



Group Leader: Law and Social Welfare in Latin America

Partner Group: MPISOC - Munich | UCB- La Paz

*Maria Virginia Lorena Ossio Bustillos (Coordinadora)*

# **Jurisprudencia Constitucional Plurinacional y Jurisprudencia Multicultural**

Documentos de consulta del  
proyecto prestaciones sociales para  
los pueblos indígenas en  
América Latina

Este libro ha sido financiado con fondos de la sociedad Max Planck para apoyo a la investigación del grupo asociado dirigido por Dra. M. V. Lorena Ossio Bustillos, en el marco del proyecto de investigación “Law and Social Welfare in Latin America – Social Protection for Indigenous Peoples” (2021 – 2026). Está prohibida su venta.

Agradecimiento: Proyecto realizado con el apoyo de la sociedad Max Planck, el instituto de Derecho Social y Política Social en Múnich y la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, a través de la Carrera de Derecho - sede La Paz.

Estas instituciones no se responsabilizan de las opiniones, comentarios y contenidos de la publicación de dicho proyecto, las cuales son responsabilidad exclusiva de su / sus autor / es.

Reservados los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc., sin el permiso previo de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Primera edición: Mayo de 2023

© 2023| Maria Virginia Lorena Ossio Bustillos  
Coordinadora

ISBN: 978-3-9824874-1-0

Diseño e impresión: Editora Presencia SRL  
Primer Piso del Edificio Esperanza, N°2150 de la avenida Mariscal Santa Cruz,  
zona central, La Paz-Bolivia.

Print – La Paz – Bolivia

## Índice

I. Introducción .....	5
II. Justicia constitucional plurinacional - Desafíos para el sistema de prestaciones sociales para los pueblos indígenas en América Latina .....	9
1. Diversidad cultural y pluralismo jurídico .....	9
2. Marco histórico – jurídico de la diversidad cultural en Bolivia .....	10
3. Los derechos indígenas en los tratados internacionales ratificados por Bolivia .....	11
4. Derechos indígenas en la Constitución boliviana de 2009 .....	13
5. El Tribunal Constitucional Plurinacional y la legislación especial sobre el derecho indígena.....	18
6. Conclusiones.....	20
7. Anexos .....	22
7.1 Sinopsis de la historia constitucional de derecho boliviano .....	22
7.2 Sinopsis de sentencias constitucionales plurinacionales .....	46
7.3 Cuadros de tesis de grado universitario .....	51
III. La jurisprudencia multicultural de los tribunales portugueses .....	77
1. Introducción: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de <i>jurisprudencia multicultural</i> ? .....	77
2. Los términos de la cuestión: pros y contras de la admisibilidad de los informes culturales en los tribunales .....	81
3. Marco jurídico de referencia .....	91
4. El proyecto InclusiveCourts y sus primeros resultados.....	109
4.1. Diseño del proyecto.....	109
4.2 Primeros resultados .....	114
5. Consideraciones finales .....	125

60	TÍTULO	La herencia de la sayaña y los derechos de las mujeres (proyecto participa)
	PALABRAS CLAVE	Administración de Justicia originaria campesina - enfoque de género
	COMENTARIO	
	AUTOR	Vacaflor López, Danae
	UNIVERSIDAD	UCB
	AÑO	2016
	LINK DE ACCESO	Descripción: La herencia de la sayaña y los derechos de las mujeres (proyecto participa) (ucb.edu.bo)
61	TÍTULO	Trabajo de investigación en defensoría del pueblo sobre el acceso a la justicia indígena originario campesina de personas adultas mayores indígenas
	PALABRAS CLAVE	Administración de Justicia originaria campesina - personas adultas mayores - Defensoría del pueblo
	COMENTARIO	El trabajo se enfoca en las acciones realizadas por la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia sobre la jurisdicción indígena originaria campesina, el derecho de acceso a la justicia y las personas adultas mayores.
	AUTOR	Almaráz Murguía, Ricardo Alan
	UNIVERSIDAD	UCB
	AÑO	2016
	LINK DE ACCESO	Descripción: Trabajo de investigación en defensoría del pueblo sobre el acceso a la justicia indígena originario campesina de personas adultas mayores indígenas (ucb.edu.bo)
62	TÍTULO	Bases constitucionales para el ejercicio de la autonomía indígena originaria campesina de raqaypampa
	PALABRAS CLAVE	Autonomía indígena originaria campesina
	COMENTARIO	El trabajo de maestría estudia las competencias exclusivas, compartidas y concurrentes del Gobierno Autónomo Indígena Originario Campesino del Territorio de Raqaypampa y la estructura de las bases normativas. El trabajo analiza además el contenido y alcances del bloque de constitucionalidad con relación a la autonomía indígena originaria campesina.
	AUTOR	Peñaflor Flores, Edwin Vladimir
	UNIVERSIDAD	UMSS
	AÑO	2022
	LINK DE ACCESO	<a href="http://ddigital.umss.edu.bo:8080/jspui/handle/123456789/31442">http://ddigital.umss.edu.bo:8080/jspui/handle/123456789/31442</a>

## La jurisprudencia multicultural de los tribunales portugueses\*

Patrícia Jerónimo y Manuela Ivone Cunha\*\*

### 1. Introducción: ¿a qué nos referimos cuando hablamos de jurisprudencia multicultural?

La *jurisprudencia multicultural* se refiere a la práctica de los tribunales en contextos multiculturales, más concretamente, a casos que implican algún elemento de diferencia con respecto a la norma definida por la cultura mayoritaria (y reflejada en el sistema jurídico estatal), que puede resultar de, alternativa o acumulativamente, el hecho de que las partes del proceso pertenezcan a una minoría racial-étnica, religiosa o lingüística, tengan nacionalidad extranjera, no hablen o no entiendan la lengua del proceso, o invoquen razones culturales para justificar la conducta o las pretensiones *sub judice*. La expresión fue popularizada en la literatura jurídica anglosajona por autores como William I. Torry, Sylvia Maier y Alison Dundes Renteln, en el marco de los debates iniciados en los años 80 sobre la admisibilidad del argumento de la excepción cultural (defensa cultural) en los procesos penales<sup>12</sup>. En este contexto, la *jurisprudencia multicultural*

12 Este artículo fue publicado en portugués por las autoras Patrícia Jerónimo y Manuela Ivone Cunha con el título "A jurisprudência multicultural dos tribunais portugueses", en AAVV, *Multiculturalidade e Direito*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2022, págs. 41-73.

\* Versión desarrollada de la presentación realizada durante la sesión de formación continua del Centro de Estudios Judiciales "Multiculturalismo y Derecho", celebrada el 12 de abril de 2021.

\*\* Patrícia Jerónimo es Profesora Asociada en la Escuela de Derecho y Manuela Ivone Cunha es Profesora Asociada con Agregación en el Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de Minho. Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto Igualdad y diferencia cultural en la práctica judicial portuguesa: Desafíos y oportunidades en la construcción de una sociedad inclusiva (InclusiveCourts), financiado por la Fundación para la Ciencia y la Tecnología bajo ref.<sup>a</sup> PTDC/DIR-OUT/28229/2017, de las que las autoras son respectivamente, Investigadora Responsable (IR) y Coinvestigadora Responsable (Co-IR).

Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defence", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 31, n.º 44, 1999, pp. 127-161; SYLVIA MAIER, *Multicultural Jurisprudence: A Study of the Legal Recognition of*

se asocia con frecuencia a la idea de conflicto entre culturas y a la imagen de los tribunales como lugares de encuentro y de tensión entre la cultura mayoritaria y las culturas minoritarias formadas principalmente por la inmigración<sup>13</sup>. La *jurisprudencia multicultural* no se confunde, sin embargo, con el argumento de la excepción cultural, no se agota, abarcando también otras jurisdicciones distintas de la penal y situaciones en las que los factores de diversidad (por ejemplo, valores religiosos, lengua extranjera, Derecho Extranjero) no entran en colisión con el ordenamiento jurídico estatal, aunque requieran un esfuerzo de adaptación por parte de los tribunales. Se trata de comprender el papel que desempeñan los factores culturales en los procesos judiciales, y cómo los tribunales lidian con estos factores culturales al aplicar la ley general a resolver casos concretos. Subyace la idea de que la diversidad cultural que caracteriza a nuestras sociedades - con su creciente visibilidad política y jurídica - aporta al Derecho una serie de problemas nuevos y exige a los tribunales que se replanteen algunas de sus prácticas e interpreten los marcos jurídicos existentes con nuevos ojos<sup>14</sup>.

Al igual que el término *multiculturalismo*, el término *jurisprudencia multicultural* puede utilizarse en un sentido puramente descriptivo, o puede adoptar un carácter programático o prescriptivo<sup>15</sup>. Puede referirse

*Cultural Minority Rights in France and Germany*, Los Ángeles, University of Southern California, 2001; MARIE-CLAIRE FOBLETS y ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009.

- 13 Cf. ALISON DUNDES RENTELN, "A justification of the cultural defence as partial excuse", *Review of Law and Women's Studies*, vol. 2, 1993, pp. 437-505.
- 14 Cf. ROGER BALLARD et al., "Cultural diversity: challenge and accommodation", en Ralph Grillo et al. (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimpression, Farnham, Ashgate, 2011, pp. 10-11.
- 15 Sobre el uso del término multiculturalismo como sinónimo de diversidad cultural (sentido descriptivo) y como sinónimo de modelo político-normativo de gestión de la diversidad cultural basado en el reconocimiento y la protección de las diferentes identidades culturales (sentido prescriptivo), cf. JOÃO CARDOSO ROSAS, "Sociedade multicultural: Conceitos e modelos", *Relaciones Internacionales*, n.º 14, 2007, p. 47; MICHAEL M. KARAYANNI, "Adjudicating culture", *Osgoode Hall Law Journal*, n.º 47, 2009, p. 381; MANUELA I. CUNHA, *Cultura, Diversidade, Diferenciagtio: Um Guia Elementar*, Braga, Universidad de Minho, 2016, pp. 114-115. Una distinción similar entre los sentidos descriptivo y prescriptivo es la que hace Ilenia Ruggiu con respecto a la expresión que utiliza para designar sus investigaciones

a la práctica de los tribunales tal y como es, en situaciones pluriculturales, plurilingües o plurilocalizadas<sup>16</sup>, pero también puede indicar el desiderátum de que los tribunales deberían ser más receptivos a la presentación de información cultural en los tribunales, que la justicia sea "culturalmente sensible"<sup>17</sup> o incluso "pluralista"<sup>18</sup>, para garantizar la igualdad de acceso a la justicia por parte de las minorías raciales-étnicas, religiosas o lingüísticas y de las personas racializadas. En este sentido prescriptivo, algunos incluso se refieren a la jurisprudencia multicultural como un derecho fundamental<sup>19</sup>.

En las reflexiones académicas sobre la jurisprudencia multicultural es recurrente el temor de que los jueces (y los actores judiciales en general) no estén preparados para tratar adecuadamente la información cultural, dada su falta de familiaridad con los datos etnográficos y su desconocimiento de muchos de los valores y prácticas invocados en los juicios<sup>20</sup>. La culpa - se afirma - es de la formación jurídica que se imparte en las universidades, que no prepara a los actores judiciales para la comunicación intercultural ni para

sobre estos temas, la de "juez antropólogo". Cf. ILENIA RUGGIU, *Culture and the Judiciary: The Anthropologist Judge*, Londres y Nueva York, Routledge, 2019.

- 16 Las situaciones plurilocalizadas - tradicionalmente, objeto de Derecho Internacional Privado - son también de interés para el estudio de la jurisprudencia multicultural, a pesar de que esta materia está aún poco desarrollada en la doctrina. En este sentido, véase MICHAEL M. KARAYANNI, "Adjudicating culture", op. cit. pp. 386-387; PATRICIA JERÓNIMO, "Application of foreign law in domestic courts in Europe and the challenges of legal pluralism", en AAVV, *Código Civil de 1966: Novos Desafios*. Commemoraciones de los 50 años del Código Civil, Braga, Facultad de Derecho de la Universidad de Minho, 2017, pp. 293-306.
- 17 Cf. ANNETTE DEMERS, "Cultural competence and the legal profession: An annotated bibliography of materials published between 2000 and 2011", *International Journal of Legal Information*, vol. 39, n.º 1, 2011, p. 25.
- 18 Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defence", op. cit. p. 127.
- 19 En este sentido, véase JOKE KUSTERS, "Criminalising Romani culture through law", en Marie-Claire Foblets y Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, p. 201.
- 20 Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS y ALISON DUNDES RENTELN, «Introduction», en Marie-Claire Foblets y Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 1 y 3.

la interpretación de argumentos y normas originadas en ordenamientos jurídicos extranjeros y en ordenamientos normativos diferentes al Derecho<sup>21</sup>. Se teme que los jueces rechacen de plano la información cultural simplemente porque les parece ajena, que “culturalicen” los delitos por el mero hecho de ser cometidos por extranjeros o que contribuyan a reforzar los estereotipos haciendo generalizaciones apresuradas y tratando las culturas como unidades monolíticas, estáticas y retrógradas<sup>22</sup>. Por lo tanto, hay muchas recomendaciones para que los jueces desarrollen “competencias culturales”, incluida la capacidad de reconocer sus propios prejuicios y comprender cómo éstos influyen (aunque sea imperceptiblemente) en sus decisiones y en el lenguaje que utilizan para fundamentarlas<sup>23</sup>.

21 Los cursos universitarios de Derecho también son criticados por la falta de diversidad étnica del profesorado y del alumnado, lo que repercute en el acceso a las profesiones forenses. Para un estudio de los trabajos académicos que critican la formación jurídica tradicional en el contexto anglosajón, véase ANNETTE DEMERS, “Cultural competence and the legal profession...”, op. cit., pp. 26 e ss. La necesidad de garantizar una representación adecuada de los grupos raciales y étnicos minoritarios en el sistema judicial ha sido destacada por el Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la Discriminación Racial en su recomendación general XXXI sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento del sistema de justicia penal, de 2005.

22 Cf. ILENIA RUGGIU, *Culture and the Judiciary...*, op. cit., p. xvii.

23 Cf. ANNETTE DEMERS, “Cultural competence and the legal profession...”, op. cit., pp. 22-25; JUSTIN D. LEVINSON et al., “Judging implicit bias: A national empirical study of judicial stereotypes”, *Florida Law Review*, vol. 69, 2017, pp. 63-113; JEFFREY J. RACHLINSKI et al., “Does unconscious racial bias affect trial judges?”, *Notre Dame Law Review*, vol. 84, 2009, pp. 1195-1232; ALISON DUNDES RENTELN, “Making room for culture in the court”, *The Judges' Journal*, vol. 49, n.º 2, 2010, pp. 7-15. En algunos Estados europeos, como Alemania, los centros de formación de magistrados ya imparten cursos breves destinados a fomentar la sensibilidad cultural de los jueces, especialmente en su interacción con la fe del Islam. Cf. MATHIAS ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, *RELIGARE Working Paper*, n.º 6, 2011, pp. 4 y 9. En Portugal, el reciente Plan Nacional de Lucha contra el Racismo y la Discriminación 2021-2025 (aprobado por la Resolución del Consejo de Ministros n.º 101/2021) prevé programas de formación para magistrados y otros agentes judiciales que tienen como objetivo, entre otras cosas, una “mejor relación intercultural”. En el Reino Unido, el Colegio Judicial, que supervisa la formación de los jueces, publica periódicamente un manual de buenas prácticas, el *Equal Treatment Bench Book*, que contiene información sobre las diferentes creencias y prácticas religiosas (desde el bahaísmo hasta el zoroastrismo) y consejos sobre cómo juzgar, incluida la necesidad de que los jueces estén bien informados sobre las culturas, creencias y desventajas de los demás y sean conscientes de sus propios

## 2. Los términos de la cuestión: pros y contras de la admisibilidad de los informes culturales en los tribunales

Durante muchos años, la *causa célebre* de los adeptos a la jurisprudencia multicultural fue la defensa de la introducción de una cláusula de excepción cultural en las leyes penales de los Estados norteamericanos y europeos, con el reconocimiento de la cultura como causa de exclusión de la ilicitud o la culpabilidad, precisamente para sustraer la decisión sobre la (in) admisibilidad de la información cultural al arbitraje de los jueces poco familiarizados con los datos etnográficos y a menudo escépticos sobre su relevancia<sup>24</sup>. Las peticiones de oficialización de la cláusula de excepción cultural no lograron grandes resultados y sufrieron un grave revés cuando, en 2011, el Convenio de Estambul estableció el deber de los Estados de garantizar que, en los procesos penales iniciados como consecuencia de actos de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, “la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el llamado ‘honor’ no sirvan de causa justificada para tales actos”<sup>25</sup>. Esto no significa, sin embargo, que la cuestión de la admisibilidad de la información cultural en los tribunales esté cerrada, no sólo porque el Convenio de Estambul sólo se ocupa de los actos que encarnan la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, dejando abierta la posibilidad de argumentos culturales para otros delitos, sino también porque la utilidad y la relevancia de la información cultural (incluida la información sobre el Derecho Extranjero) no se limita al establecimiento oficial de la defensa cultural ni al Derecho Penal, como indicamos antes. Por otra parte, se siguen realizando esfuerzos para identificar, desde el mapeamiento de la jurisprudencia, parámetros estables que puedan orientar a los actores judiciales en su relación con la diversidad

prejuicios. La edición más reciente del *Equal Treatment Bench Book*, de febrero de 2021, puede encontrarse en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/02/Equal-Treatment-Bench-Book-February-2021-1.pdf> [27.11.2021].

