

**Miguel Herrero de Miñón**

*Presidente del Tribunal Constitucional*

*Principado de Andorra*

## › INFORME

1. En el presente informe se recogen, sin concreta atribución de autoría, las líneas y criterios, así como las principales divergencias, expuestas por los participantes en la reunión durante los cuatro coloquios celebrados el día 2 de octubre de 2003.

Los participantes fueron:

- Alemania**, Sr. Winfried Hassemer, Vicepresidente
  - Austria**, Sr. Erwin Felzmann, Juez
  - Bélgica**, Sr. Marc Bossuyt, Juez
  - Bosnia y Herzegovina**, Sr. Mato Tadic, Presidente
  - Bulgaria**, Sr. Lasar Gruev, Juez
  - Chequia**, Sr. Jiri Mucha, Juez
  - Chipre**, Sr. Andreas Kramvis, Juez
  - Chipre**, Sr. George Nicolaou, Juez
  - Eslovenia**, Sra. Dragica Wedam Lukic, Presidenta
  - Eslovenia**, Sra. Mirjam Skrk, Juez
  - España**, Sr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente
  - España**, Sr. Pablo García Manzano, Juez
  - España**, Sr. Vicente Conde Martín de Hijas, Juez
  - Francia**, Sr. Jean-Claude Colliard, Juez
  - Hungría**, Sr. Árpád Erdei, Vicepresidente
  - Italia**, Sr. Giovanni Maria Flick, Juez
  - Letonia**, Sr. Aivars Endzins, Presidente
  - Luxemburgo**, Sr. Marc Thill, Presidente
  - Luxemburgo**, Sr. Jean Jentgen, Consejero
  - Malta**, Sr. Vincent A. De Gaetano, Presidente
-

**Mónaco**, Sr. Roland Drago, Presidente

**Noruega**, Sr. Trond Dolva, Juez

**Polonia**, Sr. Marek Safjan, Presidente

**Portugal**, Sr. Luís Nunes de Almeida, Presidente

**Rumania**, Sr. Lucian Stangu, Juez

**Rusia**, Sr. Vladimir Yaroslavtsev, Juez

**Serbia y Montenegro**, Sra. Mirjana Rasic, Juez

**Serbia y Montenegro**, Sr. Radovan Krivokapic, Juez

**Turquia**, Sra. Samia Akbulut, Juez

**Turquia**, Sr. Mustafa Baysal, Juez

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, Sr. Javier Borrego Borrego, Juez

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**, Sr. Josep Casadevall Medrano, Juez

2. En primer lugar varios intervinientes señalaron y todos estuvieron de acuerdo en la dificultad de precisar el concepto jurídico-político de “minoría”, reiteradamente calificado de “inaprensible”, “mutante y contradictorio”, “inexistente como tal concepto” que, incluso “es preferible que no se precise”.

Sin embargo, no es menos cierto y así fue por todos reconocido, que el concepto en cuestión es frecuentemente utilizado en textos positivos, tanto internacionales como internos e incluso definido en los mismos (v. gr. Preámbulo de la ley húngara LXXVII/1993), y, más aún, es doctrinalmente de uso común para referirse a una serie de grupos que viven en el seno de una sociedad mayor, que reivindican una identidad propia y, frecuentemente y en función de la misma, un trato especial por parte de los poderes públicos.

3. Se trata de un concepto de origen internacional, recibido en el derecho constitucional, de donde se proyecta de nuevo al plano internacional al hilo del proceso de internacionalización de la formulación y garantía de los derechos fundamentales.

En efecto, la protección de minorías aparece en los tratados de paz que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial y que como tal fue recogido en el sistema de la Sociedad de Naciones. El fundamento residía en los artículos 86 y 93 del Tratado de Versalles y su instrumentación se llevó a cabo mediante los denominados “tratados de minorías” celebrados entre las potencias aliadas y asociadas y los dos nuevos estados Polonia y Checoslovaquia y los Estados que habían extendido sus fronteras (Grecia, Rumania y Yugoslavia); cuatro capítulos especiales incluidos en los tratados de paz con los Estados vencidos (Austria, Bulgaria, Hungría y Turquía), diferentes tratados bilaterales y hasta seis declaraciones unilaterales.

