

FERNANDO REY MARTÍNEZ

El caso Ostrava: una oportunidad perdida de hacer justicia

Fernando Rey Martínez, profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid, es miembro del Patronato de la Fundación Secretariado Gitano y conocido también por los lectores de *Gitanos*, *Pensamiento y Cultura* por varios artículos relacionados con la lucha contra la discriminación.

En esta ocasión, quiere hacer una llamada de atención sobre una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹ al que, según el autor "no le ha parecido discriminatoria una medida que tiene como resultado que la mayoría de niños gitanos de un país acaben en guettos educativos especiales, en los que conviven, además, con niños con serias discapacidades para el aprendizaje."



¹ Este asunto está pendiente de juicio por la *Grand Chamber* del Tribunal de Estrasburgo, que ha celebrado la vista oral del caso el 7 de enero de este mismo año 2007. Huelga subrayar la importancia de que el Pleno del Tribunal revoque la argumentación y fallo de la Sentencia de la Sección del Tribunal que se analiza en estas páginas.

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: UN DERECHO "DE BAJA INTENSIDAD"

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos D.H. y otros contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, que tuvo un notable impacto mediático en su momento², ha resuelto de modo discutible un asunto de discriminación racial en relación con el derecho a la educación de dieciocho niños gitanos. En efecto, el Tribunal no ha considerado contrario al art. 14 del Convenio³ el envío de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna (práctica sistemática allí, puesto que el 75% de los niños gitanos van a este tipo de centros, según datos aportados por el propio gobierno checo).

La Sentencia es interesante no sólo porque remite a un nuevo escenario de conflicto de discriminación racial no planteado hasta el momento por el Tribunal Europeo, el del acceso a la educación, sino también porque, a diferencia de los ámbitos anteriores, casi todos ellos, como veremos, ligados a actos de violencia (pública o privada) contra miembros de minorías étnicas (casi siempre gitana) y, por tanto, patentes discriminaciones directas, en este caso se abría al Tribunal la posibilidad de ampliar la protección contra las discriminaciones raciales acogiendo por primera vez la categoría de las discriminaciones indirectas, ya sólidamente establecida en suelo europeo, por lo demás⁴. Pero el Tribunal ha desaprovechado la oportunidad. Esto no es sorprendente porque su aproximación al concepto de prohibición de discriminación en general del art. 14 del Convenio y a la racial en particular había sido hasta el momento, aún reconociendo algunos avances⁵, más bien rutinaria, contenida, formalista y con tendencia a ser *race-blind*, esto es, indiferente al factor racial. La igualdad entre grupos étnicos no parece estar entre los núcleos principales de interés del Tribunal, cuya jurisprudencia

en este punto es llamativamente pobre desde un punto de vista técnico. La cabal justificación de tales afirmaciones nos llevará, en primer lugar, al análisis de la interpretación habitual que hace el Tribunal de la cláusula anti-discriminatoria del art. 14 del Convenio y, más tarde, al examen crítico de la jurisprudencia sobre discriminaciones raciales, deteniéndonos particularmente en la Sentencia D.H. y otros contra la República Checa (también conocida como "caso Ostrava").

¿Cuál es, entonces, la lectura que, con carácter general, hace el Tribunal de la cláusula anti-discriminatoria del art. 14 del Convenio⁶?

1º) Discriminar es "tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares". La Sentencia que el Tribunal últimamente cita como *leading-case* de esta doctrina es Willis contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2002⁷. En un célebre caso, Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000, el Tribunal parece acoger también la denominada "discriminación por indiferenciación", es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no se trata jurídicamente igual a los iguales, pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados. Sin embargo, esta última doctrina, que exigiría tratar jurídicamente mejor a cualquiera que, en una situación comparable, esté de hecho peor (y, por tanto, que consagrara un principio, por así decir, *activo* del Estado social y de la igualdad de oportunidades) no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto Thlimmenos, yo creo que únicamente para alcanzar una solución justa en ese caso⁸. Más allá de él, no le aventuro un gran futuro.

2 Incluso el *New York Times* le dedicó un editorial el 11 de marzo de 2006 [ver *Gitanos*, nº34-35, "Revista de prensa", p.53]. Según este periódico, "a pesar de todas las dificultades a la que se tienen que enfrentar los musulmanes, el grupo que sufre más abusos en Europa sigue siendo, y con diferencia, el de los gitanos". El editorialista se muestra muy crítico con la Sentencia (recordando, de paso, que "la mayoría del Tribunal está compuesta principalmente por representantes de países del Este") y le pide al Tribunal que aprenda la lección dada por Estados Unidos: "Hace algunas décadas, Estados Unidos aprendió, mediante un doloroso proceso, que las políticas gubernamentales y las actitudes sociales podían ser cómplices de que se mantuviera en la misma situación a una clase sometida y que la discriminación podía existir a pesar de que las leyes parecieran justas. Europa no ha aprendido la lección. Desde hace ya un tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se viene mostrando reacio a prohibir prácticas discriminatorias en ausencia de pruebas de la intención de discriminar, permitiendo así que la discriminación se oculte bajo otro nombre. El Tribunal debería aprovechar la oportunidad para actualizar y revertir una decisión que ha dejado a las relaciones raciales europeas bastante atrasadas con respecto a la realidad que se vivía en Estados Unidos en 1954". El *New York Times* exagera, obviamente, porque el Tribunal de Estrasburgo no marca el estándar máximo de protección de los derechos en Europa sino, justamente, el mínimo (y por ello no ostenta una posición equivalente a la del Tribunal Supremo Federal norteamericano). Pero acierta en su tesis de la "discriminación oculta", que yo preferiría llamar más técnicamente "indirecta". Sobre esto me remito a la argumentación del presente estudio.

3 "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".

4 Sobre todo tras la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, de 29 de junio de 2000. Un análisis de esta Directiva puede encontrarse en mi estudio: "La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España. El caso de la minoría gitana", en la *Revista de Derecho Político de la UNED* nº 57, Madrid, 2003, pp. 91-103.

5 Particularmente destacable es el giro de tendencia que supuso la Sentencia Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005 en relación con las agresiones racistas de agentes públicos.