24 Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defence”, en Marie-Claire Foblets y Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defence*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 61-63.

25 Artículo 42.º, Nº 1, del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del 11 de mayo de 2011, aprobado en Portugal por la Resolución de la Asamblea de la República n.º 4/2013.

cultural y contribuir así a la certeza y seguridad jurídica en el uso de los argumentos culturales en los tribunales<sup>26</sup>.

La importancia de admitir la producción de pruebas culturales se explica como un correlato del respeto al principio de igualdad y a derechos fundamentales como el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la cultura, así como una forma de reforzar la confianza de los grupos minoritarios en el funcionamiento de los tribunales. Según Alison Dundes Renteln, es importante tener en cuenta que, como resultado de los procesos de socialización a los que todos estamos sometidos, la cultura condiciona nuestras percepciones y comportamientos sin que nos demos cuenta<sup>27</sup>, lo que hace necesario que los responsables judiciales sean conscientes de sus propias predisposiciones y tengan acceso a la información que explica las predisposiciones de los demás, para evitar juicios etnocéntricos y denegaciones de justicia<sup>28</sup>. Por otra parte, puede considerarse que la posibilidad de que las partes en los procedimientos judiciales aporten antecedentes culturalmente informados a sus actos o reclamaciones está cubierta por el derecho de las personas pertenecientes a minorías a tener su propia vida cultural, en virtud del artículo 27.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966<sup>29</sup>. Esta oportunidad se justifica además como indispensable para garantizar la igualdad de acceso a la justicia. Como

26 Ese es el propósito, por ejemplo, de ILENIA RUGGIU, "Il giudice antropologo e il test culturale", *Questione Giustizia*, 2015, disponible en <https://www.questionegiustizia.it/rivistaarticolon-giudice-antropologo-e-il-test-culturale> 431.php [26.11.2021]; IDEM, *Culture and the Judiciary...*, op. cit.

27 Todo ello sin perjuicio del libre albedrío, ya que los individuos pueden elegir entre una serie de comportamientos coherentes con su cultura, y de las posibilidades de aculturación. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, "A justification of the cultural defence as partial excuse", op. cit., pp. 449. En el mismo sentido, cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defense", op. cit., pp. 146-147 y 154; PATRICIA JERÓNIMO, "Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais", en Patrícia Jerónimo (org.), *Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*, Braga, EDUM, 2016, pp. 306-308.

28 Cf. ALISON DUNDES RENTELN, "Making room for culture in the court", op. cit., pp. 7-15.

29 En este sentido, véase ALISON DUNDES RENTELN, "The use and abuse of the cultural defence", op. cit., pp. 62-63.

explica Renteln, la justicia individualizada – atenta a las especificidades de cada caso – requiere que los tribunales consideren las circunstancias de los individuos en litigio y de los valores culturales en los que estos individuos se ven a sí mismos como parte de esas circunstancias<sup>30</sup>. En los procesos penales, esto no significa necesariamente la absolución del acusado, ni siquiera una reducción significativa de la pena, ya que todo dependerá de las circunstancias concretas del caso. Lo que se requiere es que los tribunales no sean indiferentes a las motivaciones culturales de los individuos a la hora de juzgar su grado de culpabilidad, al igual que no son indiferentes a otras motivaciones "culturalmente neutras" como la condición económica o la salud mental. Del mismo modo, en la jurisdicción de asuntos de familia y de menores, la consideración de los argumentos culturales está justificada (al determinar la solución que mejor salvaguarda el interés superior del menor, por ejemplo) como forma de garantizar que las partes del proceso no se vean privadas de los derechos generalmente reconocidos en la población por pertenecer a una familia o comunidad que sigue una práctica o un sistema de valores diferente al de la mayoría<sup>31</sup>. Excluir las referencias culturales de la consideración de las motivaciones de los individuos y del ejercicio de ponderación de valores que realizan los tribunales en un caso concreto, ya sea multicultural o monocultural, puede suponer, por tanto, una violación del principio de igualdad<sup>32</sup>. Al mostrar una falta de sensibilidad hacia otras culturas, el rechazo de la información cultural también puede contribuir a la huida de los grupos minoritarios hacia mecanismos alternativos de resolución de conflictos, incluidos los

30 Cf. ALISON DUNDES RENTELN, "The use and abuse of the cultural defense", op. cit., p.22

31 También en este caso, la cultura debe ser tratada por los tribunales como un factor relevante, aunque no sea el único ni el más importante, para llegar a una decisión final. A este respecto, Ayelet Shachar aboga por un enfoque que relativice los argumentos culturales, sin descartarlos como irrelevantes ni convertirlos en un factor decisivo en todos los casos. Cf. AYELET SHACHAR, "Family matters: Is there room for 'culture' in the courtroom?", en Will Kymlicka et al. (eds.), *Criminal Law & Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 120-122 y 126-134.

32 Cf. ALISON DUNDES RENTELN, "The use and abuse of the cultural defense", op. cit., p. 62; PATRICIA JERÓNIMO, "Derechos humanos y diferencias culturales en la práctica judicial", op. cit., p. 317.

tan temidos *Consejos de la Sharia*, como se ha documentado en varios estados europeos en los últimos años<sup>33</sup>.

Paradójicamente, es también por referencia al principio de igualdad y a la protección de los derechos fundamentales de las personas pertenecientes a minorías que los críticos justifican sus objeciones fundamentales a la defensa cultural y a la admisibilidad de la información cultural en los tribunales. La defensa cultural se concibió originalmente para ayudar, en particular, a los inmigrantes recién llegados a justificar un comportamiento que se consideraba lícito e incluso obligatorio en sus comunidades de origen, pero que se consideraba un delito en la sociedad de acogida. *La cultura*, en este contexto, se refería únicamente a los marcos de referencia y a las prácticas de los demás, quedando excluido desde el principio que los miembros de la cultura mayoritaria utilicen argumentos culturales y se espera que los inmigrantes ya no puedan utilizar estos argumentos una vez que hayan asimilado los valores de la sociedad de acogida. Las críticas al *orientalismo*, a la cosificación de las culturas, a la supuesta linealidad de los procesos de integración no se hicieron esperar<sup>34</sup>, junto con el temor de que las generalizaciones realizadas por los tribunales a partir del comportamiento individual de los miembros de los grupos minoritarios reforzaran los estereotipos sobre la cultura de dichos grupos<sup>35</sup>, y contribuyan a aumentar su aislamiento. Relacionado con este

33 Cf. MATHIAS ROHE, "Alternative dispute resolution in Europe...", op. cit., pp. 1-4; MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012; PATRÍCIA JERÓNIMO, "Intolerância, integração e acomodação legal das minorias islâmicas na Europa - os desafios postos à prática judicial", en Paulo Pulido Adragão et al. (eds.), *Atas do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa*, Oporto, Facultad de Derecho de la Universidad de Oporto, 2017, pp. 59-100.

34 Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defense", op. cit., pp. 130-140; DAINA C. CHIU, "The cultural defense: Beyond exclusion, assimilation, and guilty liberalism", *California Law Review*, vol. 82, 1994, p. 1101.

35 Renteln reconoce este riesgo, pero considera que no es difícil de evitar. Para ello, recomienda que los jueces, fiscales, abogados y periodistas que cubren los casos judiciales se esfuercen por dejar claro que la tradición invocada en los tribunales es sólo un aspecto de una cultura más amplia y que el hecho de que la sigan algunos miembros del grupo no significa que la sigan todos. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, "The use and abuse of the cultural defense", op. cit., p. 80; IDEM, "Making room for culture in the court", op. cit., pp. 7-15.

temor está el hecho de que la apertura de los tribunales a la presentación de información cultural contribuirá a la privación de derechos de los más vulnerables dentro de los grupos minoritarios (minorías dentro de las minorías) al dar reconocimiento oficial a la versión de la identidad cultural impuesta por los que están en el poder dentro de esos grupos, que a menudo es contraria a los derechos de las mujeres. También hay que señalar que, con la adopción de significados más amplios de la *cultura* y la defensa cultural<sup>36</sup>, existe el riesgo de que los miembros de la cultura mayoritaria - que, al fin y al cabo, también es cultura - utilicen argumentos culturales (como el racismo inducido por la cultura) para justificar actos discriminatorios o agresiones contra las minorías y las personas racializadas<sup>37</sup>.

Además de estas objeciones fundamentales, existen otras de carácter práctico relacionadas con la indeterminación del concepto de cultura, la incertidumbre sobre quién debe poder invocar argumentos culturales y cómo confirmar las supuestas detenciones, la naturaleza dinámica de las culturas y la (excesiva) dependencia de los tribunales de las pruebas periciales para confirmar la existencia de las tradiciones invocadas.

La primera dificultad estriba en determinar qué se considera cultura a efectos de una defensa cultural y de la presentación de información cultural ante los tribunales. Un posible concepto operativo de cultura es el que da la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural de 2001<sup>38</sup>, en cuyo preámbulo se define la cultura como "el conjunto de los rasgos distintivos, tanto espirituales

36 Como defiende William I. Torry con el argumento de que la cultura mayoritaria comprende subculturas (por ejemplo, bandas, cultos religiosos) con sus propios sistemas de valores y que la obediencia a estos valores puede explicar comportamientos ilícitos, de forma similar a lo que se encuentra para las culturas minoritarias. Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defence", op. cit., pp. 128, 140-144 y 152.

37 En la práctica de los tribunales estadounidenses, por ejemplo, la "cultura blanca del miedo a los jóvenes afroamericanos" se ha utilizado para justificar los asesinatos cometidos por blancos contra jóvenes negros. Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defence", op. cit., pp. 142-143.

38 Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO. El texto de la Declaración puede ser consultado en [http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration\\_cultural\\_diversity\\_ity\\_en.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_ity_en.pdf) [30.11.2021].

como materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarcan, además de las artes y las letras, los modos de vida, las formas de convivencia, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias<sup>39</sup>. La *cultura*, definida en estos términos tan amplios, puede ser difícil de distinguir a efectos judiciales de la *clase social*, ya que las motivaciones del comportamiento individual de los miembros de los grupos socialmente desfavorecidos suelen ser el resultado de una combinación de desventajas culturales y económicas, así como la posibilidad de argumentar que algunas categorías socioeconómicas tienen su propia cultura, como la "cultura del trabajador americano"<sup>40</sup>. Si todo (o casi todo) es cultura, los argumentos culturales pierden su peso específico (y por tanto su utilidad), diluyéndose o confundiendo con argumentos socioeconómicos aparentemente neutros.

Una segunda dificultad surge de la incertidumbre sobre quién debe poder invocar argumentos culturales ante los tribunales – si solo los miembros de otras culturas (y en qué medida) o también los miembros de la cultura mayoritaria – y cómo confirmar las alegaciones de las partes en el litigio. Una lectura estricta de la defensa cultural, según la cual solo podrán acceder a ella las personas (aún) no integradas en la cultura mayoritaria, plantea la cuestión de cómo calcular el nivel de integración, es decir, si sobre la base de indicadores objetivos, como la duración de la residencia en el Estado de acogida (¿en ese caso cinco, diez o más años?), o sobre la base de otros signos externos de asimilación (modos de vestir, prácticas religiosas, dominio del idioma, participación cívica y/o en el mercado laboral?)<sup>41</sup>.

39 La definición de cultura adoptada por la Comisión Europea no es muy diferente. Véase la Comunicación de la Comisión sobre una Agenda Europea para la Cultura en un Mundo en vías de Globalización, COM(2007) 242 final, de 10 de mayo de 2007. Para una discusión sistemática de los significados, el alcance y la historia de la noción de cultura, cf. MANUELA I. CUNHA, "As duas faces da cultura: Usos e sentidos de uma noção", en Humberto Martins y Jean-Yves Durand (orgs.), *Olhares e Ofícios de Antropólogos em Espanha e Portugal*, Picote, Ed. Frauga, 2015, pp. 269-291.

40 Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defence", op. cit., p. 131. Como ilustración del uso del arquetipo de la "American working class culture", Torry se refiere a un caso en el que el tribunal invocó, de oficio, este trasfondo cultural de los acusados para justificar su comportamiento misógino en el lugar de trabajo (pp. 140-141).

41 Sobre los intentos de definir estos criterios en Estados Unidos y las dificultades asociadas, véase WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defense", op. cit., pp. 132-139.

Cualquiera de estos indicadores es discutible y muy falible, dado que los procesos de integración no son lineales y que los individuos pueden estar bien integrados en la sociedad de acogida sin que, por ello, dejen de guiarse en algunos aspectos de su vida por los valores de sus culturas de origen. Reconociendo el carácter a menudo híbrido y, en cualquier caso, polifacético de las identidades individuales, no es de extrañar que los tribunales sean reacios a basarse en las identidades asumidas por las partes de un litigio, por falta de criterios objetivos (infalibles) para hacer tal determinación y por temor a que los individuos se hagan pasar por miembros de grupos a los que no pertenecen en un intento de beneficiarse de las excepciones a la ley general<sup>42</sup>.

Estas dificultades son también de esperar a la hora de determinar la veracidad de la información aportada al tribunal por las partes en relación con los valores y prácticas de los grupos culturales a los que dicen pertenecer. La comprobación del contenido de las tradiciones culturales se ve dificultada por el dinamismo de las culturas y la diversidad interna de los grupos culturales. Es muy frecuente el desacuerdo dentro de los grupos sobre el mantenimiento de determinadas normas o prácticas, así como la coexistencia en algunos casos de diferentes versiones de la tradición aceptadas como igualmente legítimas<sup>43</sup>. La consulta de los boletines oficiales de los países de origen de los inmigrantes, en la medida de lo posible, no resuelve todos los problemas, ya que a menudo existe un desfase considerable entre el derecho codificado y la práctica judicial en esos países y entre el derecho estatal y los valores y prácticas culturales seguidas por las respectivas poblaciones, tanto en el país de origen como en el de acogida<sup>44</sup>.

42 Como decir que se pertenece a la comunidad Sikh para justificar el hecho de llevar una daga en los espacios públicos, o pertenecer a la comunidad Rastafári para justificar la posesión de marihuana, por ejemplo.

43 Es el caso de la Ley Islámica (*Sharia*), cuya interpretación no es uniforme en todo el mundo musulmán, variando según la escuela de jurisprudencia islámica que se siga y el país de origen de los individuos.

44 Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, "Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais", op. cit., pp. 313-314. El estudio RELIGARE (Religious Diversity and Secular Models in Europe: Innovative Approaches to Law and Policy) detectó una falta general de información jurídica creíble sobre el contenido de las normas jurídicas extranjeras de base religiosa entre jueces, abogados y responsables políticos.

