

# 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\*

JAIME GAJARDO FALCÓN\*\*

**Resumen:** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su conformación de Gran Sala, dictó la sentencia Aksu v. Turquía estableciendo que el Gobierno turco no violó el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). El solicitante, de nacionalidad Turca y miembro del pueblo gitano, pretendía que el TEDH estableciera la responsabilidad internacional de dicho Estado por tres publicaciones –que habían recibido financiación del gobierno– e incluían declaraciones y expresiones que reflejaban el sentimiento anti-gitano, por lo cual, alegaba la violación del artículo 8 y 14 del CEDH. Junto a la revisión de los puntos centrales del caso, centró el comentario en dos aspectos: 1) La posible ampliación del concepto de víctima que realiza el TEDH al interpretar el artículo 34 del CEDH de forma “flexible” y 2) La incipiente interpretación contextualizada que se puede desprender del raciocinio de la sentencia y de su contraste con el voto disidente.

**Palabras clave:** Derechos de grupo, artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ampliación del concepto de víctima, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**Abstract:** The European Court of Human Rights (ECtHR), as a Grand Chamber, declared in its judgment for the case Aksu v. Turkey that the Turkish Government had been no violation of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The applicant, who is of Roma origin and member of the Turkish Roma/Gypsy community, alleged that three publications that had received Government funding included remarks and expressions that reflected anti-Roma sentiment. He relied on Article 14 read in conjunction with Article 8 of the ECHR. Along with the central aspects of the case law I will focus the review on two aspects: 1) The possible extension of the concept of victim who takes the ECtHR when interpreting Article 34 of the ECHR in a “flexible” way. 2) The emergence of contextualized interpretation by the ECtHR in the case.

**Keywords:** Group Rights, article 34 of European Convention of Human Rights, expanding the concept of victim, article 8 of European Convention of Human Rights, European Court of Human Rights.

\* Fecha de recepción: 29 de junio de 2014.

Fecha de aceptación: 11 de julio de 2014.

\*\* Doctorando en Derecho y Personal Investigador en Formación, Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: gajardofalcon@gmail.com

SUMARIO: I. HECHOS; II. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y SENTENCIA; III. VOTO DISIDENTE; IV. COMENTARIO: 1. Ampliación del concepto de víctima; 2. Interpretación contextualizada de los Derechos Humanos; 3. Consideraciones finales; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. HECHOS

El caso se originó en dos aplicaciones (números 4149/04 y 41029/04) contra la República de Turquía presentadas ante el TEDH, de conformidad con el artículo 34 del CEDH, por el Sr. Mustafa Aksu (el solicitante), de nacionalidad turca y miembro de la comunidad gitana de dicho país, el 23 de enero y 4 de agosto de 2004, respectivamente. 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.

El solicitante alegó que tres publicaciones (un libro y dos diccionarios)<sup>1</sup>, 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 (Prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del CEDH<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> 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, Aksu v. Turquía, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, §§ 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”. Cf. *Ibid.*, § 28.

<sup>2</sup> 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 MEDINA, S., “Access to Opportunities in Multicultural Societies and the Relevance of Public Expression”, *Social & Legal Studies*, vol. 18, n. 4, 2009, pp. 543-559.

demandante no cumplía con el requisito de ser víctima directa de las expresiones y hechos alegados<sup>3</sup>.

Sobre el fondo del asunto, en relación al libro en cuestión, el Gobierno declaró que este 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 este 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 insultante. Por último, el Gobierno señaló que el Ministerio de Cultura estaba trabajando arduamente para promover la cultura y tradiciones romaníes<sup>4</sup>.

En cuanto a los diccionarios, el Gobierno declaró que las palabras y expresiones que estos 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<sup>5</sup>.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y SENTENCIA

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 popular<sup>6</sup>. 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 inflexible<sup>7</sup>. 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

---

<sup>3</sup> STEDH, Aksu v. Turquía, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, § 46.

<sup>4</sup> *Ibid.*, § 56.

<sup>5</sup> *Ibid.*, § 79.

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 50.

<sup>7</sup> *Ibid.*, § 51.

un interés o a la capacidad para actuar, aunque tiene en cuenta el hecho de que el solicitante fue parte de un proceso interno<sup>8</sup>.