6 Un magnífico estudio sobre el particular puede encontrarse en: Encarna Carmona, "La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)", en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (J. García Roca y P. Santolaya, coords.), Madrid: CEPC, 2005, pp. 665-695.

7 Un asunto en el que el Tribunal estimó lesionado el derecho de propiedad privada (art. 1 del Protocolo Adicional Primero) en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14) por el hecho de que las pensiones de viudedad se concedieran a las mujeres pero no a los varones.

8 El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9.

2º) Los Estados miembros disfrutaban de "un cierto margen de apreciación" a la hora de valorar si, y con qué alcance, las diferencias en otras situaciones similares justifican una diferencia de trato, pero la decisión final sobre su conformidad con las exigencias que establece el Convenio pertenece al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3º) El art. 14 del Convenio no tiene existencia independiente, puesto que sólo puede ser alegado junto con otro de los derechos reconocidos en el Convenio; aunque no es necesario que el Tribunal estime una violación de éste para poder apreciar la existencia de discriminación (esto es, tiene una cierta autonomía que podríamos llamar de "segundo grado", una vez apreciada la vinculación de la prohibición de discriminación con cualquier otro derecho del Convenio). La aplicación del art. 14 es, además, "subsidiaria"⁹ en relación con los demás derechos del Convenio porque si el Tribunal constata la vulneración de éstos, no es preciso que examine su lesión respecto de la prohibición de discriminación. El Tribunal afirma que el art. 14, aunque no tenga existencia independiente, "juega un importante papel complementario" del resto de derechos (Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005).

Así, pues, en apretada síntesis, podríamos contraer la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la prohibición de discriminación del art. 14 a la siguiente fórmula: discriminación como diferencia jurídica de trato no razonable/ aplicación amplia y muy generosa de la doctrina del margen estatal de apreciación/ y función complementaria del art. 14.

No comparto en absoluto esta interpretación de la cláusula anti-discriminatoria del art. 14 del Convenio de Roma, que yo calificaría como "de baja intensidad", aunque hay que reconocer su cohe-

rencia interna. Al no distinguir el concepto general de "igualdad" (como razonabilidad jurídica del trato diferente) del de prohibición de discriminación por determinados rasgos sospechosos (raza, sexo, etc.), ante los cuales no debería bastar el criterio de la razonabilidad, sino que el juicio debería tornarse más exigente (proporcionalidad, escrutinio estricto, etc.), o dicho con otras palabras, al no distinguir entre discriminación en sentido amplio y en sentido estricto, adoptando en principio un criterio judicial de examen muy deferente hacia la autoridad que establece la diferencia de trato, es lógico que el Tribunal tienda a "inhibir" su juicio a favor de dicha autoridad nacional y que no le asigne a la prohibición de discriminación más que un valor secundario o subsidiario, meramente relacional, respecto del resto de derechos del Convenio.

En otros lugares he intentado ordenar sistemáticamente los conceptos aludidos, así que no me detendré aquí más en ellos¹⁰. Tan sólo retendré la necesidad de distinguir entre igualdad en general y prohibición de discriminación por ciertos rasgos como la raza o la etnia, de afirmar el valor sustantivo o autónomo y no meramente relacional de la prohibición de discriminación en sentido estricto y, en coherencia con ello, de endurecer el examen judicial cuando una discriminación de este tipo sea invocada, adoptando un estándar más exigente que el de mera razonabilidad y parcialmente diferente según el rasgo sospechoso en presencia (sexo, raza, orientación sexual, etc.) y el concreto escenario social de conflicto planteado.

El propio Consejo de Europa ha intentado levantar el freno que supone el vigente art. 14 del Convenio y su interpretación por parte del Tribunal Europeo a través de la aprobación del Protocolo número 12¹¹, que reconoce una prohibición de discriminación amplia y no como la vigente, circunscrita a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio o sus protocolos. El artículo primero de este Protocolo reza: "El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación¹²". En el Informe Aclaratorio oficial de este Protocolo, se pone de manifiesto la escasa operatividad actual del art. 14 del Convenio¹³, su incapacidad para distinguir los diversos tipos de discriminación y la escasamente significativa interpretación por parte del Tribunal Europeo de dicha disposición, sobre todo en materia de las discriminaciones raciales y sexuales. En efecto, es llamativa la esquizofrenia que resulta, por un lado, de la intensa actividad

- El Tribunal no ha considerado contrario al art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el envío de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna

9 E. Roca, ob.cit., p. 693. Así lo viene expresando el Tribunal desde el caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979.

10 Últimamente, entre otros: "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo" en el libro *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 23-108; "Homosexualidad y Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, enero-abril 2005, pp. 1-46; y "La prohibición de discriminación racial o étnica...", ob.cit.

11 Abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000 (en la significativa fecha del quincuagésimo aniversario del Convenio) y que ha entrado en vigor el 4 de octubre de 2005 (en España el 1 de abril de 2005).

12 Como se ve, se mantiene la inercia en el sistema de protección del Consejo de Europa de ir en esta materia un par de pasos por detrás de lo que podríamos denominar "estándar actual de protección de los derechos", ya que se opta por incluir la misma lista que hoy vige en el art. 14 del Convenio, sin añadir otros rasgos sospechosos como la orientación sexual (a pesar de que el Tribunal en este punto sí ha realizado una interpretación muy protectora de los derechos de homosexuales y transexuales -ver: "Homosexualidad...", ob.cit., pp. 119-128), la edad o la discapacidad. Aunque la lista es abierta, obviamente, la presencia explícita en ella despliega efectos interpretativos directos de relevante significado.