Una forma de superar estas dificultades es recurrir al testimonio experto de personas con conocimiento de las comunidades en cuestión, a recomendación de las partes y/o por iniciativa del tribunal<sup>45</sup>. Sin embargo, también aquí pueden surgir dudas, ya que no es seguro que se deba privilegiar el testimonio de los académicos al de los representantes de las comunidades cuyas tradiciones están en juego. Optar por lo primero puede ser considerado ilegítimo e incluso insultante para los miembros de la comunidad en cuestión, que se ven a sí mismos como los verdaderos expertos en sus tradiciones, mientras que optar por lo segundo supone el riesgo de que el tribunal reciba una lectura deliberadamente distorsionada de la tradición (por el interés del experto en ayudar a un vecino o conocido) o que reciba una lectura fragmentada de esa tradición (que no es representativa de lo que ocurre dentro del grupo)<sup>46</sup>. Sea cual sea el perfil del perito, sigue existiendo el temor de que los tribunales confíen excesivamente en su testimonio, tratándolo como un *deus ex machina*, un auténtico mensajero de la verdad, a pesar de que son posibles múltiples interpretaciones de una misma tradición cultural, religiosa o jurídica<sup>47</sup>.

Los estudios que han ido trazando un mapa de la jurisprudencia multicultural de los tribunales de América del Norte y Europa permiten comprender que la información cultural aparece ya en un conjunto muy amplio y variado de casos (homicidio, delitos sexuales, matrimonio, divorcio, regulación de la responsabilidad parental, inmigración y asilo,

Los tribunales y las administraciones públicas carecen a menudo de medios para interpretar las normas jurídicas extranjeras y comprender cómo se interpretan y aplican estas normas en los Estados de origen. Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS y KATIE ALIDADI (eds.), *Summary Report on the RELIGARE Project*, 2013, p. 22, disponible en <https://cordis.europa.eu/docs/rcs/results/244635/fina11-religare-final-publishable-report-nov-2013-word-version.pdf> [03.12.2021].

45 El estudio RELIGARE que acabamos de mencionar recomienda ampliar el uso de expertos que puedan ilustrar al tribunal sobre el contenido de las normas de Derecho Extranjero de carácter religioso. Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS y KATIE ALIDADI (eds.), *Summary Report...*, op. cit., p. 22.

46 Cf. PATRICIA JERÓNIMO, "Human rights and cultural difference in court practice", op. cit., pp. 315-316.

47 Cf. MIRJAM SIESLING y JEROEN TEN VOORDE, "The paradox of cultural difference in Dutch criminal law", en Marie-Claire Foblets y Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 152-153.

horarios de trabajo, escolarización obligatoria, símbolos religiosos, etc.), incluso en ausencia de disposiciones legales que autoricen o impongan expresamente su consideración y a pesar de la reticencia de muchos jueces a reconocer la relevancia de tales datos<sup>48</sup>. Esto es posible porque a menudo la información cultural no se reconoce como tal, sino que se diluye en la caracterización de las circunstancias socioeconómicas o psicológicas de las partes del proceso<sup>49</sup>. En cualquier caso, no faltan ejemplos de decisiones en las que los tribunales se ocupan directamente de la información cultural y le atribuyen relevancia en el encuadramiento de la situación sub iudice, en nombre de valores del Estado del foro, como la libertad de religión, la libertad de expresión, la igualdad de género y los derechos del niño, o por consideraciones estrictamente pragmáticas, como no perturbar relaciones ya constituidas y estabilizadas y evitar situaciones de limbo jurídico<sup>50</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la atribución de efectos jurídicos a los matrimonios polígamos para garantizar el acceso de las segundas esposas y de sus hijos menores a las prestaciones sociales, que encontramos en las decisiones de los tribunales alemanes y franceses<sup>51</sup>; con el tratamiento del instituto islámico de la *kafala* como equivalente a la adopción a efectos de reagrupación familiar que se encuentra en las decisiones de los tribunales italianos<sup>52</sup>; con

48 Cf. WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defence", op. cit., pp. 129-137.

49 Emblemático de esta difuminación de las diferencias culturales es el muy comentado caso *People v. Kimura*, resuelto por el Tribunal de Distrito de Los Ángeles en 1985, en el que se juzgó a una inmigrante japonesa que, tras descubrir la infidelidad de su marido, intentó suicidarse ahogándose junto con sus dos hijos pequeños (que, al contrario que la acusada, no sobrevivieron). Aunque el Tribunal se negó a permitir la presentación de pruebas culturales, no parece haber duda de que la determinación del estado psicológico de la acusada tuvo en cuenta la tradición japonesa *oyako-shinju* (suicidio de los padres con asesinato de los hijos), lo que llevó a la conclusión de que se trataba de un caso de locura temporal que merecía una reducción de la pcna. Véase WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defense", op. cit., pp. 136-137.

50 Cf. ELISA GIUNCHI, "Muslim family law and legal practice in the West: An introduction", en Elisa Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres y Nueva York, Routledge, 2014, p. 10.

51 Cf. PASCALE FOURNIER, "The reception of Muslim family laws in western liberal states", *Women Living under Muslim Law*, dossier 27, 2005, pp. 68-72.

52 Cf. PATRICIA JERÓNIMO y NADINE FINCH, *Judicial Implementation of Article 3 of the CRC in Europe*, Bruselas, Oficina Regional para Europa del ACNUDH y UNICEF, 2012, pp. 54-55.

el reconocimiento de efectos legales a los acuerdos de dote (*mahr*) para salvaguardar el derecho de las mujeres musulmanas a una compensación económica en caso de divorcio que se encuentra en las decisiones de los tribunales alemanes y suecos<sup>53</sup>.

También está claro que los tribunales recurren con cierta regularidad al testimonio de expertos, incluidos académicos, líderes religiosos y representantes de la comunidad<sup>54</sup>, y que algunas jurisdicciones nacionales, como Canadá y Estados Unidos, ya aplican pruebas culturales desarrolladas por los tribunales para determinar la idoneidad y la fiabilidad de la información facilitada en los tribunales<sup>55</sup>. En cualquier caso, la valorización de la información cultural no siempre favorece a las personas pertenecientes a minorías. Basta pensar, por ejemplo, en la forma en que los tribunales alemanes y holandeses han estado utilizando el origen cultural de los acusados turcos como indicador de primitivismo y propensión criminal al juzgar los homicidios de honor<sup>56</sup>. O en la muy comentada decisión del Tribunal de Familia de Frankfurt, que en 2007 invocó directamente un precepto del Corán para rechazar la solicitud de tramitación urgente del divorcio de una pareja marroquí, por considerar que la violencia física que denunciaba la demandante era común en la cultura de origen de los cónyuges y encajaba perfectamente con el mandamiento coránico de amonestar regularmente a las esposas por parte de sus maridos<sup>57</sup>.

53 Cf. PASCALE FOURNIER, "The reception of Muslim family laws...", op. cit., p. 72; MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, "Cross-border family cases and religious diversity: What can judges do?", *Documento de trabajo de RELIGARE*, n.º 10, 2013, pp. 16-19.

54 WILLIAM I. TORRY, "Multicultural jurisprudence and the culture defense", op. cit., p. 134; PATRICIA JERÓNIMO, "Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais", op. cit., pp. 315-316 y 320-324.

55 Cf. ILENIA RUGGIU, "Il giudice antropologo e il test culturale", op. cit., pp. 11-12.

56 Aunque no siempre como circunstancia agravante, a pesar de la tendencia dominante en los últimos años ser la de aumentar la pena. Cf. SYLVIA MAIER, "Honor killings and the cultural defense in Germany", en Marie-Claire Foblets y Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 229-244; MIRJAM SIESLING y JEROEN TEN VOORDE, "The paradox of cultural difference...", op. cit., pp. 164-167.

57 Cf. MATHIAS ROHE, "Shari'a in a European context", en Ralph Grillo et al. (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 93.

El panorama que ofrecen los estudios disponibles es incompleto e impresionista, pero permite vislumbrar una jurisprudencia un tanto errónea, proclive a soluciones ad hoc y a fundamentos muy diversos, con grandes variaciones dentro de un mismo ordenamiento jurídico. El principio de igualdad y los derechos fundamentales figuran aquí como un "arma paradójica"<sup>58</sup>, en la medida en que se utilizan tanto para justificar la admisibilidad de la información cultural en el tribunal y su relevancia para la decisión final (en beneficio o en detrimento de las partes del procedimiento), como para rechazar de plano tal posibilidad. La respuesta de los tribunales depende en gran medida de la sensibilidad de cada juez, lo que hace difícil predecir el desarrollo de la jurisprudencia multicultural.

### 3. Marco jurídico de referencia

Como hemos visto, la defensa de la relevancia de la información cultural para la práctica judicial se ha basado en el principio de igualdad y en derechos fundamentales de larga tradición liberal, como la libertad religiosa y las garantías procesales, pero también en los derechos de las minorías (nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas), cuyo apoyo en el Derecho Internacional de los derechos humanos y en las constituciones de los Estados de Derecho occidentales está menos consolidado. En este apartado, hacemos un breve repaso del marco jurídico aplicable, tomando como referencia el ordenamiento jurídico portugués y centrándonos, en aras de la brevedad, en las disposiciones de Derecho Internacional e interno que están más directamente relacionadas con la tensión entre el principio de igualdad y la protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías, un aspecto central en la discusión de los retos asociados a la práctica judicial en contextos multiculturales.

El principio de igualdad ante la ley – con la correlativa prohibición de discriminación por motivos de raza, lengua y religión – está consagrado en el artículo 13 de la Constitución de la República Portuguesa (CRP) y, con mínimas variaciones de redacción, en todos los tratados internacionales de

58 Nos remitimos a la expresión usada por ROGER BALLARD et al., "Legal practice and cultural diversity: Introduction", en Ralph Grillo et al. (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimp., Farnham, Ashgate, 2011, p. 6.

derechos humanos de los que Portugal es parte. Su significado inmediato es inconfundible. A efectos del presente análisis, bastará con considerar dos aspectos, relacionados entre sí:

- (a) la igualdad de trato en situaciones significativamente diferentes puede constituir una discriminación indirecta<sup>59</sup>; y
- (b) el principio de igualdad puede requerir diferencias de trato para compensar las desigualdades de hecho y garantizar la igualdad sustantiva<sup>60</sup>.

Encontramos el concepto de discriminación indirecta, por ejemplo, en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato entre las personas, sin distinción de su origen racial o étnico<sup>61</sup>, y en el caso *Thlimmenos c. Grecia*, 2000, donde, por primera vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció que el derecho a no ser discriminado también se viola cuando los Estados, sin justificación objetiva y razonable, no tratan de forma diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente distintas<sup>62</sup>. El concepto

59 Cf. Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handbook on European Non-Discrimination Law*, 2011, p. 29.

60 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (Artigos 1.º a 107.º), vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 340-342; JORGE MIRANDA y RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo 1, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 232-233.

61 De acuerdo con la letra b) del apartado 2 del artículo 2.º de la Directiva, se considera que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a las personas de origen racial o étnico en una situación de especial desventaja con respecto a las demás personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

62 *Thlimmenos c. Grecia*, n.º 34369/97, 6 de abril de 2000. El demandante, Testigo de Jehová, había sido condenado por insubordinación a raíz de su negativa a vestir el uniforme militar por motivos religiosos y esta condena había sido utilizada por las autoridades griegas como argumento para denegarle el nombramiento de contable. Ante el TEDH, el demandante había alegado que era discriminado por el hecho de que la legislación griega se aplicaba indistintamente a las personas condenadas por delitos motivados por convicciones religiosas y a las personas condenadas por otros delitos. El TEDH consideró que no había motivos objetivos y razonables para no

de “diferenciación legítima” tiene una tradición más larga, estando ya presente en el artículo 1.º, n.º 4, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, que excluye del concepto de discriminación racial las medidas especiales de carácter temporal adoptadas con el único fin de asegurar el progreso de determinados grupos raciales o étnicos o de individuos desfavorecidos<sup>63</sup>. En su Observación General n.º 18 de 1989 sobre la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló en términos más generales que el principio de igualdad puede exigir a los Estados que adopten medidas positivas para eliminar las causas de la discriminación, incluido, para determinados sectores, el trato preferente de algunos grupos sobre el resto de la población<sup>64</sup>. En la jurisprudencia del TEDH se ha establecido desde hace tiempo que el artículo 14.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 1950<sup>65</sup>, no prohíbe a los Estados tratar de forma diferente a distintos grupos si es para corregir las “desigualdades de hecho” entre dichos grupos<sup>66</sup>. La posibilidad de adoptar medidas especiales

tratar al demandante de forma diferente a otras personas condenadas por delitos graves y constató una violación del artículo 14.º del Convenio, tomado conjuntamente con el artículo 9.º. Véase PATRÍCIA JERÓNIMO y INÉS GRANJA, “Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas”, en Paulo Pinto de Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. 3, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, p. 2982.

63 Aprobado para la adhesión del Estado portugués por la Ley n.º 7/82, de 29 de abril. La redacción del artículo 1.º, n.º 4, dice lo siguiente: “No se considerarán medidas de discriminación racial las medidas especiales adoptadas con el único fin de asegurar el progreso de determinados grupos raciales o étnicos o de individuos que requieran la protección necesaria para garantizarles el goce y el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en condiciones de igualdad, siempre que no tengan por efecto el mantenimiento de derechos diferenciados para los distintos grupos raciales y que no se mantengan en vigor en cuanto se alcancen los objetivos que persiguen”.

64 *CCPR General Comment No. 18: No Discrimination*, 10 de noviembre de 1989, § 10. Más adelante en el texto, el Comité reitera que las diferenciaciones de trato no constituyen discriminación, siempre que los criterios de diferenciación sean razonables y objetivos y que el fin perseguido sea legítimo en virtud del PIDCP (§ 13).

65 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, aprobado para su ratificación por el Estado portugués mediante la Ley n.º 65/78, de 13 de octubre.

66 Para una recapitulación de la jurisprudencia del TEDH sobre la igualdad, véase *D.H. y otros c. República Checa*, n.º 57325/00, 13 de noviembre de 2007.

de carácter temporal para garantizar la igualdad plena y efectiva de las personas pertenecientes a minorías nacionales se admite expresamente en el artículo 4.º, n.º 2, del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995<sup>67</sup>. En el Derecho de la Unión Europea, el artículo 5.º de la Directiva 2000/43/CE, bajo el epígrafe “acción positiva”, también acepta que, con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas vinculadas al origen racial o étnico.

Aunque, por regla general, estas “medidas especiales” se establecen en la legislación, el deber de garantizar la igualdad sustantiva también se aplica a los tribunales y les obliga a tener en cuenta las necesidades especiales o las vulnerabilidades de las partes en el proceso, incluidas las derivadas de su origen racial y étnico, su condición de extranjeros, etc. Según un estudio promovido por el Parlamento Europeo en 2013, los tribunales están a menudo mejor situados que el poder legislativo para encontrar soluciones de ajuste razonable entre las necesidades de los grupos minoritarios y otros intereses en competencia sobre una base estrictamente casuística<sup>68</sup>. En la jurisprudencia del TEDH encontramos indicios de que esa adaptación es deseable, por ejemplo en *Muñoz Díaz c. España*, de 2009<sup>69</sup>, donde el TEDH censuró a las autoridades españolas por ignorar las especificidades de la etnia gitana<sup>70</sup> cuando se negaron a reconocer un matrimonio contraído

67 Aprobado para su ratificación por el Estado portugués mediante la Resolución de la Asamblea de la República n.º 42/2001. El enunciado del artículo 4.º, n.º 2, es el siguiente: “Las Partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, las medidas adecuadas para promover, en todos los ámbitos de la vida económica, social, política y cultural, la igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. Para ello, las Partes tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales”. El apartado n.º 3 del mismo artículo añade que las medidas adoptadas en virtud del apartado n.º 2 no se considerarán un acto de discriminación.

68 Cf. AAVV, *Religious Practice and Observance in the EU Member States*, European Parliament Directorate General for Internal Policies, Policy Department C Citizen's Rights and Constitutional Affairs, 2013, p. 19.

69 *Muñoz Díaz c. España*, n.º 49151/07, de 8 de diciembre de 2009, §§ 60-71.