Dicho concepto se recibió por el derecho constitucional de la primera posguerra, hasta constituir una de sus características.

En la segunda posguerra, se abandonó el sistema de minorías anterior, substituido ya por un sistema multilateral consistente en cláusulas de protección de los derechos humanos fundamentales en los Tratados de Paz de 1947 con Italia, Finlandia, Bulgaria, Hungría y Rumania; ya por un sistema instrumentado en instrumentos bilaterales (v. gr. Tratado austro-italiano de 1946). Una mención especial por su naturaleza constitucional merece el Tratado del Estado austriaco de 1955 en el que se reconoce a los “súbditos austriacos pertenecientes a las minorías eslovena y croata” derechos especiales en materias lingüísticas, culturales y escolares (artículo 7).

Tras la Segunda Guerra Mundial, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 asume la protección de las personas pertenecientes a “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” (artículo 27) y el Consejo de Europa se ha venido ocupando de la cuestión desde sus orígenes hasta la formulación de la Convención-Cuadro de 1994 sobre la materia. Las últimas generaciones de constituciones de diversos países de Europa Central y Oriental recogen, con unos u otros términos, esta misma categoría.

Varios intervinientes contemplaron la formulación internacional y su adopción interna por vía de remisión, como una alternativa válida a la formulación constitucional, tanto de los derechos de las minorías como de los derechos fundamentales, concluyendo, sin embargo, en el valor pedagógico de la formulación constitucional para la mejor introyección de los valores constitucionales por las diferentes sociedades.

**4.** La necesaria generalidad de la formulación constitucional de dichos valores, lleva a concluir la importancia de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales en cuanto intérpretes de la norma fundamental. A ella se debe la decantación y evolución del concepto de minorías y la instrumentación de su protección, en ocasiones a partir de una expresa mención textual, en otras, incluso más numerosas, a partir de valores más genéricos y de la contemplación de las circunstancias concretas del caso sometido a su consideración.

Es en torno al valor de “igualdad”, clave de las modernas democracias donde más importancia tiene esta labor interpretativa. Nadie en efecto niega dicho valor, pero el problema surge a la hora de articularlo efectivamente en el tratamiento de situaciones desiguales que, desde siempre, se ha reconocido justifican no una desigualdad ante la ley, pero sí un trato proporcional a la desigualdad del caso concreto en la aplicación de la ley. En todo caso el valor de igualdad exige la erradicación de todo tipo de discriminación.

**5.** La jurisprudencia constitucional especialmente germánica fundamenta la protección de las minorías en la tutela de los derechos fundamentales en su doble dimensión de derechos de defensa frente al poder público –que excluyen su intromisión en un ámbito de libertad que, aún individual, tiene una necesaria proyección colectiva- y derechos de protección por parte del poder público, que pueden llegar hasta la exigencia de una prestación vital. Los derechos dejan así de ser límites al poder, para convertirse en metas u objetivos del propio poder.

---

6. Dos posiciones principales se formularon al respecto. Por una parte la que atiende a la supremacía de la norma, sea la ley, sea la Constitución y, en consecuencia a la suprema voluntad del legislador e incluso del poder constituyente, que el juzgador no puede sustituir y que, en todo caso puede imponerse a éste. Por otro lado, la que propugna la mayor libertad del juez constitucional para interpretar la norma en función de las circunstancias de cada caso, lo que lleva a la mutación de la misma. Esto es, a cambiar su significado, incluso, sin afectar al tenor de su literalidad.

El caso francés es paradigmático al respecto. En principio no existen minorías en la República Francesa, una e indivisible, sino ciudadanos iguales ante la ley, titulares de derechos fundamentales. Tal sería el criterio a deducir del artículo 2 de la Constitución de 1958 y así lo entendió el Conseil Constitutionnel en 1991 con relación a la “inexistencia de un pueblo corso” y en 1999 con relación a las lenguas regionales.