13 Así como la singularidad de que no reconozca un principio general de igualdad (discriminación en sentido amplio), a diferencia del resto de textos internacionales comparables. Bien es cierto que el Tribunal lo halló implícito muy pronto, como "igualdad de trato", desde la seminal Sentencia del caso lingüístico belga de 23 de julio de 1968 (y que, más aún, puede decirse que viene otorgando al art. 14 -en principio, una cláusula de discriminación en sentido estricto- no ese significado, sino el de mera cláusula general de igualdad o de discriminación en sentido amplio; se produce aquí una paradoja interesante).

desplegada por el Consejo de Europa a favor de la igualdad entre mujeres y hombres y en contra del racismo y la xenofobia y, de otro lado, de la magra jurisprudencia del Tribunal Europeo precisamente en estas sensibles y críticas materias. A partir del Protocolo número 12, se ponen las bases, por fin, para un desarrollo serio y sin cortapisas de la prohibición de discriminación racial, sexual, etc., también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero en tanto lo nuevo no termina de nacer y lo viejo no acaba de morir, nos encontramos todavía con la estrecha jurisprudencia actual del Tribunal sobre el art. 14 del Convenio.

Otro punto verdaderamente sorprendente y criticable de esta jurisprudencia radica en que, así como el Tribunal ha venido protegiendo hasta cierto punto la discriminación por orientación sexual o, sobre todo últimamente, por sexo, o por nacimiento, e incluso por nacionalidad¹⁴, la tutela frente a las discriminaciones raciales ha sido, sin embargo, escasa, con vacilaciones importantes y con Sentencias tan discutibles como la del caso Ostrava. Esto es sorprendente porque, como afirma R. Dworkin, la discriminación racial es la más odiosa de todas porque "expresa desprecio y es profundamente injusta... es completamente destructora de las vidas de sus víctimas... no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir"¹⁵. La discriminación racial, por un lado, estigmatiza a sus víctimas¹⁶ y, por otro, las convierte en "minorías aisladas y sin voz"¹⁷. De hecho, el origen del Derecho anti-discriminario en Estados Unidos se halla precisamente en la lucha contra la discriminación racial. Y existe una voluminosa y creciente normativa internacional protectora de las minorías étnicas y raciales¹⁸. Sin embargo, como se ha indicado, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiene más sombras que luces en este punto.

ANÁLISIS DEL CASO OSTRAVA.

En el caso de D.H. y otros contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, el Tribunal Europeo desestima una demanda contra ese Estado presentada por dieciocho nacionales pertenecientes a la

comunidad gitana por discriminación racial o étnica en el ejercicio de su derecho de educación. Entre 1996 y 1999 los demandantes fueron ubicados en escuelas especiales en Ostrava, bien directamente o bien tras un primer periodo de formación en una escuela ordinaria de primaria. Las escuelas especiales son una categoría de escuelas especializadas dirigidas a niños con dificultades de aprendizaje incapaces de asistir a las escuelas ordinarias. La decisión de enviar a un niño a una escuela especial es tomada por el director de la escuela tras un examen que mide la capacidad intelectual del niño (formulado y evaluado por un Centro de psicología y orientación educativas), y requiere el consentimiento de los padres o representantes legales del menor.

- Es llamativa la esquizofrenia que resulta, por un lado, de la intensa actividad desplegada por el Consejo de Europa a favor de la igualdad entre mujeres y hombres y en contra del racismo y la xenofobia y, de otro lado, de la magra jurisprudencia del Tribunal Europeo precisamente en estas sensibles y críticas materias

Los padres de los demandantes habían consentido enviar a sus hijos a las escuelas especiales, pero en un momento posterior solicitaron a la autoridad educativa de Ostrava que reconsiderara esta decisión porque desconfiaban del examen realizado para medir la capacidad intelectual de sus hijos y porque no habían sido suficientemente informados de las consecuencias de enviar a sus hijos a una

14 Ver. E. Roca, *ob.cit.*, pp. 675-678.

15 *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard Univ. Press, 2000, p. 407.

16 En el Derecho anti-discriminatorio, la teoría del estigma procede de Kenneth L. Karst ("Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 1-68). Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que "los normales", "la mayoría", miran a aquellos que son diferentes. Citando a Goffman, Karst afirmará: "la persona víctima de un estigma no es del todo humano". No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llegan a aceptar como "naturales" las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo. Me parece fuera de toda duda que las minorías raciales (no así las mujeres, por ejemplo) encajan a la perfección en la categoría de "casta" víctima de un "estigma". Esto determina, en mi opinión, que las normas contra la discriminación racial puedan ser (y deban ser) más incisivas que en otro tipo de discriminaciones –concediendo, por ejemplo, una preferencia a las acciones positivas dirigidas a este colectivo y un mayor espacio a las discriminaciones positivas.

17 Las minorías raciales son, en sentido estricto, "minorías aisladas y sin voz" en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las "*discrete and insular minorities*" fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. U.S.*, de 1938 (ponente: Stone) y ha sido formulada teóricamente por John H. Ely ("*Equal Citizenship under the XIV Amendment*", *Harvard Law Review*, vol. 91, nov. 1977, pp. 69 ss.). Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos minoritarios que son incapaces de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. También desde este punto de vista se refuerza la idea de que el derecho contra la discriminación racial ha de ser particularmente intenso e incisivo.

18 En forma de declaraciones generales sobre derechos humanos (art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además del art. 14 del Convenio de Roma), o de textos específicos (universales, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, o el Convenio n° 111 OIT, o regionales, como el Convenio Marco núm. 157 del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, ratificado por España el 1 de febrero de 1995).

escuela "especial". La autoridad denegó la solicitud alegando que no cumplía con los requisitos formales legalmente previstos para apelar la decisión (se había presentado de modo extemporáneo).

Contra esta denegación plantearon una demanda constitucional invocando como argumento principal que habrían sufrido una discriminación *de facto* en el funcionamiento general del sistema educativo. Para superar el obstáculo formal que había permitido a la autoridad educativa rechazar su demanda, razonaban que su caso implicaba una violación continua de sus derechos y que afectaba a intereses generales, más allá de los personales. Sostenían, en efecto, que el sistema educativo había provocado *de facto* una segregación racial, manifestada en la existencia de dos sistemas educativos independientes para miembros de grupos raciales diferentes, escuelas especiales, sobre todo para los Roma o gitanos, y escuelas ordinarias para la mayoría de la población. Este trato diferenciado no tendría una justificación objetiva y razonable y privaría a los primeros de su derecho a la educación, ya que el currículo obtenido en las escuelas especiales era inferior al de las ordinarias y sus estudiantes eran incapaces de retornar al sistema principal de educación.