70 Cabe señalar que, en este trabajo, utilizamos la denominación étnica *gitano* porque corresponde, en Portugal, a la autoidentificación de los miembros de las comunidades

de buena fe según la tradición gitana y denegaron a la demandante la pensión de viudedad a la que habría tenido derecho, y en *B.S. c. España*, de 2012<sup>71</sup>, donde el TEDH sostuvo que los tribunales españoles deberían haber tenido en cuenta la especial vulnerabilidad de la demandante, dada su condición de “mujer africana que ejerce la prostitución”, y haber tomado todas las medidas a su alcance para comprobar si había existido o no una actitud discriminatoria por parte de los agentes de policía que la habían interpelado/agredido.

En materia de acceso a la justicia, el principio de igualdad exige que los tribunales sean imparciales, lo que se traduce, entre otras cosas, en el deber de los jueces de no permitir que sus decisiones se vean influenciadas por inclinaciones o prejuicios personales, como señaló el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 32, de 2007<sup>72</sup>. Los valores de imparcialidad e igualdad ocupan un lugar destacado en los Principios de Bangalore para la Conducta Judicial, adoptados en 2002 bajo los auspicios de las Naciones Unidas. El Memorándum Explicativo de los Principios de Bangalore, elaborado en 2006<sup>73</sup>, incluye un gran número de recomendaciones sobre la conducta de los jueces en contextos multiculturales, entre las que destacan las siguientes:

así designadas. Allí, en la Península Ibérica, el término gitano no tiene, en sí mismo, una carga ofensiva equivalente a la observada en otros países y que llevó a varias organizaciones internacionales a adoptar el término romaní. Sobre el tema, véase MICOL BRAZZABENI y otros, “Introduction: Gypsy economy”, en Micol Brazzabeni et al. (orgs), *Gypsy Economy: Romani Livelihoods and Notions of Worth in the 21st Century*, Oxford y Nueva York, Berghan Books, 2016, pp. 1-30.

71 *B.S. contra España*, n.º 47159/08, de 24 de julio de 2012, § 62.

72 *CPR General Comment No. 32 Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, § 21. El Comité señaló además que la igualdad de acceso a la justicia también se ve afectada si el tribunal tolera actitudes racistas por parte de los miembros del jurado o permite que los jurados se constituyan sobre la base de estereotipos raciales (§ 25); un punto que se extiende a la tolerancia de los tribunales con respecto a las actitudes racistas de los fiscales, abogados, funcionarios judiciales y testigos.

73 Publicado, en Portugal, por el Centro de Estudos Judiciários – *Comentário aos Princípios de Bangalore para a Conduta Judicial (traduzido para português europeu)*, 2021, disponible en: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursosiebooks/outros/eb\\_BangalorePrinciples.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursosiebooks/outros/eb_BangalorePrinciples.pdf) [04.12.2021]

- (a) los jueces deben estar familiarizados con los instrumentos internacionales globales y regionales que prohíben la discriminación contra los grupos vulnerables de la comunidad, incluyendo la CERD y la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992 (§ 183);
- (b) los jueces deben evitar los estereotipos, ya que lo contrario compromete su imparcialidad real o percibida, aunque lleguen a resultados correctos (§ 184);
- (c) los jueces deben esforzarse por reconocer sus prejuicios, mostrar sensibilidad y corregir estas actitudes (§ 184);
- (d) los jueces deben reconocer la diversidad cultural, racial y religiosa de la sociedad y familiarizarse con ella, y tratar de mantenerse informados, por los medios adecuados, sobre los cambios de actitudes y valores en la sociedad, aprovechando las oportunidades de formación que les ayuden a ser, y parecer, imparciales (§ 186);
- (e) los jueces deben tener especial cuidado de que sus comentarios no tengan un matiz racista y no ofendan, ni siquiera inadvertidamente, a los grupos minoritarios de la comunidad (§ 187); y
- (f) los jueces marcan la pauta y crean el entorno para un juicio justo en su tribunal y deben garantizar que todas las personas que se encuentren en el tribunal estén protegidas de cualquier manifestación de parcialidad por motivos de raza, religión u otros motivos irrelevantes, incluso por parte de los abogados y funcionarios (§§ 189-191).

En la jurisprudencia del TEDH se han hecho varios llamamientos para que los tribunales nacionales sean cuidadosos en su lenguaje para no reproducir estereotipos negativos<sup>74</sup>, aunque el propio TEDH no está libre de reproches,

74 Aunque se trate de estereotipos de género, y no de raza, cabe mencionar a este respecto la reciente sentencia *J.L. c. Italia*, n.º 5671/16, de 27 de mayo de 2021, en la que se constata una violación del derecho a la intimidad, protegido por el artículo 8.º del

por las imágenes estereotipadas que se encuentran, por ejemplo, en sus decisiones sobre el velo islámico<sup>75</sup>. La imparcialidad de los tribunales viene exigida por el derecho a un juicio justo consagrado en el artículo 6.º del CEDH e implica la ausencia de prejuicios o inclinaciones, lo que puede evaluarse, caso por caso, bien mediante una prueba subjetiva, centrada en las opiniones e intereses personales del juez, o bien mediante una prueba objetiva, valorando si existen pruebas que den lugar a una duda razonable sobre la imparcialidad del tribunal<sup>76</sup>. El riesgo de que los tribunales no sean imparciales debido a un sesgo racista fue considerado por el TEDH en los casos *Remli c. Francia*, 1996<sup>77</sup>, *Gregory c. el Reino Unido*, 1997<sup>78</sup>, y *Sander*

CEDH, como consecuencia de la reproducción de estereotipos sexistas por parte del Tribunal de Apelación de Florencia en sus referencias al color de la lencería usada por la demandante la noche en que fue violada, a su bisexualidad y a sus relaciones sentimentales anteriores a la fecha de los hechos. Sobre los esfuerzos realizados por el TEDH para identificar y deconstruir los estereotipos, véase MILAN BRGLEZ et al., "Stereotyping and human rights law: An (un)conventional approach of the European Court of Human Rights", *Teoria in Praksa*, vol. 53, n.º 5, 2016, pp. 1124-1134.

75 Véase, a modo de ejemplo, las sentencias *Dablab c. Suiza*, n.º 42393/98, de 15 de febrero de 2001, y *Leyla Şahin c. Turquía*, n.º 44774/98, de 10 de noviembre de 2005. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, "Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: A censura do 'Islão visível' – os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", en Paulo Pulido Adragão (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 85-130.

76 Para un resumen de la posición del TEDH a este respecto, véase, por ejemplo, la sentencia *Vardanyan y Nanushyan c. Armenia*, n.º 8001/07, de 27 de octubre de 2016, §§ 74-76. En este caso, en el que constató una violación del artículo 6.º, el TEDH consideró inaplicable la prueba subjetiva, ya que nada indicaba que el juez nacional tuviera alguna predisposición contra el demandante, pero, aplicando la prueba objetiva, concluyó que el lenguaje adoptado por el juez al instar al demandante a firmar un acuerdo amistoso era claramente capaz de dar lugar a un temor legítimo por parte del demandante de que la negativa a aceptar el acuerdo tendría implicaciones negativas para el examen de su caso por parte del tribunal (§§ 80-83).

77 *Remli c. Francia*, n.º 16839/90, de 23 de abril de 1996. En este caso, un tribunal francés compuesto por jueces profesionales y jueces legos (*cour d'assises*) se negó a confirmar la veracidad de una alegación según la cual uno de los jueces legos había sido escuchado en una conversación extrajudicial denunciándose como racista. El TEDH consideró que esta negativa constituía una violación del artículo 6.º n.º 1, del CEDH, ya que exige que los tribunales certifiquen que cumplen las condiciones para ser imparciales (§ 48).

78 *Gregory c. el Reino Unido*, n.º 22299/93, de 25 de febrero de 1997. En este caso, el juez nacional había recibido una nota escrita del jurado en la que se indicaba que la

c. *el Reino Unido*, 2000<sup>79</sup>, casos que no se referían a la posible parcialidad de los jueces profesionales, pero en los que fue decisiva la sensibilidad mostrada por los jueces al responder a las alegaciones de que los jurados legos y los miembros del jurado habían expresado opiniones racistas. En *Moldovan y otros c. Rumanía*, 2005<sup>80</sup>, el TEDH abordó el trato dado por los tribunales rumanos a las personas de etnia gitana víctimas de ataques racistas y consideró que el lenguaje utilizado por los jueces (con reiterados comentarios discriminatorios), la excesiva duración de los procedimientos y la reticencia de los tribunales a conceder una indemnización por daños materiales y morales, que se basaba claramente en el origen étnico de las víctimas, constituía una violación del artículo 14.º (prohibición de discriminación), en relación con los artículos 6.º y 8.º del CEDH<sup>81</sup>. En el caso *Budinova y Chaprazov c. Bulgaria*, 2021<sup>82</sup>, el TEDH consideró

discusión del jurado estaba tomando un cariz racista y que un miembro del jurado debía ser retirado, pero decidió seguir adelante con la deliberación tras consultar con los abogados de la acusación y de la defensa y dar instrucciones al jurado para que se ciñera a las pruebas presentadas y no se dejará influir por otras consideraciones. El TEDH sostuvo que no se le exigía más al juez nacional y, por tanto, concluyó que no se había violado el artículo 6.º del CEDH (§§ 46-48).

- 79 *Sander c. el Reino Unido*, n.º 34129/96, 9 de mayo de 2000. Los hechos del caso son similares a los de *Gregory*, tanto en la comunicación por parte de un miembro del jurado del contenido racista de las declaraciones realizadas por otros miembros del jurado como en la decisión del juez de continuar el juicio tras escuchar a los abogados de la acusación y de la defensa e instruir al jurado sobre sus obligaciones. Aquí, sin embargo, el TEDH consideró que se había violado el artículo 6.º del CEDH, al estimar que las instrucciones dadas por el juez, por muy asertivas que fueran, probablemente no harían que nadie dejara de pensar en términos racistas de la noche a la mañana y, en el presente caso, no habían sido suficientes para disipar una duda razonable de falta de imparcialidad por parte del tribunal, teniendo en cuenta, en particular, que uno de los miembros del jurado había admitido haber hecho chistes racistas (§§ 29-35).
- 80 *Moldovan y otros c. Rumanía*, n.ºs 41138/98 e 64320/01, de 12 de julio de 2005, §§ 139-140.
- 81 Un caso similar, resuelto en 2010, se refería al trato que los tribunales búlgaros daban a los acusados de etnia romaní. El TEDH consideró que se había violado el artículo 14.º, en relación con el artículo 6.º, porque los tribunales búlgaros habían tratado al acusado de forma discriminatoria, como se desprende del hecho de que invocaran explícitamente el origen étnico del acusado para justificar que se optara por la prisión efectiva en lugar de la suspensión de la pena. *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*, n.º 37193/07, 25 de marzo de 2010, §§ 38-46.
- 82 *Budinova y Chaprazov c. Bulgaria*, n.º 12567/13, de 16 de febrero de 2021, §§ 50, 64-68, 93-98. El mismo día, el TEDH emitió una segunda decisión contra Bulgaria,

que se había violado el artículo 8.º, en relación con el artículo 14.º, ya que los tribunales habían restado importancia a las declaraciones altamente estigmatizadoras realizadas por un político contra la etnia gitana y habían realizado una ponderación inadecuada de la libertad de expresión de los primeros frente al derecho de los segundos al respeto de su vida privada (en este caso como sinónimo de autoestima e integridad moral). Aunque los términos en los que los tribunales búlgaros fundamentaron sus decisiones - por ejemplo, insistiendo en que el político se había limitado a defender la aplicación igualitaria de la ley - suscitaron muchas dudas sobre su imparcialidad, el TEDH consideró innecesario examinar el caso en virtud del artículo 6.º del CEDH.

En la legislación portuguesa, el deber de imparcialidad está expresamente recogido en el Estatuto de los Magistrados Judiciales<sup>83</sup> y en el Código de Conducta adoptado por el Consejo Superior del Poder Judicial<sup>84</sup>. De acuerdo con el artículo 6.º-C del Estatuto, en el ejercicio de sus funciones, los magistrados judiciales deben actuar con imparcialidad, asegurando a todos un trato igualitario e imparcial en relación con los intereses privados y públicos que deben resolver. El artículo 5.º del Código reitera esta idea, añadiendo que los magistrados deben activar los mecanismos previstos en la ley en situaciones que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad y deben abstenerse de participar en actividades extrajudiciales que puedan poner en peligro su imparcialidad o socavar la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus decisiones. Tanto el Estatuto como el Código establecen otros deberes cuyo cumplimiento está directamente relacionado con la garantía de que los tribunales sean percibidos como imparciales. Es el caso, en primer lugar, del deber de cortesía, previsto en los artículos 7.º-D del Estatuto y 7.º del Código, que exige a los jueces

basada en hechos y argumentos muy similares, incluida la autoría de las declaraciones estigmatizantes, aunque en este caso el contenido de las declaraciones era antisemita y los demandantes no invocaron una violación del artículo 6.º. *Behar y Gutman c. Bulgaria*, n.º 29335/13, de 16 de febrero de 2021.

- 83 Aprobado por la Ley n.º 21/85, de 30 de julio, en la versión dada por la Ley n.º 2/2020, de 31 de marzo.
- 84 Aprobado por el Consejo Superior de la Magistratura en sesión plenaria el 23 de junio de 2020, disponible en <https://www.csm.org.pt/iwp-content/uploads/2020/07/c%C3%B3digo-de-conduta.pdf> [05.12.2021].

un trato correcto y respetuoso con todos los intervinientes en el proceso, procurando activamente que, a lo largo del mismo, dicho comportamiento sea adoptado por todos, y del deber de humanismo, previsto en el artículo 8.º, que insta a los jueces a comprometerse activamente por respetar y hacer respetar la dignidad de todos los ciudadanos, sin discriminación alguna, especialmente por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, educación, situación económica, condición social u orientación sexual. También hay que hacer referencia al hecho de que, en virtud de la Ley n.º 2/2008, de 14 enero<sup>85</sup>, la formación inicial de los magistrados debe promover “la comprensión del conflicto social y la multiculturalidad, desde una perspectiva pluralista, en consonancia con la profundización de los derechos fundamentales” [artículo 34.º, n.º 2, apartado c)].

También en lo que respecta a la igualdad de acceso a la justicia, cabe señalar que una expresión práctica de este derecho que es directamente relevante para los contextos multilingües es la garantía del derecho a la asistencia gratuita de un intérprete en los procesos penales, para quienes no hablan o no entienden la lengua del proceso, prevista en el artículo 14.º, n.º 3, apartado f), del PIDCP, el artículo 6.º, n.º 3, apartado e) del CEDH, y la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales<sup>86</sup>. En la legislación portuguesa, la asistencia de un intérprete está prevista en los artículos 92.º y 93.º del Código Del Proceso Penal<sup>87</sup> y en el artículo 17.º, n.º 3, de la Ley n.º 65/2003, de 23 de agosto, por la que se aprueba el régimen jurídico de la orden de detención europea<sup>88</sup>.

85 En la versión dada por la Ley n.º 21/2020, de 2 de julio.

86 Sobre el tema, véase PATRÍCIA JERÓNIMO, “A Directiva 2010/64/UE e a garantia de uma assistência linguística de qualidade em processo penal: Implicações para a ordem jurídica portuguesa”, en Mario Ferreira Monte et al. (eds.), *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 527-564.

87 Aprobado por el Decreto-Ley n.º 78/87, de 17 de febrero; redacción actual dada por la Ley n.º 57/2021, de 16 de agosto.

88 En cumplimiento de la Decisión Marco del Consejo n.º 2002/584/JAI, de 13 de junio.

Para las situaciones pluriculturales, como hemos visto, se ha defendido la posibilidad de hacer valer los argumentos culturales ante los tribunales haciendo referencia a las disposiciones del artículo 27.º del PIDCP, que establece que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías, el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1990<sup>89</sup> contiene una disposición idéntica en el artículo 30.º, con la diferencia de que se añade la referencia a “personas de origen indígena”. Además, reconoce la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño (texto del preámbulo) y admite explícitamente la “*kafala* del Derecho Islámico” como forma de protección alternativa para los niños privados temporal o definitivamente de su entorno familiar (artículo 20.º, n.º 3). En el Consejo de Europa, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales establece, en una línea similar, que los Estados deben promover “las condiciones adecuadas para que las personas pertenecientes a minorías nacionales puedan conservar y desarrollar su cultura y preservar los elementos esenciales de su identidad, que son su religión, su lengua, sus tradiciones y su patrimonio cultural” (artículo 5.º, n.º 1).