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 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<sup>9</sup>.

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 demandado Gobierno 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<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>; y en ambos supuestos el Estado dispone de un “cierto” margen de apreciación<sup>12</sup>. 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

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, § 52.

<sup>9</sup> *Ibid.*, §§ 53-54.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 61.

<sup>11</sup> Sobre la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 del CEDH, véase: SANTOLAYA, P., “The Right to a Private and Family Life (Notably Extended Right to Privacy) (Art. 8 ECHR), en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (eds.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 337-351.

<sup>12</sup> STEDH, *Aksu v. Turquía*, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, § 62.

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 en la protección de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que no existe una relación jerárquica entre los derechos garantizados por los dos artículos<sup>13</sup>. 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<sup>14</sup>.

Aplicando los principios generales precitados al caso en cuestión, luego de analizar el razonamiento y los medios probatorios utilizados por los tribunales turcos<sup>15</sup>, 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 caso<sup>16</sup>. 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 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<sup>17</sup>.

Por las razones previamente analizadas, el TEDH falló lo siguiente: 1) Desestimó, por unanimidad, la excepción preliminar del Gobierno y sostuvo que el solicitante puede ser

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 63.

<sup>14</sup> *Ibid.*, §§ 64-68.

<sup>15</sup> *Ibid.*, § 69.

<sup>16</sup> Al respecto, véase una recopilación de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 en relación con el 10 del CEDH en: VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A., VERMEULEN, B., VIERING, M. Y ZWAAK, L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4ª edición, Intersentia, Antwerpen, 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, R., “The right to freedom of expression in a democratic society”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (ed.), *op. cit.*, 2012, pp. 397-401.

<sup>17</sup> STEDH, Aksu v. Turquía, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, §§ 70-74.

considerado “víctima” en el sentido del artículo 34 del CEDH; 2) Declaró, por dieciséis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 8 del CEDH con respecto a las aplicaciones números 4149/04 y 41029/04<sup>18</sup>.

### III. VOTO DISIDENTE

La sentencia en análisis contó con el voto disidente de la Jueza Alvina Gyulumyan. Para la Jueza los hechos del caso examinados 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”<sup>19</sup>.

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 cultural<sup>20</sup>. 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<sup>21</sup>.

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 turco<sup>22</sup>.

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 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,

<sup>18</sup> STEDH, *Aksu v. Turquía*, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, p. 23.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>20</sup> En el voto disidente la Jueza Gyulumyan cita el razonamiento del Juez Giovanni Bonello en el voto disidente del caso *Anguelova v. 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

aprobada por la Conferencia General de la Organización para la Educación la Ciencia y la Cultura de las Naciones Unidas (UNESCO) el 27 de noviembre de 1978<sup>23</sup>.

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 étnicos<sup>24</sup>.

Finalmente, para la Jueza Gyulumyan 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<sup>25</sup>.

#### IV. COMENTARIO

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<sup>26</sup> dentro del sistema europeo de protección de los derechos humanos<sup>27</sup>.

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

<sup>23</sup> 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”.

<sup>24</sup> STEDH, Aksu v. Turquía, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, p. 26.

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> Para una justificación teórica de los derechos de los grupos desde el liberalismo, véase: TORBISCO CASALS, N., *Group Rights as Human Rights. A liberal Approach to Multiculturalism*, Springer, Dordrecht, 2006. Asimismo, para un análisis de los derechos de los grupos desde la teoría del derecho, véase: RODRÍGUEZ ABASCAL, L., “El debate sobre los derechos de grupo”, en COLOMER, J. y DÍAZ, E. (eds.), *Estado, Justicia y Derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 409-434. Para un análisis crítico de los derechos de grupo desde un prisma liberal igualitario, véase: BARRY, B., *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*, Polity, Cambridge, 2005, pp. 63-103. Asimismo, para un estudio reciente y crítico sobre los derechos de los grupo, véase: HIERRO, L., “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, 2014, pp. 27-52

<sup>27</sup> Sobre los derechos de grupo en otro sistema regional de protección de los derechos humanos, véase: GAJARDO FALCÓN, J., “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en HIERRO, L. (coord.), *op. cit.*, 2014, pp. 145-171.

multicultural<sup>28</sup>, pero sin conseguir otorgar la protección adecuada que requiere a un grupo 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.