El Tribunal Constitucional checo desestimó la demanda por entender que no era su papel hacer valoraciones de tipo social y político sobre cuál es la mejor forma de organizar el sistema educativo y sus efectos sociales (y, por tanto, carecía de jurisdicción) y que los demandantes no habían aportado pruebas concretas en apoyo de sus alegaciones, además de que no habían ejercido en su momento su derecho de apelación contra la decisión de re-ubicar a sus hijos en las escuelas especiales (y, por tanto, la demanda era manifiestamente infundada).

a) Los argumentos del Tribunal.

Con estos antecedentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina la posible violación de la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH en relación con el derecho a la educación del art. 2 del Protocolo primero¹⁹.

Comienza recordando, en primer lugar, su jurisprudencia general sobre el art. 14: discriminación como diferencia de trato no razonable y margen amplio de apreciación estatal.

El Tribunal observa que la demanda se apoya en argumentos serios. También hace notar que diversas organizaciones, incluidas algunas del propio Consejo de Europa²⁰, han manifestado su preocupación por que los niños gitanos checos sean confinados en escuelas especiales y por su dificultad en acceder a las escuelas ordinarias. Pero el Tribunal, haciendo suyo el argumento del Tribunal Constitucional checo, afirma que no es su papel evaluar el contexto social en su conjunto, sino que debe limitarse a examinar las demandas indi-

viduales presentadas ante él en el caso concreto para determinar si la ubicación de los demandantes en escuelas especiales se debió a razones de origen étnico o racial. Y recuerda que si una determinada política despliega efectos perjudiciales sobre un grupo concreto, puede ser considerada discriminatoria aunque no se dirija específicamente a ese grupo; sin embargo, "las estadísticas no son por sí mismas suficientes para revelar una práctica como discriminatoria" (Jordan c. Reino Unido, de 4 de septiembre de 2001). Este argumento es central para la resolución del caso. Volveremos sobre él más adelante.

También sostiene, antes de entrar en el fondo del asunto (aunque, claramente, de un modo que le va preparando el sentido desestimatorio del fallo), que la fijación del sistema y del currículo escolar es competencia, en principio, de los Estados miembros. Esta organización puede legítimamente variar en el tiempo y según el país (Valsamis v. Grecia, 18 de diciembre de 1996²¹). Respecto de alumnos con necesidades especiales, el Tribunal acepta que la elección entre específicos tipos de escuela para cada uno con centros altamente especializados o centros unificados con secciones especiales no es fácil ni puede hallarse una solución ideal. Implica un difícil ejercicio de valoración de los intereses contrapuestos en presencia. El Tribunal invoca aquí de nuevo la doctrina del margen de apreciación estatal para remitir a los Estados tal valoración.

Situada la *litis* desde este marco, muy contemporizador en línea de principio con las políticas educativas estatales (tanto que no haría falta seguir leyendo el resto de la Sentencia para adivinar cuál será el fallo), el Tribunal entra a examinar el asunto en concreto, formulando los siguientes argumentos:

1º) El Gobierno checo ha demostrado que el sistema de escuelas especiales en el país no fue introducido sólo para atender a los niños gitanos y también que hace considerables esfuerzos para ayudar a ciertas categorías de alumnos a conseguir una educación básica. El Tribunal da por buena la tesis gubernamental de que el criterio para seleccionar a los demandantes no fue su raza ni origen étnico, sino sus dificultades para el aprendizaje, puestas de manifiesto por tests psicológicos.

2º) La Sentencia insiste en este último aspecto, que podríamos denominar "técnico" de la cuestión. Si el propósito legítimo de las autoridades checas es adaptar el sistema educativo a las necesidades, aptitudes y dificultades de los niños, es lógico que sean los expertos en psicología educativa los únicos que puedan identificarlas. El Tribunal hace notar que nadie en el curso del proceso había cuestionado que los tests en el caso concreto hubieran sido administrados por profesionales cualificados (aunque los demandantes habían alegado que no existen reglas uniformes sobre la elección de tales pruebas o sobre la interpretación de los resultados). No se

19 "A ninguna persona se le denegará el derecho de educación. En el ejercicio de las funciones que asuma en relación con la educación y la enseñanza, el Estado deberá respetar el derecho de los padres a asegurar tal educación y enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas".

20 Así, por ejemplo, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). En su opinión discrepante, el Juez Cabral Barreto llamará a estrados a uno de sus Informes sobre la República Checa (el tercero, de 2004).

21 En este asunto, un niño griego de 12 años, testigo de Jehová, no acude a la parada celebrada con ocasión de la celebración del Día Nacional alegando razones de corte pacifista derivadas de su convicción religiosa, por lo que es sancionado con un día de suspensión escolar. El Tribunal no cree que esto lesione ni su derecho a la educación ni su libertad religiosa porque el significado de esa celebración no es militar, sino de exaltación de la libertad, la democracia, etc. Ahora bien, la Sentencia afirma que, aunque "no es tarea del Tribunal examinar las decisiones del Estado griego sobre el currículo educativo", resulta sorprendente que se castigue a los alumnos con un día de suspensión escolar por no asistir a una parada que se realiza fuera del recinto escolar y en día de fiesta. Este caso no es, evidentemente, comparable al del asunto Ostrava.

había demostrado tampoco que los psicólogos hubieran adoptado una actitud subjetiva determinada (prejuicio, hostilidad, etc.).

3º) El Tribunal se cuida de no olvidar que los padres no habían presentado en su momento reclamación alguna contra la decisión de enviar a sus hijos a las escuelas especiales, a pesar de haber recibido una "clara información escrita" informándoles de ese hecho y de las posibilidades de impugnación. Más aún, todos dieron su consentimiento e incluso algunos padres pidieron expresamente que enviaran a sus hijos a una escuela especial. La Sentencia opone un estándar de diligencia parental (una suerte de diligencia de buen padre de familia, sin llamarla así) a la alegación de los padres de que su consentimiento no había sido, en realidad, (bien) informado: "era responsabilidad de los padres, como parte de su deber natural de asegurar que sus hijos reciban una educación, averiguar las oportunidades educativas ofrecidas por el Estado, cerciorarse de que ellos prestaban su consentimiento al envío de sus hijos a una escuela especial y, si fuera necesario, plantear una oportuna reclamación".