Cualquiera de estos preceptos no llega a reconocer explícitamente un derecho subjetivo a la cultura o a la identidad cultural de los grupos minoritarios y/o de sus miembros, lo que no sorprende si se toma en cuenta la reticencia que tienen los Estados en encarar la asunción de compromisos internacionales en materia de protección de los derechos de las minorías<sup>90</sup>. La redacción sesgada del artículo 27.º del PIDCP – con

89 Aprobado para su ratificación por el Estado portugués mediante la Resolución de la Asamblea de la República n.º 20/90.

90 Esta reticencia queda ampliamente demostrada por las reservas y declaraciones adjuntas a los instrumentos de ratificación del PIDCP y del Convenio Marco relativas a la definición de minoría, por el hecho de que todavía no ha sido posible adoptar un instrumento vinculante sobre el tema en el ámbito de las Naciones Unidas y por la oposición de los Estados miembros del Consejo de Europa a tratar el tema en forma de protocolo adicional al CEDH. Sobre este tema, véase PATRÍCIA JERÓNIMO y INÈS GRANJA, “Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas”, op. cit., pp. 2969-2978.

dependencia de la verificación de la presencia de minorías y el enunciado de “no se privará”<sup>91</sup> – ha proporcionado a los Estados una buena excusa para no considerar el artículo 27.º como la fuente de un derecho autónomo<sup>92</sup> y para interpretarlo como un mero correlato de otras disposiciones del PIDCP, incluyendo el artículo 1.º, que consagra el derecho de los pueblos a la autodeterminación, y el artículo 26.º, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley<sup>93</sup>. Para evitar equívocos, el Comité de Derechos Humanos ha aclarado que el artículo 27.º establece un derecho distinto de otros derechos consagrados en el PIDCP y que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para protegerlo<sup>94</sup>. Estas medidas positivas pueden incluir “medidas especiales” destinadas a proteger la identidad y la supervivencia de los grupos minoritarios como grupos, ya que de ello depende la capacidad de los miembros de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas para disfrutar y desarrollar su cultura y su lengua y practicar su religión. El Comité resalta que estas medidas no deben crear situaciones discriminatorias contrarias a las disposiciones de los artículos 2.º, n.º 1, y 26.º del PIDCP, pero reconoce que si las medidas

91 Una fórmula directa, pero sin fuerza jurídica vinculante, fue la adoptada por las Naciones Unidas en la Declaración sobre los Derechos de las Personas que Pertenecen a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Culturales. El artículo 2.º, n.º 1, dice: “Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas [tienen] derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencias ni discriminaciones de ningún tipo”. *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, A/RES/47/135, 18 de diciembre de 1992 (interpolación nuestra).

92 Cabe señalar, a este respecto, que la lista de derechos humanos que figura en el texto de presentación del PIDCP en la página web del Departamento de Cooperación Judicial y Relaciones Internacionales del Ministerio Público no incluye el artículo 27.º. Información disponible en <https://gddc.ministeriopublico.pt/factipacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos-pidcp-conteudo> [05.12.2021]. Sobre los límites del alcance del artículo 27.º del PIDCP, véase PATRÍCIA JERÓNIMO y INÊS GRANJA, “Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas”, op. cit., p. 2973.

93 Lo que han hecho muchos Estados, como comentó el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 23, de 1994, sobre los derechos de las minorías. *CCPR General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, de 26 de abril de 1994, § 2.

94 *CCPR General Comment No. 23 (Art. 27)*, cit., §§ 1, 6.1 y 9.

tienen por objeto corregir las condiciones que impiden o dificultan el disfrute y el ejercicio del derecho protegido por el artículo 27.º y se basan en criterios objetivos y razonables, la diferenciación será legítima<sup>95</sup>. Algo parecido, por tanto, a lo que veíamos antes respecto a la densificación del principio de igualdad. El Comité también deja claro que el derecho previsto en el artículo 27.º se suma (sin sustituirlos) a los demás derechos reconocidos por el PIDCP a las personas pertenecientes a minorías como seres humanos<sup>96</sup>. Lo que no hace el Comité es ofrecer una definición de *minoría* – punto que dejan abierto todos los instrumentos internacionales sobre la materia<sup>97</sup> – aunque tiene el mérito de eliminar expresamente la posibilidad de que los Estados utilicen la nacionalidad y la residencia permanente como criterios para verificar la existencia de minorías en sus territorios; en contra de los deseos de muchos Estados<sup>98</sup>.

95 *CCPR General Comment No. 23 (Art. 27)*, cit., §§ 6.2 y 9.

96 *CCPR General Comment No. 23 (Art. 27)*, cit., § 1.

97 No hay consenso en el mundo académico ni entre los dirigentes políticos, por lo que han optado por no oficializar cualquier definición de minoría que pueda ser inadecuada para las circunstancias específicas de algunos Estados, teniendo en cuenta la gran variedad de contextos nacionales. Ha habido algunos intentos de alcanzar acuerdo sobre una definición, pero todos han fracasado. Un ejemplo es la propuesta de protocolo adicional al CEDH sobre los derechos de las minorías, que fue presentada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1993. En dicha propuesta, se entiende por minoría nacional cualquier grupo de personas presente en un Estado, siempre que: (a) sean residentes en el territorio del Estado y posean la nacionalidad de dicho Estado; (b) mantengan vínculos largos, firmes y duraderos con el Estado; (c) presenten características étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas distintivas; (d) sean suficientemente representativos, aunque sean menos numerosos que el resto de la población del Estado o de la región del Estado; y (e) estén motivados por la preocupación de preservar juntos su identidad común, incluyendo su cultura, tradiciones, religión o lengua. Véase PATRÍCIA JERÓNIMO y INÊS GRANJA, “Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas”, op. cit., pp. 2974-2975.

98 *CCPR General Comment No. 23 (Art. 27)*, cit., §§ 5.1-5.2. El requisito de que los miembros del grupo sean nacionales del Estado es comúnmente utilizado para substraer a la definición de *minoría* las “nuevas minorías” formadas a partir de la inmigración. La posición del Comité de Derechos Humanos sobre esta cuestión ha sido seguida por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Minorías, aunque este último admite que los grupos más antiguos tendrán derechos más fuertes que los grupos recién llegados. El Comité Consultivo del Consejo de Europa, que vela por el cumplimiento del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, ha adoptado el mismo punto de vista, considerando que no tiene sentido rechazar de plano la aplicación del Convenio Marco a las nuevas minorías y recomendando una

Portugal, por ejemplo, ha mantenido ante los organismos internacionales de supervisión el entendimiento de que las comunidades formadas por la inmigración no encajan en la definición de minorías étnicas, a efectos del artículo 27.º del PIDCP, ni en la definición de *minorías nacionales*, a efectos del Convenio Marco del Consejo de Europa. En los informes presentados al Comité de Derechos Humanos, las autoridades portuguesas no se enredan en minucias conceptuales – como hacen en otros lugares – pero la sección sobre la aplicación del artículo 27.º del PIDCP, cuando aparece en el informe<sup>99</sup>, trata casi exclusivamente de las medidas destinadas a la integración de las comunidades gitanas, con referencias ocasionales a la protección del “dialeto Mirandés”<sup>100</sup>. Ante el Comité Consultivo que vela por el cumplimiento del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, las autoridades portuguesas siempre han mantenido que no existen minorías nacionales en Portugal, lo que explican con el argumento de que el ordenamiento jurídico portugués se basa en una “concepción cívica de nación” (que lógicamente impide el reconocimiento de tales minorías) y que, como la mayoría de sus socios del Consejo de Europa, no consideran que el Convenio Marco sea aplicable a las comunidades formadas por la inmigración<sup>101</sup>. Las autoridades portuguesas reconocen la existencia de “minorías sociales de hecho” en Portugal, es decir, minorías

revisión artículo por artículo del Convenio Marco. Véase PATRÍCIA JERÓNIMO y INÉS GRANJA, “Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas”, op. cit., pp. 2974-2976.

99 Esto no ocurre en el último informe presentado por el Estado portugués, en 2018, que se estructura a partir de las observaciones realizadas por el Comité al informe anterior y aborda las cuestiones relacionadas con las comunidades gitanas desde la perspectiva de la lucha contra la discriminación y no del artículo 27.º. Este informe y los dos anteriores, de 2011 y 2002 (pero no los de 1981 y 1989), están disponibles en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=45&DocTypeID=29](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=45&DocTypeID=29) [06.12.2021].

100 Esto solo ocurrió en el informe presentado en 2002 y a solicitud expresa del Comité de Derechos Humanos.

101 La exclusión de las comunidades formadas por la inmigración solo se estableció explícitamente en el segundo informe, presentado en 2009. Sobre el tema, véase PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: O contributo da Antropologia para uma densificação ‘culturalista’ dos direitos fundamentais”, *Scientia Iuridica*, tomo LX n.º 326, 2011, pp. 352-353. Los informes presentados por Portugal al Comité Consultivo en 2004, 2009, 2013 y 2018 están disponibles en: <https://www.coe.int/en/web/minorities/portugal> [06.12.2021].

étnicas, religiosas, lingüísticas, de estilo de vida o de otro tipo, pero también se entiende que éstas quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio Marco.

Curiosamente, en los primeros informes presentados al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en 1994 y 2001, las autoridades portuguesas parecen admitir que los inmigrantes forman minorías étnicas a efectos del artículo 30.º de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que, en la rúbrica dedicada a este artículo, mencionan los cambios producidos por la inmigración y el hecho de que las comunidades gitanas ya no son la única minoría étnica del país, dada la visibilidad de los grupos minoritarios formados por africanos (principalmente de Cabo Verde), brasileños, indios, pakistaníes y chinos. Los informes más recientes, presentados en 2011 y 2018, son mucho más lacónicos en cuanto a las medidas adoptadas en aplicación del artículo 30.º, no nombrando directamente a ningún grupo minoritario y haciendo únicamente una referencia general al principio de igualdad y a la prohibición de la discriminación por origen étnico<sup>102</sup>.

La lectura restrictiva que las autoridades portuguesas hacen del concepto de minorías no les ha impedido de incluir en sus informes información sobre las medidas destinadas a la integración de gitanos e inmigrantes y la protección de la comunidad lingüística de Miranda do Douro. Lo hicieron porque a instancia de los Comités. El Comité Consultivo para el Convenio Marco en particular, ha insistido en que las autoridades portuguesas escuchen a todos los grupos minoritarios potencialmente cubiertos por el Convenio Marco para averiguar si tienen interés en beneficiarse de los derechos que establece<sup>103</sup>. Siguiendo las recomendaciones del Comité Consultivo, las autoridades portuguesas han considerado a las comunidades gitanas dentro del ámbito de aplicación del Convenio Marco y están en proceso

102 Los informes presentados por Portugal al Comité de los Derechos del Niño están disponibles en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=29&DocTypecategoryID=4](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&TreatyID=10&TreatyID=11&DocTypeID=29&DocTypecategoryID=4) [07.12.2021].

103 Los dictámenes emitidos sobre los informes portugueses por el Comité Consultivo del Convenio Marco están disponibles en <https://www.coe.int/en/web/minorities/portugal> [07.12.2021].

de ratificar la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias de 1992<sup>104</sup>, en respuesta a las preferencias de los hablantes de Mirandês<sup>105</sup>. Sin embargo, mantendrán a los inmigrantes fuera del ámbito personal del Convenio Marco, como se indica en el último informe, de 2018. El Comité Consultivo sigue, en cualquier caso, aconsejando un enfoque inclusivo que abarque a las minorías formadas por inmigrantes.

Para lo que nos interesa aquí, este debate es pertinente en la medida en que el Convenio Marco consagra un derecho subjetivo a la autoidentificación como miembro de un grupo minoritario, al disponer que “[t]oda persona perteneciente a una minoría nacional tiene derecho a elegir libremente si desea o no, ser tratada como tal, sin que pueda derivarse ningún perjuicio de esa elección ni del ejercicio de los derechos que de ella se deriven” (artículo 3.º, n.º 1). Dependiendo de la interpretación de *minoría nacional* (y de *minoría étnica*), la posibilidad de invocar la identidad de la minoría ante las autoridades del Estado, incluidos los tribunales, estará abierta a un mayor o menor número de personas. El Estado portugués se ha mantenido firme en la exclusión de los “migrantes”, pero las concesiones en relación con las comunidades gitanas y los hablantes de Mirandês sugieren que la cuestión puede ser retomada para otros grupos, como las minorías raciales y étnicas de ascendencia africana o asiática y los hablantes de criollo<sup>106</sup>. La relevancia

104 Portugal firmó la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias el 7 de septiembre de 2021. Información disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=148> [07.12.2021]. Cabe señalar que, en virtud del artículo 9.º de la Carta, Portugal se compromete, entre otras cosas, a garantizar que, en las regiones en las que se concentran las comunidades de habla mirandesa, los tribunales lleven a cabo los procedimientos en esta lengua si así lo solicita una de las partes y si el juez no considera que esta posibilidad constituye un obstáculo para la correcta administración de justicia.

105 La consulta a los representantes de la comunidad lingüística de Miranda do Douro puso de manifiesto que están más interesados en la protección que ofrece la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias que en la protección que ofrece el Convenio Marco, por lo que el Comité Consultivo recomendó la ratificación de la Carta Europea, al tiempo que señaló que el Convenio Marco también protege los derechos lingüísticos y, por tanto, debe considerarse aplicable a los hablantes de Mirandês.

106 La presencia de la lengua criolla es cada vez más notable en Portugal, y se estima que es la segunda lengua más hablada en algunas zonas del país, como la Gran Lisboa. Véase el informe de Vítor Belanciano, titulado “A afirmação do crioulo em Portugal”,

del Convenio Marco para la protección de las personas que “de entrada” no están cubiertas por la definición de minoría nacional está respaldada por la jurisprudencia del TEDH, que, en el caso *Molla Sali c. Grecia*, de 2018<sup>107</sup>, invocó el artículo 3.º, n.º 1, del Convenio Marco para afirmar el derecho a la libre autoidentificación de una persona perteneciente a una minoría religiosa. Según el TEDH, además, este derecho a la libre autoidentificación es un derecho clave en las normas internacionales de derechos humanos para la protección de las minorías<sup>108</sup>.

publicado en jornal *Público*, edición del 26 de noviembre de 2021, disponible en: <https://www.publico.pt/2021/11/26/cultura/aiosilon/noticia/afirmaçao-crioulo-portugal-1986156> [26.11.2021]. Cualquier protección de los derechos lingüísticos de los criollos solo puede tener lugar bajo el Convenio Marco, ya que la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias excluye expresamente de su ámbito de aplicación las “lenguas de los inmigrantes” (artículo 1.º).

107 *Molla Sali c. Grecia*, n.º 20452/14, de 19 de diciembre de 2018. En este caso, la viuda de un individuo miembro de la minoría musulmana de Tracia, en Grecia, se vio impedida de heredar de su marido, a pesar de que este había dejado un testamento a su favor redactado conforme al Derecho griego, porque los tribunales griegos consideraron que las normas de la *Sharia* eran aplicables a su sucesión en virtud del Tratado de Atenas de 1913. El TEDH consideró que, al negar al *de cujus* la posibilidad de regular su sucesión de acuerdo con el Derecho Civil, las autoridades griegas habían violado su derecho a la libre auto identificación como derecho a no ser tratado como miembro de la minoría musulmana de Tracia si así lo deseaba (§ 157). El TEDH consideró que se había violado el artículo 14.º del CEDH, en relación con el artículo 1.º del Protocolo n.º 1 (protección de la propiedad), ya que consideró injustificado que las autoridades griegas trataran de forma diferente a los beneficiarios de los testamentos redactados con arreglo al Derecho civil según que los testadores fueran musulmanes o no musulmanes (§§ 161-162). Aunque señala las numerosas preocupaciones que suscita la aplicación de la *Sharia* a la regulación del matrimonio, el divorcio y la sucesión entre musulmanes, el TEDH parece aceptar que debe continuar, siempre que todas las partes interesadas estén de acuerdo (§§ 153-154 y 158-160).