Sin embargo, es evidente que en la práctica existen diferencias jurídicas entre grupos, fundamentalmente territoriales, de ciudadanos, ya por razones geográficas (“populations d’outre-mer”), ya por razones históricas (permanencia en vigor del derecho concordatario y otros, de origen alemán en Alsacia), ya por razones culturales (tolerancia de las lenguas regionales, incluso en la enseñanza, solo limitada si supusieran una inmersión monolingüe en idioma distinto al francés). Por otra parte, la adopción de la cuota de género en la normativa electoral supone un reconocimiento de un tipo de minoría, en el sentido cualitativo que no cuantitativo del término. El problema se plantea ante la difusión del Islam en Francia dada la legislación separadora entre Iglesia y Estado de 1905, que pone a disposición del culto católico un inmenso acervo arquitectónico y cultural e impide la cooperación de la República con otras confesiones.

7. La situación es especialmente compleja y dinámica porque, junto a las minorías clásicas surgen nuevos tipos de minorías. Y éstas pueden superponerse y yuxtaponer entre si. Los participantes coincidieron en distinguir, al efecto, tres tipos fundamentales de minorías.

Primero, las denominadas minorías clásicas. Esto es los grupos nacionales y étnicos. Es decir, colectivos culturales (lingüísticos, religiosos, etc.) que proporcionan una identificación global del individuo que pertenece a los mismos. Esto es lo que cabría denominar “minorías” históricas o autóctonas, como es el caso de los eslovacos en Austria o de los italianos y húngaros en Eslovenia o del pueblo sami en Noruega, entre otros múltiples ejemplos posibles. La Constitución húngara los califica de “minorías nacionales” y la eslovena de “comunidades nacionales”. Esto es, como señala la normativa húngara, aquellas cuyo asentamiento en el seno de la sociedad global se remonta a más de cien años y, frecuentemente, es inmemorial.

Segundo, los grupos que no se encuentran en dicha situación y que la doctrina jurisprudencial húngara califica de “grupos de facto”, constituidos por inmigrantes legales e, incluso, residentes. La distinción, y en ello se insistirá más adelante, tiene una gran trascendencia práctica a la hora de instrumentar su protección, porque mientras las primeras son protegidas como tal grupo, los miembros de las segundas son tutelados en sus derechos fundamentales, incluso los que suponen un ejercicio colectivo, sobre la base del principio de igualdad.

Estas nuevas minorías son fruto de las recientes migraciones masivas. Dichas migraciones, atendiendo a la experiencia de expertos del Consejo de Europa, pueden ser de tres tipos: extra-europeas, intra-europeas y intra-Unión europea. En el primer caso, generalmente desvinculadas de un Estado madre cuando son sub-saharianas y con claras vinculaciones a un Estado madre si proceden de países árabes, asiáticos o iberoamericanos; en el segundo caso, normalmente vinculadas a un Estado madre, con distinta significación si dicho Estado es o no fronterizo con el Estado receptor de la migración.

Con relación a estas últimas se planteó el problema de que la libre circulación de personas que rige en el seno de la Unión Europea puede agravar el problema de las minorías en aquellos países y territorios que por su exigüidad u otras condiciones sociales y eco-ambientales sean especialmente frágiles al impacto de flujos de población. Flujos intensos cuando el atractivo estético, climatológico, económico o laboral de tales territorios atrae residentes permanentes o casi-permanentes (turistas de larga duración) de otros países más ricos de la Unión. La experiencia hasta ahora recogida y que algunos participantes aportaron, revela cuatro modelos para inhibir tales flujos sin incurrir en discriminaciones prohibidas por la propia normativa de la Unión. Las excepciones transitorias (caso del Tirol), las normas de excepción (Isla de Man), la segregación de un territorio estatal de la Unión (caso de Groenlandia), la ordenación del territorio como medida de fomento de asentamiento de la población (en estudio en Canarias).

Es claro que esta cuestión tiene especial importancia en relación con los microestados europeos, incluso miembros del Consejo de Europa, y que de una u otra manera están llamados a asociarse con la Unión Europea. Los microestados, por doquier y en Europa también y más aún, son especialmente frágiles al impacto de flujos demográficos y financieros externos y la preservación de su identidad y existencia justifica medidas de especial protección.