4º) A partir del hecho de que cuatro de los demandantes lograron entrar más tarde en la escuela ordinaria, el Tribunal encuentra pruebas de que, a diferencia de lo que sostenían los demandantes, la transferencia a las escuelas especiales no es un hecho irreversible.

- La aproximación del Tribunal al concepto de prohibición de discriminación en general del art. 14 del Convenio y a la racial en particular había sido hasta el momento, aún reconociendo algunos avances, más bien rutinaria, contenida, formalista y con tendencia a ser race-blind, esto es, indiferente al factor racial

En conclusión, y a pesar de tener en cuenta que los datos estadísticos "son preocupantes" y que la situación general de la educación de los niños gitanos en la República Checa "no es perfecta", el Tribunal encuentra que las medidas adoptadas en este caso contra los demandantes no son discriminatorias, esto es, que el envío de los niños a las escuelas especiales haya sido el resultado de un prejuicio racial. Y, por tanto, no habría habido violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 2 CEDH.

b) Voto concurrente del Juez Costa.

El Juez Costa está de acuerdo con la mayoría, pero, confiesa que sólo después de algunas "vacilaciones" y reconociendo que algunos argumentos del voto discrepante del Juez Cabral Barreto son "muy fuertes".

Hablando en general, observa el Juez Costa que la situación de los gitanos en los Estados del Centro de Europa, donde son más numerosos que en otros lugares, "indudablemente plantea problemas". A pesar de los esfuerzos de los Gobiernos (fuertemente impulsados por el Consejo de Europa y por la Unión Europea) para mejorar su situación, los progresos son "lentos y difíciles". El Tribunal tuvo ocasión de comprobar, por ejemplo, que la comunidad gitana está expuesta a violación y discriminación en Eslovaquia (*Çonka v. Bélgica*, de 5 de mayo de 2002). Más recientemente, en el caso *Nachova y otros v. Bulgaria*, el Tribunal encontró que había razones para sospechar que ciertas actitudes racistas estaban en el origen de la violencia que había causado dos víctimas mortales gitanas. Por ello, encontró que se había violado el art. 14 CEDH, en relación con el art. 2 CEDH (derecho a la protección jurídica de la vida) porque las autoridades no habían adoptado todas las medidas posibles para averiguar si la conducta discriminatoria podría haber jugado un papel en los hechos. En consecuencia, concluye Costa, el Tribunal "debe ser extremadamente vigilante". Es además "bastante claro" que la situación general de la educación de los niños gitanos en la República Checa no es ni mucho menos perfecta.

Sin embargo, afirma Costa, los casos deben ser siempre examinados desde la perspectiva de las demandas individuales; en éste, el problema es: ¿fueron los demandantes desplazados a las escuelas especiales a causa de alguna actitud racista? Aquí, obviamente, "la duda se plantea y yace la dificultad". El peligro es que, con la cobertura de las pruebas psicológicas, un grupo de la población escolar sea condenada a escuelas de menor nivel, con escasas oportunidades de mezclarse con compañeros de otros grupos étnicos y sin esperanza alguna de alcanzar una educación que les permita progresar. En el pasado se utilizaron tests en algunos países para excluir a ciertos grupos sociales del ejercicio del derecho de sufragio. Ésta situación podría plantearse ahora con el ejercicio del derecho de educación.

Pero el Juez Costa reitera las razones que concurren en el caso y que impiden estimar la discriminación racial: no se ha cuestionado que los tests fueran realizados de modo profesional y objetivo, los padres consintieron en el reclutamiento de sus hijos en las escuelas especiales, éstas no se ocupan en la República Checa sólo de los niños gitanos, etc. Las pruebas tienden a apoyar los argumentos del Estado demandado.

El problema en general, señala Costa, está en la propia existencia de escuelas especiales en varios países. El debate es altamente complejo y, por ello, ¿debe ser juzgada la política educativa de la República Checa tan severamente?, ¿tanto como para estimar una discriminación racial en este caso? Costa contesta que el Tribunal hubiera ido muy lejos si hubiera hecho eso; habría distorsionado los hechos, las pruebas y se hubiera apartado radicalmente de su jurisprudencia, convirtiendo en obligación de los Estados una "discriminación positiva" de incremento de fondos para evitar que las escuelas especiales sufrieran el riesgo de convertirse en "ghettos" educativos.

22 Una familia de gitanos eslovacos, repetidamente asaltada por *skinheads* en su país ante la pasividad policial, decide huir a Bélgica, donde piden asilo político, que no se les concede; fueron arrestados y deportados y en el asunto debaten la regularidad de sus garantías como detenidos.

23 Incluso en Francia, ejemplifica este Magistrado, el sistema de educación secundaria (*collège*) tiene muchos defensores, pero también grandes detractores. El establecimiento en 1982 de "áreas de educación prioritaria" ha tenido éxito en corregir ciertas desigualdades, pero en las áreas donde éstas son mayores muchos jóvenes de extracción inmigrante ni siquiera llega a tener el francés como lengua nativa. El debate es "altamente complejo".

c) Opinión discrepante del Juez Cabral Barreto.

A su juicio, se habría violado en este caso el art. 14 en relación con el art. 2 del Convenio. En primer lugar, realiza dos observaciones previas: (1ª) Cabral dice conocer los esfuerzos de la República Checa por integrar en su seno a la comunidad gitana²⁴. (2ª) Asimismo, se declara incapaz de llevar a cabo cualquier juicio de valor sobre las condiciones de vida de los gitanos en la República Checa o de si son mejores o peores que en otros Estados. Coincidiendo con una repetida afirmación de la mayoría (intentando desactivarla), observará que el papel del Tribunal sería tan sólo el de examinar si ha habido violación o no del Convenio en el caso concreto.