## 1. Ampliación del concepto de víctima

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 popular<sup>29</sup>. 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 potenciales<sup>30</sup>, futuras<sup>31</sup> o indirectas<sup>32</sup>. 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 potencial<sup>33</sup>, futura o indirecta. Sin embargo, en el fallo en

<sup>28</sup> Sobre la interpretación contextualizada de los derechos humanos en contextos multiculturales, véase: ÁLVAREZ MEDINA, S., “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*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 179-212. Asimismo, véase: GRIMM, D., “Multiculturalidad y derechos fundamentales” [Multikulturalität und Grundrechte], en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (ed.), *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 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, M., “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, n. 39, 2013, pp. 127-157.

<sup>29</sup> Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto, véase: VAN DIJK, P., VAN HOOF, F., VAN RIJN, A., VERMEULEN, B., VIERING, M. y ZWAAK, L., *op. cit.*, 2006, pp. 46-78.

<sup>30</sup> Una recopilación de los casos al respecto en: *Ibid.*, pp. 61-65.

<sup>31</sup> Una recopilación de los casos al respecto en: *Ibid.*, pp. 66-68.

<sup>32</sup> Una recopilación de los casos al respecto en: *Ibid.*, pp. 68-73.

<sup>33</sup> 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

análisis el TEDH utilizó la idea de “flexibilidad” en la interpretación del artículo 34 del CEDH –aunque no explícita 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 v. 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 víctima<sup>34</sup>. 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<sup>35</sup>.

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 (STC 214/1991, Caso Violeta Friedman). 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 caso el “honor”. El Tribunal ocupa el criterio de acoger el interés legítimo del grupo si es identificable y quien recurre pertenece al grupo<sup>36</sup>.

---

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 v. Francia*, n° 53430/99, 6 de noviembre de 2001.

<sup>34</sup> Véase: STEDH, *Bitenc v. Slovenia*, n° 32963/02, 18 de marzo de 2008.

<sup>35</sup> Sobre la jurisprudencia del TEDH en lo relativo a reclamaciones “abstractas”, véase: VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A., VERMEULEN, B., VIERING, M. y ZWAAK, L., *op. cit.*, 2006, pp. 58-61.

<sup>36</sup> Véase: STCE, *Violeta Friedman* con Sala Primera del Tribunal Supremo, 11 de noviembre de 1991 (recurso de amparo), n° 214/1991, BOE n° 301. Asimismo, para un análisis del fallo, véase: ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 36-40.

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 a 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.

## 2. Interpretación contextualizada de los Derechos Humanos

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 minoritarios<sup>37</sup>. Asimismo, 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<sup>38</sup>.

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 contextualizada. 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 des-

---

<sup>37</sup> Véase: KYMLICKA, W., *Politics in the vernacular. Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 33.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 34-35. Véase en ese sentido el trabajo de: ÁLVAREZ MEDINA, S., *op. cit.*, 2014, pp. 179-212. Asimismo, para un análisis centrado en la incorporación de esta perspectiva en los criterios de ponderación, véase: GRIMM, D., *op. cit.*, 2007, pp. 51-69.

aventajado de la comunidad gitana en Turquía<sup>39</sup>, no llega a dar el paso de invertir la carga de la prueba 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<sup>40</sup>.

Precisamente lo anterior, 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 de quien solicita la protección.

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 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 atribución 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<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Véase: STEDH, Aksu v. Turquía, n°s 4149/04 y 41029/04, de 12 marzo de 2012, §§ 75-76.

<sup>40</sup> En ese sentido véase: BOURLOYANNIS-VRAILS, CH., “Introductory note to the European Court of Human Rights: Aksu v. Turkey”, *International Legal Materials*, n° 4, 2012, pp. 685-687.