Tercero, las llamadas, novísimas minorías, constituidas por los grupos que reclaman un reconocimiento y tutela especial en función del género, orientación sexual, discapacidad, etc...

Los participantes optaron por centrar su atención en los dos primeros tipos de minorías dada la peculiaridad de las minorías "novísimas" y su heterogeneidad con aquellas otras, clásicas y nuevas, basadas en factores objetivos capaces de fundar una identificación cultural y política global. La equiparación, por parte de J. Habermas, de los francófonos de Quebec con los sordomudos de Canadá no favorece la mejor comprensión de uno y otro problema.

La mayor parte de los participantes coincidieron en que las minorías clásicas, incluso cuando se trata de una población muy mezclada, no presentan en la actualidad especiales problemas. Estos provienen de las nuevas minorías producto de la inmigración cuyos valores éticos y estéticos chocan con los vigentes en los países europeos de acogida (v. gr. Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 23 de septiembre de 2003).

**8.** Todo lo expuesto da lugar, a juicio de los participantes a una serie de tensiones, frecuentemente simultáneas, al menos, sobre cuatro ejes:

Primero, entre el individuo y el propio grupo minoritario al que pertenece. Una visión liberal de la sociedad exige el carácter abierto del grupo, de manera que la pertenencia al mismo sea voluntaria. Sin embargo, no puede negarse y así se hizo constar por algunos de los participantes, que la protección de la identidad y permanencia del grupo puede exigir ciertas medidas limitativas de la libertad de opción. Tal es el caso de las políticas de inmersión lingüística que, incluso cuando tienden a crear una sociedad plurilingüe, imponen el aprendizaje de una lengua, también a quienes no desearían aprenderla.

Segundo, entre el propio grupo minoritario y quien se erige en su representación, que puede resultar no ser mayoritaria en su seno y cuya constatación puede no ser formalmente posible porque ello supondría un principio de discriminación.

Tercero, entre las minorías englobadas en un grupo minoritario mayor y éste.

Cuarto, entre el grupo minoritario y la sociedad global en que se encuentra situado. Los modelos de convivencia entre las minorías –especialmente las nuevas- y la sociedad de acogida, aún por determinar, requieren un desarrollo de la actitud de tolerancia mutua, así como de la determinación de los límites de dicha tolerancia en función de los

---

valores constitutivos del orden público. Algún participante formuló la situación señalando que, de la unidad homogénea de antaño se plantea el paso a una forma de unidad heterogénea en la que la voluntad de vivir juntos es compatible con la de mantenerse diferentes y, a su vez, ello plantea los límites admisibles de dicha diferencia.

9. Los participantes examinaron, a la luz de sus propias experiencias, una serie de técnicas utilizadas para la tutela de quienes pertenecen a una minoría.

Primera, la estricta igualdad ante la ley y la igual garantía a todos los individuos de los derechos fundamentales que como tales les corresponden “sin discriminación por causa de raza, lengua, religión, cultura, etc...”. Se trata del principio republicano de negación de cualquier ley privada (=privilegio) de grupo o territorio como contraria al principio de igualdad ciudadana e, incluso, humana. Ello supone impedir la discriminación de los minoritarios por su carácter de tales, pero no garantizarles el desarrollo, especialmente en la esfera pública, de sus características propias como tales minoritarios (v. gr. lengua).

Segunda, el ejercicio colectivo de los derechos fundamentales con una dimensión colectiva esencial (v. gr. libertad de culto y catequesis religiosa). Tal ha sido la tesis desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa a la luz del Convenio de 1950 donde no se reconocen derechos colectivos.

Tercera, la policía de orden público como límite de toda libertad, en garantía del derecho de los demás. Ello supone, la común aceptación de unos fundamentos axiológicos compartidos de ese orden público. Se señaló el riesgo de que las normas al efecto contengan fórmulas de discriminación oculta.