A continuación expone sus argumentos:

1º) Un Informe del Estado checo de abril de 1999 (en el marco de la Convención para la Protección de Minorías Nacionales) afirma que "Niños gitanos con capacidad intelectual media e incluso superior son a menudo ubicados en escuelas (especiales) sobre la base de resultados de pruebas psicológicas. Estas pruebas fueron concebidas para la mayoría de la población y no tomaron en específica consideración a los gitanos". En esa época, en algunas "escuelas especializadas", había entre un 80 y un 90% de alumnos gitanos. Según Cabral, "esto constituye un expreso reconocimiento por parte del Estado checo de las prácticas discriminatorias sufridas por los demandantes". Entre 1996 y 1999 éstos no fueron enviados a escuelas para discapacitados mentales a causa de su incapacidad mental; al contrario, ellos poseían una capacidad intelectual media o superior.

2º) El tercer Informe sobre la República Checa de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), hecho público el 8 de junio de 2004, afirmaba, respecto del consentimiento de los padres a la hora de enviar a sus hijos a las escuelas especiales, que "los

- Como acertadamente sostiene el magistrado Cabral, hay que diferenciar a los alumnos, sí, pero para concederles a todos ellos las mismas oportunidades de acceso a la educación y la cultura, y no precisamente para lo contrario, esto es, para segregar y dirigir a los miembros de minorías raciales a un camino hacia ninguna parte, como es lo que sucede aquí

padres continúan careciendo de información respecto de las consecuencias negativas de largo alcance" derivadas de este hecho. En la práctica, subraya el Juez Cabral, los alumnos educados en una "escuela especial" ven sus posibilidades de prolongar sus estudios en una escuela secundaria reducidas a la nada.

3º) Coincide el Magistrado discrepante con la mayoría en que a los Estados, dentro de su margen de apreciación en la esfera educativa, no se les puede prohibir que establezcan diferentes tipos de escuela para los niños con dificultades o que implementen programas educativos especiales que respondan a tales necesidades. Incluso añade: los Estados deben tomar en consideración a los alumnos que, por causa de especiales circunstancias (culturales, lingüísticas o de otro tipo), requieran una forma específica de educación. Los Estados deben adoptar medidas positivas para compensar sus dificultades y proporcionarles medios para alcanzar un currículo normal.

Sin embargo, concluye Cabral, volviendo el argumento de la mayoría del revés, tales medidas nunca pueden conducir a que las dificultades se incrementen a consecuencia de que los alumnos sean ubicados en una escuela para niños con discapacidades para el aprendizaje. Recuerda el magistrado la doctrina del caso Thlimmenos v. Grecia (6 de abril de 2000), en la que el Tribunal sostuvo que no sólo se discrimina cuando se trata de modo diferente a personas que están en análogas situaciones sin que concurra una justificación objetiva y razonable (discriminación "negativa"), sino también cuando "los Estados no tratan de modo diferente a personas cuyas situaciones son significativamente diferentes, sin una justificación objetiva y razonable" (discriminación "positiva"). La situación de los demandantes requería la adopción de medidas diferenciadas, pero la que les proporcionó el Estado checo sirvió para agravar la distancia entre ellos y los alumnos de las escuelas ordinarias. Cabral advierte de que no le corresponde a él indicar qué tipos de medidas positivas requerían los demandantes, pero lo que es cierto es que su reclutamiento en escuelas especiales diseñadas para niños con discapacidades de aprendizaje no parece ser un medio apropiado para resolver las dificultades de los niños gitanos. Se trata de dos tipos de alumnos enteramente diferentes.

d) Comentario crítico de la Sentencia: ¿es la exhumación de la doctrina Plessy, "separados, pero iguales"?

Me resulta claramente más convincente la opinión discrepante del magistrado Cabral (o incluso la dubitativa del magistrado Costa²⁵) que la mayoritaria. Aunque técnicamente me parece más precisa la invocación en este caso del concepto de discriminación indirecta que el más lábil y elástico de la discriminación por indiferenciación (planteada episódicamente en el caso Thlimmenos). Ciertamente, la discriminación indirecta no había sido apreciada por el Tribunal en relación con la prohibición de discriminación, mientras sí contaba con ese antecedente la consideración de que tratar jurídica-

24 De hecho, Cabral hace notar que el sistema educativo checo se halla en un proceso de transición, aboliendo este sistema de "escuelas especiales".

25 Aunque no coincido con él en el importante valor que, como la mayoría, asigna al carácter "neutro" desde el punto de vista racial de la diferencia jurídica de trato (la distinta capacidad intelectual de los niños), porque precisamente las discriminaciones indirectas se caracterizan porque el *tertium comparationis* es, prima facie, neutro o no sospechoso desde el punto de vista racial. Lo decisivo es el impacto de esta diferenciación, no el criterio en que se funda. Ni tampoco creo que otorgar el amparo en este asunto hubiera transformado la prohibición de discriminación en el acceso escolar en un derecho prestacional. El Tribunal no puede obligar al Estado a gastar una determinada cantidad de dinero en educación suficiente según su criterio, ni a hacerlo de una determinada manera, configurando un sistema educativo concreto, pero sí puede (y debe) impedir al Estado una organización que segregue a los alumnos desde su más temprana infancia por su origen racial o étnico por contraria al sistema del Convenio de Roma. Nuevamente aprecio una gramática conceptual deficiente en materia de igualdad y prohibición de discriminación.

mente de modo igual a los que de hecho están en una situación desigual (los niños con dificultades de aprendizaje y los niños gitanos) es también discriminatorio.

En cualquier caso, el Tribunal se niega a innovar en el asunto Ostrava, aunque habría sido una ocasión perfecta para ello. Todos las Sentencias anteriores examinaban discriminaciones directas (bastante "gruesas" por lo demás). Ahora tenía ante sí, por primera vez, un asunto de discriminación indirecta.

Como es sabido, se produce una discriminación indirecta cuando la aplicación de un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro (en este caso, sería la capacidad intelectual de los niños en relación con el acceso a un tipo u otro de escuela) o no "sospechoso" (es decir, no basado en la raza) produce un resultado significativamente negativo o perjudicial respecto de la minoría racial en desventaja (en este caso, la segregación de la gran mayoría de los niños gitanos) en comparación con el grupo social mayoritario. Por eso se las llama también "discriminaciones de impacto" (frente a las discriminaciones de trato o directas). El caso Ostrava es una patente discriminación indirecta o de impacto.

