009, N° 514/09 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Vicente Ortiz Trilleras contra el Cabildo Indígena Los Angeles-Las Vegas de Natagaima”, 31 de enero de 2002, N° 048/02 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Edilma Pardo Valencia contra el Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca)”, 25 de octubre de 2001, N° 1127/01 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Álvaro de Jesus Torres contra Autoridades tradicionales de la comunidad indígena Arhuaca de la zona oriental de la Sierra Nevada de Santa María”, 18 de septiembre de 1998, N° 510/1998 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Francisco Gembuel Pechene contra Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca”, 15 de octubre de 1997, N° 523/1997 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ovidio González Wasorna contra Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único (CRIR)”, 8 de agosto de 1996, N° 349/1996 (acción de tutela).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Jaime Bocanegra Izquierdo, Rosalba Coll Rojas, Norma Hurtado Sánchez, Amparo Mosquera de García y Alberto Ospina Cardona en acción pública de inconstitucionalidad”, 9 de abril de 1996, N° 139/1996 (acción pública de inconstitucionalidad).

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “Ananías Narvaéz contra la directiva del Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima”, 30 de mayo de 1994, N° 254/1994 (acción de tutela).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE REPUBLICA DOMINICANA, “Juliana Dequis (o Deguis) Pierre contra la Sentencia núm. 473/2012 dictada por la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Plata”, 23 de septiembre de 201, N° 0168/13.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, “Pedro Manrique Miranda con Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional”, 21 de diciembre de 2004 (recurso de amparo), N° 199/2004, BOE N° 306.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, “Violeta Friedman con Sala Primera del Tribunal Supremo”, 11 de noviembre de 1991 (recurso de amparo), N° 214/1991, BOE N° 301.