Cuarta, el autogobierno de las minorías territorialmente asentadas en un espacio propio. A su vez esta opción tendrá un significado distinto según el sentido funcional o simbólico del espacio en cuestión para el ser del grupo en cuestión (v. gr. “hogar nacional”), a la cohesión del grupo allí asentado y a su carácter mayoritario o no en el mismo. Los participantes discutieron sobre el alcance del principio de territorialidad, que, de una parte facilita la convivencia de grupos espacialmente asentados, con fórmulas funcionalmente federales (v. gr. casos de España y Bélgica) y, de otra, plantea el problema de garantizar los derechos de las minorías instaladas en el seno de cada grupo y pertenecientes o afines con el otro.

Quinta, el autogobierno de comunidades sobre base personal no territorial, como la ideada por los austromarxistas Renner y Buaer. El sistema se apunta en la normativa y la práctica de países como Eslovenia, Hungría y Polonia. La condición de tales minorías como “factores integrantes del Estado” exige su representación como tal en las asambleas (así Sentencia del Tribunal Constitucional húngaro 35/1992).

Sexta, el estatuto personal de minoritario que sigue a éste en todo el territorio “como la sombra al cuerpo” (caso de las especialidades fiscales y forales civiles en España).

Séptima, la discriminación positiva, esto es el trato diferente e incluso preferente dado a los miembros de una minoría en su condición de tales.

Los participantes estuvieron de acuerdo en lo inadecuado de tal denominación por contradictoria: si discrimina – algo prohibido por atentatorio a la igualdad como derecho fundamental- no es positivo y si es positivo no es discriminatorio. Alguna jurisdicción constitucional, como por ejemplo la eslovena, que comenzó utilizando dicha expresión (en 1998) la ha substituido por la de acción afirmativa (en 2001).

Con independencia de la terminología utilizada, se puso de manifiesto que el fundamento de tales medidas es compensar una situación fáctica de postración o marginación. La “acción afirmativa” o “discriminación positiva” tiene como fin tratar mejor lo que está en peores condiciones para ponerlo en mejor situación. Se trata, pues, de una

versión de la “cláusula de promoción” contenida en varias constituciones (v. gr. artículo 3, Italia; artículo 9.2, España; artículo 6.2, Andorra; etc..).

En consecuencia, la discriminación positiva que pretende conseguir la igualdad real entre quienes en principio son desiguales, no puede consistir en una medida permanente, que equivaldría a un privilegio en perjuicio de terceros, sino en una medida transitoria (v. gr. cuota de género, pero no paridad de género), más propia de lo económico-social que de lo político-institucional (v. gr. representación reservada de grupos étnicos). Sin embargo, en Hungría el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia de 1990 a 1999, ha interpretado que la igualdad real permitía eliminar el mínimo de votos exigido para obtener representación electoral con el objeto de garantizar la representación de las minorías. Otro tanto ha hecho la vigente normativa electoral española para permitir la representación de los partidos de ámbito no estatal que, de hecho representan reivindicaciones nacionalistas o regionalistas. Si no faltan críticos que consideran esta solución un privilegio, no es menos cierto que la aplicación de un igual mínimo electoral supondría excluir a perpetuidad la representación de tales minorías.

**10.** En último término los participantes consideraron que la cuestión fundamental es la finalidad del régimen de protección. Ya el individuo miembro de un grupo para que se respeten y se hagan efectivos sus derechos fundamentales, incluso los de ejercicio colectivo, y lo que parece condición indispensable de todos ellos, la propia identidad, por esencia intersubjetiva. Ya al grupo minoritario en sí mismo, tanto frente a la erosión exterior, como a la disidencia o deslealtad interior.

De las diferentes experiencias aportadas por los participantes parece resultar que las minorías clásicas, y especialmente aquellas calificadas de “minorías nacionales” o “comunidades nacionales”, por su carácter autóctono y arraigo histórico, son contempladas como sujetos de derechos acreedores, en cuanto tales grupos, a un trato especial. Por el contrario, los meros “grupos de facto” no son acreedores a semejante tratamiento y sus miembros reciben protección sobre la base de los derechos fundamentales.