El concepto de discriminación indirecta es una creación del Tribunal Supremo Federal en la Sentencia *Griggs versus Duke Power Company*, de 8 de marzo de 1971 (ponente: Burger, Presidente del Tribunal a la sazón). Se debatía en este caso si era conforme a la Constitución la práctica empresarial de una compañía de electricidad de Carolina del Norte de exigir para la contratación y/o la promoción haber completado los estudios secundarios y/o realizar dos test de inteligencia general, lo cual en la práctica perjudicaba a la comunidad negra. El Tribunal observó que estas medidas no tenían que ver con un mejor desempeño del trabajo y, con carácter general, sostuvo que prácticas como esas, "incluso aunque fueran neutrales en su intención" (y no racistas), no pueden mantenerse "si sirven para "congelar" el *statu quo* de anteriores prácticas discriminatorias en el empleo". Hay que mirar "a las consecuencias" de la política empresarial y "no sólo a su intención". De modo que si una medida sirve en la práctica para excluir a los negros y no puede demostrarse su utilidad, debe prohibirse. Salvadas las distancias, el asunto Griggs tiene significativos puntos en común con el caso Ostrava. En ambos casos la clave del caso gravita en torno a un test en apariencia neutral (o no discriminatorio por razón de la raza), pero que, de hecho, viene a perjudicar sensiblemente a una minoría racial en particular (en un caso impidiendo el acceso al trabajo o su promoción, en otro, el acceso a una educación de calidad o, al menos, "normal"). En ambos casos parece irrelevante la intención discriminatoria (que es un argumento central de la mayoría del Tribunal Europeo, discutiblemente, además, porque, insisto, el criterio decisivo para apreciar una discriminación indirecta no es la intención de quien establece las diferencias de trato, sino el resultado de ésta).

Pero hay un punto crucial de distinción que conduce a que los fallos sean diametralmente opuestos: en el caso Griggs se da un gran valor a las estadísticas que miden el "impacto" diferenciador perjudicial

para la minoría en comparación con el grupo social mayoritario (así, se recuerda que en la empresa trabajaban 95 empleados, sólo 14 de ellos negros, concentrados en un departamento en el que cobraban menos que el resto y del que muy difícilmente podían salir, y en la nota a pie de página sexta se constata que en Carolina del Norte en 1960 mientras que el 34% de los hombres blancos tenían estudios secundarios, sólo el 12% de negros lo habían alcanzado; y mientras que el 58% de los hombres blancos superaban los test, tan sólo el 6% de los negros lo conseguían), mientras que, por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se niega a conceder valor alguno a las estadísticas. De este modo es imposible reconocer discriminación indirecta alguna, porque precisamente los datos estadísticos son los únicos que pueden reflejar, como una fotografía, la eventual discriminación (esto es, el trato jurídico diferente y perjudicial para la minoría). El Tribunal Europeo invoca aquí como antecedente para invalidar los datos estadísticos la criticable doctrina (en los términos que he venido exponiendo) que acuñó en el asunto Jordan contra Reino Unido, de 4 de agosto de 2001. Este caso versaba sobre el homicidio de un irlandés católico por fuerzas de seguridad británicas en Irlanda del Norte. El Tribunal sí encontró violación del art. 2 del Convenio (porque las autoridades británicas no investigaron efectivamente las circunstancias de la muerte), pero, seguramente por no herir la susceptibilidad de los británicos o por no alargar más la Sentencia, concluyó, un tanto lateralmente y sin mayor cuidado, la doctrina que más tarde cita en el caso Ostrava: "la estadística no puede por sí misma calificar una práctica como discriminatoria en los términos del art. 14"²⁶. Esta tesis que, más o menos²⁷, puede tener cierto sentido en el caso Jordan en la medida en que ya se había condenado a las autoridades británicas por violación del art. 2, es profundamente perturbadora en su aplicación al caso Ostrava, porque impide de raíz al Tribunal apreciar la discriminación de impacto existente.

En resumidas cuentas, al Tribunal Europeo no le ha parecido discriminatoria una medida que tiene como resultado que la mayoría de niños gitanos de un país acaben en guettos educativos especiales, en los que conviven, además, con niños con serias discapacidades para el aprendizaje. No importa que se trate de una práctica segregacionista especialmente grave por los sujetos que la padecen, los niños, y por el objeto al que se refiere, la educación (con la agravante

- El Tribunal se niega a innovar en el asunto Ostrava, aunque habría sido una ocasión perfecta para ello. Todos las Sentencias anteriores examinaban discriminaciones directas (bastante "gruesas" por lo demás). Ahora tenía ante sí, por primera vez, un asunto de discriminación indirecta

26 En el asunto Jordan, observa que "hay pruebas estadísticas" de que los católicos y nacionalistas reciben peor trato policial en Irlanda del Norte y de que son más disparados por la policía, pero no ha encontrado pruebas de que los homicidios resultantes impliquen un uso ilegal o excesivo de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad y, por tanto, no habría lesión del art. 14 en relación con el art. 2.

27 De nuevo estamos en presencia de la aproximación *race-blind* escasamente garantista de la prohibición de discriminación étnica o racial.

de que es la primaria). Y encima, como se ha puesto de relieve²⁸, al no reconocer la discriminación estructural en el caso Ostrava, el Tribunal ha elegido "echar sobre las espaldas de los padres" (iletrados la mayoría) la carga de impugnar el sistema, sin tener en cuenta el consentimiento apenas informado de éstos. Evidentemente, tampoco otorga ningún peso el Tribunal al hecho de la persecución racista que sufren muchos niños gitanos en las escuelas ordinarias, lo que motiva en no pocos casos la decisión de sus padres a favor de las escuelas especiales. El caso Ostrava parece, pues, exhumar la ominosa doctrina *Plessy* "separados pero iguales"²⁹.