108 Esto no significa que el TEDH exija a los Estados que acepten acríticamente las identidades invocadas ante sus tribunales. Por ejemplo, en el caso *Kosteski c. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*, n.º 55170/00, 13 de abril de 2006, §§ 39-40 y 45-46, el TEDH dijo que no estaba persuadido de que la ausencia del demandante del trabajo con motivo de la celebración de una fiesta islámica – que había supuesto una sanción disciplinaria para él – estuviera motivada por su intención de manifestar su religión en los términos protegidos por el artículo 9.º del CEDH. El TEDH señaló que, tal y como establecieron los tribunales macedonios, el demandante no había demostrado que su identificación como musulmán fuera auténtica y su comportamiento había suscitado muchas dudas sobre su identidad, ya que no había signos externos de practicar la fe islámica ni de participar en actos de culto con otros musulmanes. Aunque se reconocen

La interpretación restrictiva dada por las autoridades portuguesas al concepto de minorías va de la mano del entendimiento - muy común entre los Estados miembros del Consejo de Europa<sup>109</sup> - de que no es necesario consagrar derechos específicos para las personas pertenecientes a minorías, porque su protección ya está plenamente garantizada por el principio de igualdad y por la lucha contra la discriminación<sup>110</sup>, así como por varios derechos fundamentales consagrados en la CRP, entre ellos la libertad de religión y de culto (artículo 41.<sup>o</sup>)<sup>111</sup>, la

los riesgos inherentes a la idea de que el Estado pueda evaluar las creencias personales de los individuos, el TEDH consideró que la exigencia del demandante de demostrar que era musulmán no constituía una injerencia desproporcionada o injustificada en su libertad de religión, ya que pretendía beneficiarse de un derecho especial concedido a los musulmanes, y solo a ellos, por la legislación de Macedonia.

109 En los debates sobre la conveniencia de adoptar un protocolo adicional al CEDH sobre los derechos de las minorías, el argumento recurrente ha sido que la protección de las minorías ya está garantizada por el artículo 14.<sup>o</sup> del CEDH y por el Protocolo n.º 12, de 2000, que establece una prohibición general de la discriminación en el disfrute de cualquier derecho previsto por la ley. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO y INES GRANJA, "Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas", op. cit., pp. 2977-2978.

110 Los instrumentos normativos relevantes a nivel infraconstitucional son, inmediatamente: a) la Ley n.º 93/2017, de 23 de agosto, según la cual la discriminación por razón de origen racial y étnico, color, nacionalidad, ascendencia y territorio de origen (en el acceso a bienes y servicios, prestaciones sociales, etc.) constituye una falta; b) el Código Penal, que tipifica como delito la discriminación y la incitación al odio y a la violencia, incluidas las actividades dirigidas contra las personas por su raza, color, origen étnico o nacional, ascendencia y religión (artículo 240.<sup>o</sup>), además de considerar el odio racial o religioso o el generado por el color, el origen étnico o nacional de la víctima como indicio de intención criminal en los delitos de asesinato, delito contra la integridad física y contra la libertad personal [artículos 132.<sup>o</sup>, n.º 2, apartado f), 145.<sup>o</sup> y 155.<sup>o</sup>]; y (c) la Ley n.º 39/2009, de 30 de julio (modificada por la Ley n.º 113/2019, de 11 de septiembre), que regula la seguridad y la lucha contra el racismo, la xenofobia y la intolerancia en los espectáculos deportivos.

111 La Ley de Libertad Religiosa (Ley n.º 16/2001, de 22 de junio, modificada por la Ley n.º 66-B/2012, de 31 de diciembre) establece que nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, perseguido, privado de algún derecho o eximido de algún deber a causa de sus convicciones o prácticas religiosas (artículo 2.<sup>o</sup>, n.º 1), aunque admite la posibilidad de un trato diferenciado por motivos religiosos, concretamente en lo que se refiere a la exención de trabajo, clases y exámenes (artículo 14.<sup>o</sup>), y se reserva el régimen aplicable a la Iglesia católica (artículo 58.<sup>o</sup>). El marco legislativo en este ámbito se complementa, entre otros, con el Decreto-Ley n.º 70/2013, de 23 de mayo, por el que se regula la enseñanza y organización de la asignatura de Educación

libertad de asociación (artículo 46.<sup>o</sup>) y el derecho al desarrollo de la personalidad (artículo 26.<sup>o</sup>, n.º 1)<sup>112</sup>. El hecho de que el TEDH haya desarrollado un cuerpo de jurisprudencia sobre la protección de las minorías "únicamente" sobre la base de las disposiciones del CEDH y sus Protocolos Adicionales<sup>113</sup> parece confirmar este entendimiento, al tiempo que pone de relieve el importante papel que los tribunales pueden asumir en la interpretación "culturalmente sensible" de los principios generales cuando se trata de casos concretos que implican a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, personas de nacionalidad extranjera o personas racializadas.

#### 4. El proyecto InclusiveCourts y sus primeros resultados

##### 4.1. Diseño del proyecto

El proyecto InclusiveCourts – título abreviado de "Igualdad y diferencia cultural en la práctica de los tribunales portugueses: retos y oportunidades para una sociedad inclusiva" – fue concebido, en 2017, para la presentación de una solicitud de financiación a la Fundación para la Ciencia y la Tecnología (FCT)<sup>114</sup>. Es el resultado de la colaboración de dos centros de investigación portugueses - el Centro de Investigación en Justicia y Gobernanza (JusGov) y la Red de Centros de Investigación en Antropología (CRIA) - y reúne

Moral y Religiosa Católica (EMRC); con el Decreto-Ley n.º 253/2009, de 23 de septiembre, por la que se regula la asistencia espiritual y religiosa en los hospitales y otros establecimientos del Servicio Nacional de Salud; y por el Código Penal, que tipifica como delito el ultraje por razón de las creencias religiosas (artículo 251.<sup>o</sup>) y la obstaculización, perturbación u ofensa de las creencias religiosas (artículo 252.<sup>o</sup>), así como la obstrucción y perturbación de una ceremonia funeraria (artículo 253.<sup>o</sup>) y la profanación de un cadáver o de un lugar fúnebre (artículo 254.<sup>o</sup>).

112 Para una lectura en un sentido no muy diferente, véase PATRÍCIA JERÓNIMO, "Direitos humanos e diferenca cultural na prática dos tribunais", op. cit., pp. 310-311.

113 Véase PATRÍCIA JERÓNIMO y INES GRANJA, "Minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas", op. cit., pp. 2969 y 2978-3002.

114 Aviso para la presentación de candidaturas n.º 02/SAICT/2017, Proyectos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico (IC&DT). El proyecto obtuvo una puntuación de 4,92 (en cinco) y fue propuesto para financiación por un importe global de 235.576,46 euros. La ejecución del proyecto se inició el 1 de octubre de 2018 y deberá estar concluido hasta el día 30 de septiembre de 2022.

a un equipo multidisciplinar compuesto por investigadores con formación en Derecho, Antropología, Sociología, Psicología y Lenguas Aplicadas<sup>115</sup>.

El proyecto fue diseñado para producir conocimiento sobre los desafíos que plantea al Derecho y a la práctica judicial la diversidad cultural que caracteriza a las sociedades europeas contemporáneas, mediante la elaboración de un mapa de la jurisprudencia multicultural de los tribunales portugueses y su análisis a la luz de las normas internacionales de derechos humanos, la experiencia comparativa de los tribunales estatales europeos y norteamericanos y los debates académicos sobre la defensa de la cultura, el multiculturalismo y los derechos humanos. Los estudios comparativos disponibles en ese momento abarcaban un número limitado de jurisdicciones nacionales<sup>116</sup> y rara vez se referían al caso portugués, que además estaba poco estudiado en Portugal. En la presentación del proyecto, defendimos la importancia de emprender un estudio sistemático de la práctica judicial portuguesa, no sólo porque es muy desconocida a nivel internacional, sino también por el interés intrínseco de Portugal como caso de estudio, dada la relativa novedad de su condición de país de inmigración y sociedad multicultural y la idea generalizada (aunque no incontrovertida) de que Portugal es un país especialmente apto para el diálogo intercultural y favorable a la integración de los inmigrantes<sup>117</sup>.

115 La información sobre el equipo está disponible en <https://inclusivecourts.pt/equipa> [08.12.2021].

116 En las conclusiones del libro que editaron en 2009, Alison Dundes Renteln y Marie-Claire Foblets destacaron precisamente la necesidad de ampliar el ámbito geográfico de los estudios comparativos sobre jurisprudencia multicultural, haciendo un llamamiento a los académicos de las jurisdicciones nacionales menos conocidas para que estudien cómo se utiliza la información cultural en esos tribunales. Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS y ALISON DUNDES RENTELN, "Conclusion", en Marie-Claire Foblets y Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford e Portlan, Hart Publishing, 2009, p. 338.

117 Una hipótesis planteada por Renteln y Foblets, en 2009, era que la mayor apertura de los Estados a la inmigración podría ir acompañada de (y explicar) una mayor aceptación de la admisibilidad de la información cultural en los tribunales. Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS y ALISON DUNDES RENTELN, «Conclusión», op. cit., p. 338. La imagen de Portugal como país abierto a la inmigración está respaldada por algunos indicadores internacionales, como el Índice de Política de Integración de Inmigrantes (MIPEX), en el que, desde hace varios años, Portugal ocupa los primeros puestos,

Para alcanzar los objetivos asumidos del proyecto, hemos planificado las siguientes actividades:

- (a) Estudio y discusión de los trabajos académicos publicados sobre el tema, en Portugal y en el extranjero, para situar el estado del arte y construir la tipología que se utilizará en el análisis posterior;
- (b) Estudio y análisis de las decisiones judiciales portuguesas subsumidas a la categoría de *jurisprudencia multicultural*, para la construcción de una base de datos de jurisprudencia anotada en acceso abierto;
- (c) Consulta a las partes interesadas (*stakeholders*) en el proyecto (jueces, fiscales, abogados, representantes de asociaciones de la sociedad civil e intérpretes), a través de grupos de discusión, cuestionarios y entrevistas, para comprender las percepciones de los distintos actores sobre la forma en que los tribunales portugueses tratan la diferencia cultural; y
- (d) Diseñar un programa de formación en comunicación intercultural para magistrados y fiscales, basado en la experiencia de otros países europeos y en las buenas prácticas identificadas en el análisis de la jurisprudencia de los tribunales portugueses, que se probará, idealmente, como curso piloto en el Centro de Estudios Judiciales y/o en diferentes tribunales.

Para el estudio de la jurisprudencia multicultural de los tribunales portugueses, prevemos el uso de los recursos disponibles en la página web del Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça I.P. (IGFEJ)<sup>118</sup>, donde encontramos una colección muy extensa, aunque no exhaustiva, de sentencias dictadas por los tribunales superiores portugueses desde finales de los años noventa. Para las decisiones anteriores (hasta 1976) y de los tribunales inferiores, se preveía consultar las colecciones de jurisprudencia

junto a Suecia, Canadá y Finlandia. Los resultados de la última evaluación del MIPEX, correspondiente a 2020, están disponibles en <https://www.mipex.eu/kev-findings> [08.12.2021]

118 En [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [08.12.2021].

y solicitar copias de las decisiones a los tribunales<sup>119</sup>, basándose en las referencias a las decisiones potencialmente relevantes obtenidas en las sentencias de los tribunales superiores, en los medios de comunicación y en la interacción con las partes interesadas. Se estableció que la búsqueda en la colección del IGFEJ se basaría en un conjunto de palabras clave, que se iría actualizando a medida que evolucionara el proyecto y se identificaran los temas, que incluiría los siguientes términos y sus derivados: etnia, raza, cultura, religión, *talaq*, musulmán, multiculturalismo, gitano, africano, secta, Jehová, minorías, extranjero, igualdad y discriminación. La idea era empezar a utilizar una malla muy grande para captar el mayor número posible de resultados potencialmente relevantes, para, a continuación, clasificar los resultados y eliminar aquellos en los que la aparición de las palabras clave no tuviera relación con los objetivos del proyecto. En el análisis de las decisiones señaladas, nos interesaba observar, entre otros aspectos:

- (a) el tipo de problema legal;
- (b) el tipo de argumentos culturales invocados por las partes;
- (c) el uso que hacen los tribunales de conceptos como raza, etnia, cultura y religión;
- (d) referencia a los instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos y a la jurisdicción de los organismos internacionales de supervisión;
- (e) referencia al Derecho Extranjero;
- (f) el uso de argumentos culturales por parte de los propios tribunales;
- (g) las fuentes utilizadas para confirmar la información cultural;
- (h) la interpretación del principio de igualdad; y

<sup>119</sup> Todas las personas mencionadas en la decisión serán anónimas. Volveremos a tratar las cuestiones éticas relacionadas con la investigación realizada en el marco del proyecto InclusiveCourts más adelante en este informe.

- (i) la valoración por parte de los tribunales de la relevancia de la información cultural a la hora de decidir los casos concretos.

También se acordó que los comentarios sobre las decisiones señaladas seguirían una cuadrícula común y estarían disponibles, en portugués e inglés, en el sitio web del proyecto, junto con una copia del texto de la decisión, formando así la base de datos de jurisprudencia multicultural anotada que es uno de los principales resultados esperados del proyecto.

Para escuchar a las partes interesadas, hemos previsto celebrar grupos de discusión<sup>120</sup> con todas las partes interesadas identificadas anteriormente, así como administrar un cuestionario en línea a jueces y fiscales y realizar entrevistas abiertas y semiestructuradas sólo con jueces y fiscales. Las tres etapas de la recogida de datos se diseñaron para dialogar entre sí, haciendo un cuerpo entre ellas, pero también para producir información relevante por sí mismas, por diferentes medios y desde diferentes ámbitos. Aunque dotados de un valor intrínseco y no meramente exploratorio, los grupos focales se plantearon como una etapa previa a la elaboración de los cuestionarios y la guía de las entrevistas en profundidad que se realizarían posteriormente, con la expectativa de que, a partir de estas primeras interacciones y con el beneficio de su propia dinámica, resultara información útil para la elección de las preguntas que se incluirían en el cuestionario y en la guía de las entrevistas y su respectiva redacción. El cuestionario, que se administrará en línea a un universo potencial de varios centenares de encuestados, fue concebido como una primera aproximación, más amplia que densa, a la experiencia de los jueces y fiscales portugueses en contextos multiculturales; para «tomar el pulso» a esta experiencia, antes de proceder a su «radiografía». Por último, las entrevistas abiertas y semiestructuradas

<sup>120</sup> Un grupo focal reúne a varios participantes en una entrevista de grupo, en la que se les invita a compartir sus experiencias y opiniones sobre una serie de temas. Estos temas son propuestos o planteados por los facilitadores que dirigen el grupo focal, pero se abordan en un entorno interactivo que fomenta el debate, sobre todo porque se comparten experiencias y perspectivas diferentes en el mismo contexto, lo que crea una dinámica diferente a la de un cuestionario o una entrevista. Puede decirse que los grupos focales se sitúan en un punto intermedio entre los cuestionarios, por un lado – más amplios y extensos, pero también más limitados y superficiales – y, por otro lado, las entrevistas en profundidad, que permiten profundizar en cuestiones complejas.

fueron concebidas como una oportunidad para determinar, en mayor profundidad, cuál es la experiencia que los jueces y fiscales portugueses tienen con los casos de jurisprudencia multicultural y cuál es su percepción sobre eventuales especificidades y/o dificultades asociadas a estos casos. Se planificó realizar 55 entrevistas (33 jueces y 22 fiscales) y se estableció que los interlocutores a entrevistar serían, en una primera etapa, identificados a partir de su participación directa en casos señalados como relevantes y que, posteriormente, esta muestra se ampliaría en un camino de arborescencia, o bola de nieve, en el que un interlocutor lleva a otro y a otro y así sucesivamente. Para las tres fases de la recogida de datos se garantizó que la participación fuera voluntaria, con consentimiento informado y garantías de confidencialidad y anonimato. Una vez iniciada la ejecución del proyecto, pero antes de comenzar el trabajo empírico, el proyecto recibió una opinión favorable del Comité de Ética para la Investigación en Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Minho<sup>121</sup>.