<sup>41</sup> En primer lugar, sobre la “evaluación” de un grupo étnico o cultural, considero acertado el criterio general que propone Amy GUTMANN, 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

### 3. Consideraciones finales

La sentencia en comento 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, si 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<sup>42</sup>. Por el contrario, la interpretación contextualizada y la posible inversión de la carga de la prueba a favor de los grupos étnicos-culturales desaventajados, sólo está presente con claridad en el análisis de la Jueza disidente de la sentencia en comento<sup>43</sup>. Con ello, la diferencia de grado al respecto resulta evidente.

Asimismo, ambos temas junto con ser polémicos y teóricamente complejos, se encuentran en pleno desarrollo en la jurisprudencia del TEDH, siendo la sentencia analizada un claro ejemplo de ello. Además, la sentencia comentada nos permite apreciar hacia donde – teóricamente hablando – están mirando los jueces del Tribunal para dar solución a los casos complejos que se derivan del fenómeno multicultural.

Finalmente, 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

---

son poco dignos de confianza desde el punto de vista ético cuando ponen la identidad grupal por encima de las consideraciones de justicia”. Cf., GUTMANN, A., *La identidad en democracia* [Identity in democracy], Katz editores, Buenos Aires, 2008, pp. 31-33. En segundo lugar, sobre la consideración de un grupo como desaventajado, Iris YOUNG propone un amplio espectro de grupos que podrían considerarse desaventajados y, por ende, tendrían justificada una inversión general de la carga de la prueba. 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 ver: YOUNG, I., “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, 99/2, pp. 250-274. Para KYMLICKA, el espectro de grupos desaventajados que plantea YOUNG es muy amplio, por lo que cualquier grupo se podría considerar como desaventajado. Me parece una crítica acertada. Al respecto, véase: KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 148-149.

<sup>42</sup> Véase el apartado IV.1 del presente trabajo.

<sup>43</sup> Véase al respecto los apartados III e IV.2 del presente trabajo.

grupos vulnerables, gracias a que caracteriza los estereotipos de un grupo étnico como una injerencia negativa en el derecho a su vida privada<sup>44</sup>.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MEDINA, S., “Access to Opportunities in Multicultural Societies and the Relevance of Public Expression”, *Social & Legal Studies*, vol. 18, n. 4, 2009, pp. 543-559.
- “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*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 179-212.
- AÑÓN ROIG, M., “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”, *Isonomía*, n. 39, 2013, pp. 127-157.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Tras la Justicia*, Ariel, Barcelona, 2003.
- BARRY, B., *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*, Polity, Cambridge, 2005.
- BOURLOYANNIS-VRAILS, Ch., “Introductory note to the European Court of Human Rights: Aksu v. Turkey”, *International Legal Materials*, n. 4, 2012, pp. 685-687.
- BUSTOS GISBERT, R., “The right to freedom of expression in a democratic society”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (ed.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 371-401.
- GAJARDO FALCÓN, J., “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en HIERRO, L. (coord.), *Autonomía Individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 145-171.
- GRIMM, D., “Multiculturalidad y derechos fundamentales” [Multikulturalität und Grundrechte], en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (ed.), *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 51-69.
- GUTMANN, A., *La identidad en democracia* [Identity in democracy], Katz editores, Buenos Aires, 2008.
- HIERRO, L., “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, 2014, pp. 27-52.

<sup>44</sup> Cf., BOURLOYANNIS-VRAILS, Ch. *op. cit.*, 2012, p. 686.

- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- , *Politics in the vernacular. Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- RODRÍGUEZ ABASCAL, L., “El debate sobre los derechos de grupo”, en COLOMER, J. y DÍAZ, E. (eds.), *Estado, Justicia y Derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 409-434.
- SANTOLAYA, P., “The Right to a Private and Family Life (Notably Extended Right to Privacy) (Art. 8 ECHR)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (ed.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 337-351.
- TAYLOR, Ch., “The Politics of Recognition”, en GUTMANN, A. (ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 25-73.
- TORBISCO CASALS, N., *Group Rights as Human Rights. A liberal Approach to Multiculturalism*, Springer, Dordrecht, 2006.
- VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A., VERMEULEN, B., VIERING, M. y ZWAAK, L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4ª edición, Intersentia, Antwerpen, 2006.
- YOUNG, I., “Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, *Ethics*, vol. 99, n. 2, 1989, pp. 250-274.