El concepto de discriminación indirecta ha sido recibido (curiosamente, casi siempre primero judicial y más tarde normativamente) en la mayoría de los Estados europeos (en España a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991) y en la Unión Europea y ha sido impulsado recientemente por la Directiva 2000/43/CE, ya citada. La Directiva entiende por *igualdad de trato* "la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico" (art. 2.1). Existirá discriminación *directa* "cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable" (art. 2.2.a). Se producirá una discriminación *indirecta* "cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios" (art. 2.2.b). Posiblemente, la finalidad perseguida con las escuelas especiales en la República Checa era legítima (atender a la diversa capacidad intelectual de los alumnos), pero es dudoso que los medios elegidos (esa concreta organización de la enseñanza) sean los adecuados, ya que el resultado es que la mayoría de los niños gitanos no pueden acceder a una educación básica ordinaria. Como acertadamente sostiene el magistrado Cabral, hay que diferenciar a los alumnos, sí, pero para concederles a todos ellos las mismas oportunidades de acceso a la educación y la cultura, y no precisamente para lo contrario, esto es, para segregar y dirigir a los miembros de minorías raciales a un camino hacia ninguna

parte, como es lo que sucede aquí. En cualquier caso, en todos los países donde se aplica el concepto de discriminación indirecta, los datos estadísticos se utilizan necesariamente como prueba de ese impacto perjudicial sobre la minoría racial³⁰. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que precisamente perjudica a la minoría racial más discriminada en Europa, la comunidad gitana, es, además de todo lo dicho, poco afortunada por su extraña singularidad en el ámbito europeo.

CONCLUSIÓN: LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, UN DERECHO RECONOCIDO ESCASAMENTE Y CON RETROCESOS POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

En definitiva, el caso Ostrava significa un enorme paso atrás en el desarrollo de una jurisprudencia sobre discriminación racial por parte del Tribunal de Estrasburgo a la altura del tiempo actual. Al negarse a conceder valor a los datos estadísticos (es decir, a la realidad), es "como si David se hubiera plantado ante Goliat con sus manos atadas a la espalda: esto no hace la victoria imposible, pero la dificulta mucho"³¹. El Tribunal tenía ante sí una práctica segregacionista de la minoría gitana en un ámbito social especialmente sensible, la escuela, que afectaba no sólo a la República Checa, sino a otros países del Este³², es decir, una discriminación estructural y, sin embargo, careció de la audacia (y del *background* conceptual) para ponerle freno.

Ciertamente, el pedigrí jurisprudencial del Tribunal sobre discriminación en general y la racial en particular tampoco constituía un sólido antecedente, ya que, como hemos visto, la protección otorgada desde Estrasburgo ha sido, por lo común, de baja intensidad, muy desigual y sin un marco conceptual convincente. En algunos escenarios de conflicto, como el de la violencia racista por agentes públicos, el Tribunal, tras la Sentencia Nachova, sí se había puesto serio en la aplicación del art. 14 del Convenio, abandonando su lectura *race-blind* habitual. Pero a este esperanzador avance le sigue, tan sólo unos meses después, el monumental retroceso del caso Ostrava. ¿Cómo fallará el Tribunal en el siguiente caso? ¿Cuál es su mensaje de protección para las minorías raciales y/o étnicas después de más de cincuenta años de existencia? ■

28 Por Morag Goodwin: "D.H. and Others v. Czech Republic: A Major Set-Back for the Development of Non-Discrimination Norms in Europe", *German Law Journal*, vol. 7, n. 4, 1 abril de 2006.

29 Como es fama, el Tribunal Supremo federal de Estado Unidos dictó en 1896 la Sentencia *Plessy versus Ferguson*, que consagró la regla "separados pero iguales" y decidió que una ley que permite la segregación racial bajo condiciones separadas pero iguales no viola la garantía constitucional de la protección igualitaria de las leyes. Se trataba de una ley de Louisiana que segregaba racialmente a los pasajeros de los ferrocarriles. El Tribunal sostuvo que la mera distinción legal entre blancos y negros no destruye la igualdad ni convierte a una en sierva de la otra y que la enmienda decimocuarta no pretende una igualdad social distinta; las leyes que imponen la separación—explicó—no implican establecer que una raza es superior o inferior a la otra; simplemente son actos del poder de Policía de un Estado (¿hay aquí un intento de argumentación "técnica" o "neutral", y un subrayado de la falta de intención de discriminar, como en el caso Ostrava?) Hubo que esperar hasta 1954, al caso *Brown c/ Board of Education* para que la mayoría, basándose en el voto disidente del juez Harlan en el caso *Plessy*, abandonara definitivamente la regla segregacionista. El Tribunal afirmó que "separar a unos niños de otros, de edad y calificaciones semejantes sólo a causa de su raza, genera un sentimiento de inferioridad acerca de su condición en la comunidad, sentimiento que puede afectar a sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente nunca podrá ser reparado". Creo que estas palabras son perfectamente aplicables al caso Ostrava.

30 En España, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987 (fundamento jurídico décimo) en la que ya se traen datos estadísticos de la Encuesta de Población Activa. También el Tribunal de Justicia de la Unión los utiliza ordinariamente.

31 G. Goodwin, *ob.cit.*, p. 3.

32 Aunque mejor, la situación en España tampoco es como para felicitarse. Según un estudio sobre "El acceso del alumnado gitano a la enseñanza secundaria" de la Fundación Secretariado Gitano (ver: *Gitanos. Pensamiento y Cultura*, nº34-35, 2006, pp. 27-50), el 70% de los mayores de 16 años no finaliza los estudios primarios; el 80% de los pocos alumnos gitanos que inician la E.S.O. no la concluyen, etc.) El Informe del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia sobre "Los gitanos y la educación pública", de 4 de mayo de 2006, constata que "todos los sistemas educativos europeos están fallando a los alumnos gitanos y, como consecuencia de ello, éstos tienden a abandonar la escuela de forma anticipada"; así que "queda mucho por hacer, sobre todo en lo que respecta a la segregación, que sigue siendo en todas sus formas el principal escollo para los niños roma y traveller en el sistema educativo".