#### 4.2 Primeros resultados

La recopilación de decisiones judiciales potencialmente relevantes para la colección de jurisprudencia multicultural que estamos construyendo se está realizando, según lo previsto, a partir del *sitio web* del IGFEJ<sup>122</sup> y de las colecciones de jurisprudencia, así como sobre la base de la información obtenida de los interlocutores contactados en el marco del proyecto. La recopilación de decisiones es un proceso continuo, por lo que se actualiza constantemente. Actualmente hemos recopilado más de 600 decisiones relevantes. El comentario de las decisiones se confía a los juristas que componen el equipo y a juristas invitados<sup>123</sup>. Es importante mencionar que decidimos incluir en el archivo casos que no se ajustan estrictamente a la definición de jurisprudencia multicultural dada al principio de este texto, ya que no involucran a minorías o extranjeros, pero que son de interés para

121 Dictamen CEICSH 031/2020 (copia con las autoras).

122 También han sido muy útiles las colecciones de jurisprudencia y legislación anotada de la Fiscalía General de Lisboa, disponibles en [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_main.php](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php) [08.12.2021].

123 Los comentarios pueden ser consultados en <https://inclusivecourts.pt/jurisprudencia2> [08.12.2021]

nuestro análisis porque la motivación de las decisiones convoca argumentos culturales (de la cultura portuguesa o de *otras culturas*) y porque pueden funcionar como contraejemplos, para comprobar la hipótesis de que el uso de categorías y conceptos relacionados con la diversidad cultural en los casos que implican a minorías o extranjeros es diferente del que observamos en los casos que implican a personas de nacionalidad portuguesa y pertenecientes a la cultura mayoritaria. Además, como hemos señalado anteriormente, en la sección 2, no faltan autores que consideran que el uso de argumentos culturales por parte de los miembros de la cultura mayoritaria entra dentro de la defensa de la cultura. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la recopilación realizada a partir de palabras clave no permite identificar los casos potencialmente relevantes cuando el texto de las sentencias no refiera la nacionalidad, la religión o el origen racial y étnico de las partes del proceso.

En cuanto a la consulta de las partes interesadas, ya hemos concluido las dos primeras fases, y las entrevistas con jueces y fiscales siguen en curso. Los cinco grupos de discusión con jueces, fiscales, abogados, representantes de asociaciones de la sociedad civil e intérpretes tuvieron lugar en octubre y noviembre de 2020. Intentamos asegurar la presencia de jueces y fiscales de diferentes partes del país, y pudimos reunir, en el primer caso, participantes de los distritos de Braga, Bragança, Coimbra, Évora, Faro, Lisboa y Lisboa Oeste, y, en el segundo caso, participaron los distritos anteriores y también del distrito de Oporto. El grupo de discusión con abogados contó con siete participantes, de diferentes áreas de especialización y que trabajan en diferentes partes del país, invitados por su experiencia en la representación de personas pertenecientes a minorías étnicas o religiosas, extranjeros o personas racializadas. El grupo de discusión con representantes de organizaciones de la sociedad civil contó con nueve participantes, entre los que se encontraban organizaciones antirracistas, asociaciones gitanas y asociaciones de inmigrantes de diversos orígenes extranjeros. El grupo de discusión con intérpretes reunió a seis profesionales con experiencia en la prestación de servicios de mediación lingüística en los tribunales portugueses. El cuestionario fue aplicado a 212 magistrados, entre magistrados judiciales (78%), y el Ministerio Público (22%), de todos los distritos judiciales portugueses - aunque más concentrados en los

distritos de Lisboa (52), Oporto (29) y Aveiro (19) - y actuando en todos los tribunales, aunque con predominio de los penales (72), civiles (59) y administrativos y fiscales (27). La inmensa mayoría de los magistrados que respondieron al cuestionario tienen una amplia experiencia profesional, ya que han ejercido sus respectivas funciones durante al menos 11 años.

La triangulación de los datos ya obtenidos con la recopilación y el análisis de las decisiones judiciales y las dos etapas de consulta a las partes interesadas que acabamos de mencionar nos permite obtener una primera imagen de lo que es la práctica de los tribunales portugueses en contextos multiculturales y la percepción que existe al respecto en la sociedad portuguesa, aunque esta imagen es necesariamente provisional y está sujeta a revisión, a medida que avancemos en el trabajo de análisis de las decisiones judiciales señaladas y que podamos triangular estos datos también con la información recogida a través de las entrevistas semiestructuradas a jueces y fiscales, de las que esperamos obtener la base para una lectura más fina de la percepción que los actores judiciales tienen de la realidad analizada. El análisis que sigue se centrará, por razones de brevedad, en los datos empíricos obtenidos de los jueces y fiscales a través de los grupos focales y el cuestionario, complementados con referencias ocasionales a los datos recogidos en los grupos focales con los demás interesados y el análisis de las decisiones señaladas.

En base al conjunto de decisiones judiciales, podemos observar que los tribunales portugueses han sido llamados a apreciar muchos casos en los que están en juego factores de diversidad (etnia, religión, lengua, nacionalidad, etc.), lo que no significa, por supuesto, que estos casos constituyan una parte significativa de la práctica de los tribunales cuando la consideramos en su conjunto. A juzgar por las respuestas a las preguntas del cuestionario sobre la frecuencia con la que los jueces y fiscales se ocupan de cuestiones culturales, religiosas o étnicas, la aparición de este tipo de casos no es muy común. Aunque la mayoría de los encuestados (58,4%) dijo que se había enfrentado a argumentos culturales - relativos a otras culturas o a la cultura portuguesa - para justificar un comportamiento o una reclamación sub *judice*, sólo el 18% de los encuestados indicó que se ocupaba con

frecuencia o con mucha frecuencia de cuestiones culturales<sup>124</sup>, mientras que en el caso de las preguntas étnico-raciales y religiosas las cifras fueron aún más bajas, con un 11% y un 1% de respuestas respectivamente<sup>125</sup>. Las cuestiones relacionadas con los extranjeros parecen ser más frecuentes, pero no mucho: sólo el 24% de los encuestados declaró que se ocupaba de este tipo de casos con frecuencia o con mucha frecuencia<sup>126</sup>. También es bajo el porcentaje de encuestados que afirman tratar con frecuencia o mucha frecuencia casos que requieren la intervención de un intérprete o traductor (13,9%)<sup>127</sup>. Los grupos de discusión con jueces y fiscales, en cambio, dieron una imagen de mayor familiaridad con este tipo de cuestiones, ya que ninguno de los participantes parecía tener dificultades para dar ejemplos de casos de extranjeros (pakistaníes, bangladesíes, tailandeses, brasileños, chinos, moldavos, ucranianos, sirios, marroquíes, ingleses, franceses, rusos, colombianos, indios, rumanos, estadounidenses, búlgaros, caboverdianos, guineanos), minorías étnicas [gitanos (referencia recurrente), negros/africanos], minorías religiosas (testigos de Jehová, ismaelitas, musulmanes), uso de intérprete y uso de argumentos culturales o de Derecho extranjero; y algunos participantes (Lisboa Oeste, Faro) incluso dijeron que estos casos (especialmente los que involucran a extranjeros) son muy frecuentes.

Los ejemplos mencionados por los jueces y fiscales en los grupos focales nos permiten observar lo variado que es el abanico de cuestiones jurídicas en cuya apreciación pueden darse factores de diversidad y/o argumentos culturales, algo que se confirma con las respuestas al cuestionario y el relevamiento de las decisiones tomadas hasta el momento. En los grupos focales, los casos de trata de personas, narcotráfico, hurto, robo, homicidio, lenocinio, circulación

124 Mientras que el 18% de los encuestados dijo no haber tratado nunca con cuestiones culturales y el 42,9% dijo no haber tratado casi nunca con este tipo de cuestiones.

125 La inmensa mayoría de los encuestados declaró que nunca o casi nunca había tratado casos relacionados con cuestiones religiosas (52% y 41% respectivamente). En cuanto a las cuestiones étnico-raciales, la proporción es del 30,5% (nunca) y del 40,5% (casi nunca).

126 En este caso, el porcentaje de encuestados que dice no haberse enfrentado nunca a procesos de este tipo es bajo (2,4%), con un 35,1% que responde "casi nunca" y un 38,5% que elige el punto medio de la escala de Likert, entre nunca y muy a menudo.

127 El porcentaje más alto (44%) corresponde a los encuestados que casi nunca han tratado con procesos de este tipo, con un 7,7% que dice no haberlos tratado nunca.

de productos falsificados, conducción sin permiso, abuso sexual de niños, actos sexuales con adolescentes, matrimonio precoz o forzado, mendicidad, violencia doméstica, mutilación genital femenina, poligamia, relaciones entre cónyuges, investigación de la paternidad, afiliación, regulación de las responsabilidades parentales, institucionalización de niños, transfusión de sangre, abandono escolar, objeción de conciencia, inmigración irregular, asilo, relaciones laborales, adquisición de la nacionalidad y bienes inmuebles, además de los casos de aplicación del Derecho Extranjero. El cuestionario incluía una larga lista de categorías de problemas jurídicos para que los encuestados marcaran los que ya habían tratado. Además de incluir los problemas legales identificados durante los grupos de discusión con jueces y fiscales, el cuestionario enumeraba las siguientes categorías: asistencia espiritual por parte de un sacerdote o líder religioso; impugnación de la enseñanza impartida en las escuelas públicas por motivos culturales, religiosos o ideológicos; Derecho Mortuario; derechos de los extranjeros a la asistencia jurídica o a la renta de integración social; discriminación racial; divorcio; esclavitud; violencia sexual sobre personas LGBTI+ por motivos culturales o religiosos; funcionamiento de personas jurídicas religiosas; registro de personas jurídicas religiosas; solicitud de ajuste del horario de trabajo o de la fecha/hora de examen por motivos religiosos; revisión de sentencia extranjera; uso de símbolos religiosos; y uso de edificios urbanos con fines religiosos. Todas las categorías de problemas legales enumeradas en el cuestionario fueron destacadas por al menos dos encuestados, siendo los problemas legales más frecuentes la comisión de delitos por y/o contra personas no nacionales (68%), la aplicación de ley extranjera (67,5%), el abandono de los estudios por razones culturales y/o religiosas (40,4%) y la comisión de delitos por y/o contra personas pertenecientes a minorías religiosas o étnico-raciales (39,9%).

En cuanto al posible impacto de la diversidad cultural en la práctica judicial, fue interesante observar que varios participantes en los grupos de discusión con jueces y fiscales restaron importancia a las especificidades de la diversidad cultural asociadas a los casos que implican a minorías étnico-raciales o religiosas o a personas extranjeras, señalando que también hay muchas diferencias en los hábitos, el vocabulario, etc., entre las regiones de Portugal (Alentejo/Trás-os-Montes/Ilhas, zonas rurales/urbanas, interior/

costa) y que los tribunales están acostumbrados a tratar estas diferencias y están equipados para hacerlo<sup>128</sup>. Sin embargo, no han dejado de reconocer que las barreras lingüísticas con las personas que no hablan ni entienden el portugués pueden ser una fuente de dificultades considerables, ya sea por la escasez de intérpretes cualificados o por la "incomodidad" resultante de las pausas y la falta de confianza en que los intérpretes no se limiten a traducir lo que se dice<sup>129</sup>. En las respuestas al cuestionario, el 82,9% de los encuestados afirmó que nunca o casi nunca se había encontrado con barreras culturales que pudieran dificultar la comprensión del caso examinado, mientras que el 68,8% de los encuestados dijo que nunca o casi nunca se había enfrentado a barreras lingüísticas.

La apertura a la información cultural fue afirmada por todos los participantes en los grupos focales con jueces y fiscales y también se reflejó en las respuestas al cuestionario, en el que el 68% de los encuestados dijo que presta algo o mucha atención a la información cultural que se lleva al

128 Una opinión muy diferente respecto a esta competencia se expresó en el grupo focal con abogados, donde varios participantes consideraron que el trato dispensado en los tribunales (y en el acceso a los mismos) a gitanos, miembros de minorías religiosas, inmigrantes y personas racializadas es discriminatorio y racista, ejemplificándolo con la reticencia de los tribunales a nombrar intérpretes criollos y a aceptar como probada la motivación racial de los delitos cometidos contra gitanos y negros. Un participante mencionó, en todo caso, un episodio en el que un juez fue sensible a la importancia de la venta de productos falsificados en ferias para la vida económica de las familias gitanas. En el grupo de discusión con las asociaciones de la sociedad civil, se mencionaron dificultades de interacción con los tribunales portugueses, debido a la falta de recursos propios y los prejuicios de los jueces contra los gitanos e inmigrantes, aunque algunos participantes no apoyaron la idea de que existe discriminación en los tribunales portugueses. Uno de los participantes, miembro de una asociación gitana, destacó la importancia de que estas asociaciones cuenten con mediadores en el ámbito de la justicia, a semejanza de lo que ocurre en otros países europeos. Varios participantes mencionaron las barreras lingüísticas y la falta de asistencia de intérpretes.

129 Una preocupación recurrente entre jueces y fiscales es que los intérpretes aconsejen a las personas que están siendo interrogadas, y esto parece estar justificado, ya que en el grupo de discusión con los intérpretes, algunos participantes admitieron que a veces simpatizan con las personas interrogadas y tratan de ayudarlas para evitar que se perjudiquen a sí mismas con sus respuestas al tribunal. En este grupo de discusión, la principal observación fue que los tribunales no ofrecen condiciones de trabajo adecuadas (incluida la remuneración) a los intérpretes con formación especializada en asuntos jurídicos.

tribunal para entender el contexto sociocultural de las partes<sup>130</sup>. Aunque subrayan que su deber es aplicar la ley portuguesa, varios participantes en estos grupos de discusión dijeron que se preocupan por intentar comprender cómo se valoran los comportamientos en los países o culturas de origen de los acusados (por ejemplo el peso que tienen las responsabilidades familiares para los africanos y colombianos utilizados como "mulas" en el narcotráfico; la centralidad del comercio de productos falsificados en la vida económica de las comunidades gitanas) y dieron ejemplos de "soluciones creativas" adoptadas por los tribunales para acomodar las especificidades culturales, como cuando los jueces preguntan a las personas gitanas, no casadas según el Derecho civil, si están casadas según la "ley gitana", o como ocurrió en un caso de regulación de visitas a menores en el distrito de Bragança, en el que el tribunal citó a los patriarcas de dos familias gitanas rivales, cuyo desacuerdo impedía a los padres de los niños viajar entre municipios, para que colaboraran en la solución del problema. También se aludió a la importancia de enmarcar el comportamiento individual en su contexto cultural como parte del esfuerzo educativo que realizan los tribunales en las comunidades gitanas respecto a la escolarización de los niños, en el que se busca un equilibrio entre los valores culturales que hay que preservar y los hábitos nocivos que hay que abandonar<sup>131</sup>.

Según los participantes en los grupos focales con jueces y fiscales, el valor de la información cultural proviene de la necesidad de "comprender la realidad en sus diversas facetas", pero esto no significa que deba influir en la decisión final, y menos aún que deba reflejarse en la redacción de la decisión, ya que los fundamentos de la decisión deben ser los definidos por la ley general. Sin embargo, admitieron que, en los procesos penales, la información cultural puede influir en la gradación de la pena, aunque no

130 Solo una persona (0,5%) dijo que no presta ninguna atención y nueve personas (4,4%) dijeron que prestan poca atención a la información cultural. En el grupo de discusión con los fiscales, algunos de los participantes señalaron que las diferencias culturales son utilizadas a veces de forma manipuladora por los miembros de las comunidades gitanas, que acusan a los tribunales de discriminación racial cuando estos no tienen en cuenta las tradiciones gitanas en las relaciones familiares, por ejemplo.

131 Este esfuerzo de pedagogía y equilibrio es visible en algunas decisiones ya analizadas, como es el caso de la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, de 20 de marzo de 2012, dictada en proc. 783/11.2TBRR.L1-1.

necesariamente para atenuarla, ya que, como señaló un participante, esta información puede hacer más apremiante la necesidad de intervención del Derecho Penal (mediante una pena más dura) para que el acusado interiorice la devaluación de su conducta en el sistema jurídico portugués<sup>132</sup>. Como ejemplos de casos en los que la información cultural influyó a favor del acusado refirieron la absolución, fundada en un error no imputable en cuanto a la ilegalidad, de acusados de etnia gitana acusados de vender productos falsificados y de acusados de nacionalidad rumana acusados de conducir sin licencia<sup>133</sup>. También se han registrado situaciones en las que los argumentos culturales o religiosos no tuvieron ningún peso, como cuando los Testigos de Jehová rechazan las transfusiones de sangre para sus hijos menores. Otro ejemplo de este tipo, extraído de la jurisprudencia analizada, es el de los delitos sexuales contra los niños gitanos, donde los tribunales han declarado explícitamente que los argumentos culturales relativos a los valores y costumbres propios de este grupo étnico "carecen de peso"<sup>134</sup>. Una de las ideas avanzadas por algunos participantes - y de la que se hacen eco las decisiones ya reseñadas - es que la consideración de los argumentos culturales es contraria a las normas internacionales de derechos humanos<sup>135</sup>.

El análisis de las decisiones judiciales confirma que no siempre es posible ver qué peso, si es que lo hay, conceden los tribunales a los antecedentes culturales (origen étnico, religión, nacionalidad) de las partes del proceso en el momento de la decisión, ya que estos antecedentes sólo se mencionan en la sección de hechos y no se recogen en la justificación de la decisión

132 Parece que fueron consideraciones de este tipo las que estuvieron en la base de la valoración del riesgo de reincidencia de un acusado marroquí, de religión musulmana, condenado por los delitos de violación y secuestro, en la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 7 de septiembre de 2011, dictada en el proc. 498/09.1JALRA. C1.S1.

133 Uno de los participantes en el grupo de discusión con los jueces señaló, en todo caso, que se trataba de aplicar la ley general (que establece la figura del error no imputable en cuanto a la ilegalidad) y no de basar la decisión en información cultural.

134 Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 23 de junio de 2010, dictada en el proc. 252/09.OPBBGC.S1.

135 Algunos también han señalado, en cualquier caso, que el cumplimiento de "criterios culturalmente diferenciadores" puede ser una forma de inclusión.

en la parte de Derecho de la sentencia<sup>136</sup>. Todavía, ejemplos no faltan de decisiones en las que los tribunales sopesan explícitamente la relevancia de los argumentos culturales y/o hacen lo que puede denominarse consideraciones culturales en relación con los fundamentos jurídicos de sus decisiones o en apoyo de las mismas. Tenemos casos en los que el carácter culposo del comportamiento (por motivos religiosos) del acusado en el proceso de divorcio se valora por referencia a las características de las “sectas”<sup>137</sup>; casos en los que las características de la cultura y la religión del acusado se consideran un factor de riesgo que debe tenerse en cuenta para determinar el alcance de la condena<sup>138</sup>; casos en los que se invoca la historia del pueblo gitano y los desafíos asociados a la multiculturalidad en el ejercicio de equilibrio entre el respeto al “derecho a la diferencia” y el principio de igualdad, en casos de promoción y protección de los niños gitanos<sup>139</sup>; casos en los que se discute directamente la posibilidad de compatibilizar el principio de igualdad con un trato diferente por motivos culturales, en casos penales de abuso sexual de menores<sup>140</sup>; etc. También son muchos los casos en los que se reconoce la importancia de la cultura y la tradición – de la mayoría – para determinar el “sentimiento social” y las “concepciones dominantes” a las que deben apelar los tribunales a la hora de decidir “si un determinado deber moral o social está integrado en un principio jurídico de carácter general y merece cierta protección en virtud del reconocimiento del derecho natural”<sup>141</sup>. Un análisis de las decisiones

136 Piénsese, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Apelación de Évora, de 7 de mayo de 2013, dictada en el proc. 1165/11.1TAPTM.E1. Nos referimos, por supuesto, a las decisiones marcadas en el proyecto porque incluyen palabras clave utilizadas en la búsqueda en la base de datos de jurisprudencia del IGFEJ. Como se mencionó al inicio de esta sección y se observó en el grupo focal con abogados, muchas decisiones judiciales no incluyen ninguna mención al origen étnico-racial, religión o nacionalidad de las partes, por lo que son indetectables.

137 Se considere la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 16 de mayo de 2002, en el proc. 02B1290.

138 Por ejemplo, la citada sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 7 de septiembre de 2011, dictada en el proc. 498/09.1JALRA.C1.S1.

139 Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Apelación de Guimarães, de 12 de junio de 2007, dictada en el proc. 926/07-2.

140 Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Apelación de Oporto, de 17 de octubre de 2012, dictada en el proc. 297/11.0JAPRT.P1.

141 Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 19 de diciembre de 2006, en el

judiciales hasta ahora parece mostrar una mayor disposición a considerar los argumentos culturales por parte de los tribunales inferiores que de los superiores, aunque se trata de una conclusión muy provisional<sup>142</sup>.

En cuanto a la forma en que obtienen o confirman la información cultural aportada al tribunal, los participantes en los grupos focales con jueces y fiscales dijeron que, por regla general, se basan en la información proporcionada por las partes y en el testimonio de los testigos y que no sienten la necesidad de recurrir a bibliografía específica, ya que están familiarizados con las características de las comunidades con las que tratan con más frecuencia (gitanos, brasileños y africanos)<sup>143</sup>. Las respuestas al cuestionario van en la misma línea, ya que, en la pregunta sobre las fuentes de la información cultural, el 89,6% de los encuestados indica utilizar la información proporcionada por las partes y el 81,2% indica utilizar el sentido común y la experiencia de vida, aunque un número significativo también indica las publicaciones académicas (56,4%) y los repositorios de legislación y jurisprudencia extranjera (44,6%). También cabe mencionar que, cuando se les pidió que mencionaran otras fuentes de información, varios encuestados indicaron los informes sociales, cuya importancia es visible en las decisiones judiciales ya analizadas<sup>144</sup> y se confirma más adelante en el cuestionario, ya que el 93,8% de los encuestados dijo atribuir

proc. 06A4210, donde se explica que el culto a los muertos forma parte de la “tradición de nuestra sociedad con fuertes raíces en la cultura judcocrisiana”.

142 En el grupo de discusión con abogados, esta diferencia entre los tribunales inferiores y los superiores fue señalada por uno de los participantes, que consideró que el lenguaje de los jueces de los tribunales superiores es más discriminatorio, quizá por razones generacionales. Otros participantes señalaron, sin embargo, que el “racismo de los tribunales” se manifiesta ya en las primeras interacciones, en el nivel de la primera instancia, aunque no se manifieste en la redacción de las decisiones judiciales.

143 En el caso del Derecho extranjero, el recurso más común es el Gabinete de Documentação e Direito Comparado (GDDC), de la Procuradoria-Geral da República, aunque las propias partes suelen proporcionar al tribunal una traducción de los instrumentos jurídicos pertinentes. Para ilustrar las dificultades de los tribunales portugueses para obtener información, por falta de información fiable sobre el Derecho extranjero, incluso con el apoyo del GDDC, véase la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, de 19 de noviembre de 2019, en el proc. 1378/18.YRLSB-7.

144 Considérese, de entrada, la citada sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 7 de septiembre de 2011, dictada en el proc. 498/09.1JALRA.C1.S1.

relevancia a los informes sociales y, de ellos, el 31,3% dijo atribuirles mucha relevancia. En la pregunta relativa a la eventualidad de escuchar testimonios sobre información cultural, el 47,8% de los encuestados indicó que nunca había escuchado ningún testimonio de este tipo, mientras que el 42,4% indicó haber escuchado el testimonio de un trabajador social o técnico de servicios sociales, el 30,7% indicó haber escuchado el testimonio de un psicólogo y el 11,7% de un líder comunitario<sup>145</sup>. De los encuestados que habían escuchado un testimonio sobre información cultural, el 91,1% indicó haber atribuido importancia a dicho testimonio, y de ellos, el 14,3% indicó haberle atribuido mucha importancia. Esta confianza de principio en la información proporcionada por las partes del proceso se confirma en las decisiones ya analizadas, aunque también tenemos casos en los que la identidad religiosa invocada por el demandado era motivo de duda<sup>146</sup>, en los que se recurrió al testimonio de líderes religiosos para explicar aspectos de doctrina<sup>147</sup> y en los que el tribunal manifestó reservas sobre la existencia de los valores y costumbres gitanos invocados por el acusado<sup>148</sup>.

Por último, en cuanto a la formación jurídica impartida en Portugal y su adecuación para capacitar a los actores judiciales para actuar en contextos multiculturales, las respuestas de los participantes en los grupos de discusión con jueces y fiscales oscilaron entre la afirmación de que la formación impartida por las universidades y el Centro de Estudios Judiciales es suficiente<sup>149</sup> y el reconocimiento de que pueden existir algunas deficiencias

145 Las otras categorías de "expertos" indicadas tuvieron los siguientes resultados: representante de una organización de la sociedad civil (9,3%), líder religioso (5,9%), sociólogo (4,4%), mediador cultural (2,4%) y antropólogo (2%).

146 Véase la sentencia del Tribunal de Apelación de Évora, de 12 de julio de 2018, dictada en el proc. 23/17.0GTPTG.E1, que se refería a la negativa a someterse a una prueba de alcoholemia por ser Testigo de Jehová.

147 Véase la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, de 21 de junio de 2012, dictada en el proc. 2366/09.8TMLS-B.L1-2.

148 En primer lugar, porque el tribunal no estaba convencido de que el abuso de la inexperiencia de una menor para mantener cópula con ella fuera acorde con las costumbres de la etnia gitana. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 23 de junio de 2010, dictada en el proc. 252/09.0PBGC.S1, y del Tribunal de Apelación de Oporto, de 17 de octubre de 2012, dictada en el proc. 297/11.0JAPRT.P1.

149 Entre otras razones, por considerar que la sensibilidad y el sentido común no se enseñan en los cursos de Derecho y que los actores judiciales ya son conscientes de lo

en materia de formación, combinada, en todo caso, con la constatación de que el Centro de Estudios Judiciales viene realizando un meritorio esfuerzo de trabajo en temas de interculturalidad. En las respuestas al cuestionario, la confianza en la adecuación de la formación jurídica también fue significativa, ya que el 71,4% de los encuestados consideró la formación adecuada y, de ellos, el 6,2% la consideró muy adecuada<sup>150</sup>. No obstante, se hicieron sugerencias sobre áreas temáticas de formación que deben introducirse o mejorarse, como el tratamiento del principio de igualdad (en sus diversas dimensiones) y de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre las minorías; exposición a la diversidad cultural mediante visitas e interacción directa con barrios habitados por personas pertenecientes a minorías o extranjeros; metodologías para obtener información sobre las culturas minoritarias; módulos de Sociología, Antropología, Psicología, Derecho Comparado, Historia Colonial, Historia de las Civilizaciones y de la Filosofía, etc.

## 5. Consideraciones finales

Aunque provisionales, los datos recién presentados permiten formar una primera impresión de la jurisprudencia multicultural de los tribunales portugueses y de su comparación con experiencias similares en Europa. Diríamos a este respecto que los tribunales portugueses se enfrentan a muchas cuestiones similares a las que se han señalado para otras jurisdicciones nacionales, tanto desde el punto de vista del tipo de problemas jurídicos para los que se invocan argumentos culturales como desde el punto de vista de la variedad de grupos implicados, aunque tenemos algunas ausencias notables en cuanto a los temas (p. ej., el uso del velo islámico y del kirpan sij en las escuelas, el reconocimiento de la *kafala* a efectos de reagrupación familiar, la ejecución de los contratos de *mahr*) y un claro predominio de los casos relacionados con la población gitana. Los tribunales portugueses

que ocurre a su alrededor a partir de lo que ven en los medios de comunicación. En los grupos de discusión con abogados y asociaciones de la sociedad civil, las respuestas fueron todas más pesimistas, y hubo consenso sobre la importancia de invertir en la formación de los juristas en general y de los magistrados en particular.

150 Este porcentaje es, en cualquier caso, inferior al de los encuestados que indicaron que consideran que la formación no es en absoluto adecuada (8,1%).

parecen ser receptivos a la presentación y consideración de información cultural en la resolución de casos concretos, incluyendo la adopción de soluciones creativas en línea con las buenas prácticas encontradas en otros países europeos. Al mismo tiempo, los actores judiciales no parecen especialmente preocupados por los retos que plantea la diversidad cultural, que infravaloran en comparación con la diversidad existente entre las regiones de Portugal, ni por su posible falta de preparación para hacer frente a las posibles barreras de comunicación y comprensión del *otro*, aunque algunos de los participantes en los grupos focales y los encuestados señalaron aspectos en los que será necesario trabajar.

Uno de los aspectos señalados que nos parece importante subrayar tiene que ver con la relación entre los argumentos culturales o identitarios esgrimidos por las minorías, por un lado, y las normas internacionales de derechos humanos y el principio de igualdad, por otro, ya que encontramos ecos de una presunción de antinomia tanto en las decisiones ya analizadas como en las observaciones realizadas durante los grupos focales. Como hemos intentado dejar claro en este documento, los derechos de las personas pertenecientes a minorías, incluido el derecho a vivir de acuerdo con su cultura y a no ser discriminado por ello, forman parte del Derecho Internacional de los derechos humanos, aunque, como ocurre con la inmensa mayoría de los derechos humanos, no son derechos absolutos y, por lo tanto, tienen que ser objeto de balance y concordancia práctica en casos concretos. La invocación de la pertenencia a un grupo minoritario no tiene por qué considerarse abusiva o manipuladora, ya que es un derecho. Del mismo modo, la jurisprudencia cultural no es una defensa de regímenes de excepción para minorías que permanecen obstinadamente al margen de la sociedad y del Estado, sino el resultado de una preocupación por la igualdad en el acceso a la justicia y por la superación de los posibles obstáculos derivados de la incomprensión por ignorancia, prejuicios, falta de empatía y/o dificultades de comunicación y traducción.

## RESUMEN DEL LIBRO DERECHO COMPARADO

Matias Siems, Cambridge University Press, 2018  
RESUMEN al español por Gustavo Bonifaz Moreno (PhD).

### A. Introducción

#### 1. ¿Cómo introducirse en el pensamiento propio del derecho comparado?

“Es posible afirmar que un país A tiene mejores reglas jurídicas que un país B? ¿No será el caso que las diferencias jurídicas solamente reflejan las diferencias entre ambas sociedades? Incluso si realmente pensáramos que el país B debería seguir los pasos jurídicos del país A, ¿Cómo lograr aquello? Tal vez la mejor manera sería que las cortes del país B aplicaran su legislación de manera de hacerla parecer mas a la legislación del país A. Tal vez se necesita en realidad un cambio de legislación en el país B. Es más, de estar auténticamente convencidos que la legislación del país A son tan beneficiosas ¿Por qué no proponer entonces una armonización internacional de la norma en cuestión en base al modelo del país A? Todas estas preguntas ponen al jurista a niveles profundos de análisis en el derecho comparado, así como ante la necesidad de explorar la ruta de la interdisciplinariedad y las políticas públicas.

#### 2. El propósito del derecho comparado

Son tres los objetivos de la disciplina comúnmente citados por los comparativistas:

- 1) **Conocer y entender:** Conocer leyes extranjeras, entender su contexto y los conceptos jurídicos globales.
- 2) **Uso doméstico del derecho comparado:** Legislación comparada, aplicación judicial comparada y asesoría en materia de leyes extranjeras.
- 3) **Uso internacional del derecho comparado:** Unificación de la ley, otras consejerías y derecho comparado idealista.