

Miguel Herrero de Miñón

*President del Tribunal Constitucional
Principat d'Andorra*

› INFORME

1. En aquest informe es recullen, sense atribució concreta d'autoria, les línies i els criteris, com també les principals divergències exposades pels participants dels quatre col·loquis de la reunió que va tenir lloc el 3 d'octubre del 2003.

Els participants han estat :

Alemanya, Sr. Winfried Hassemer, Vicepresident
Àustria, Sr. Erwin Felzmann, Jutge
Bèlgica, Sr. Marc Bossuyt, Jutge
Bòsnia i Hercegovina, Sr. Mato Tadic, President
Bulgària, Sr. Lasar Gruev, Jutge
Eslovènia, Sra. Dragica Wedam Lukic, Presidenta
Eslovènia, Sra. Mirjam Skrk, Jutge
Espanya, Sr. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, President
Espanya, Sr. Pablo García Manzano, Jutge
Espanya, Sr. Vicente Conde Martín de Hijas, Jutge
França, Sr. Jean-Claude Colliard, Jutge
Hongria, Sr. Árpád Erdei, Vicepresident
Itàlia, Sr. Giovanni Maria Flick, Jutge
Letònia, Sr. Aivars Endzins, President
Luxemburg, Sr. Marc Thill, President
Luxemburg, Sr. Jean Jentgen, Conseller
Malta, Sr. Vincent A. De Gaetano, President
Mònaco, Sr. Roland Drago, President
Noruega, Sr. Trond Dolva, Jutge
Polònia, Sr. Marek Safjan, President
Portugal, Sr. Luís Nunes de Almeida, President
Romania, Sr. Lucian Stangu, Jutge
Rússia, Sr. Vladimir Yaroslavtsev, Jutge
Sèrbia i Montenegro, Sra. Mirjana Rasic, Jutge
Sèrbia i Montenegro, Sr. Radovan Krivokapic, Jutge

Turquia, Sra. Samia Akbulut, Jutge

Turquia, Sr. Mustafa Baysal, Jutge

Txèquia, Sr. Jirí Mucha, Jutge

Xipre, Sr. Andreas Kramvis, Jutge

Xipre, Sr. George Nicolaou, Jutge

Tribunal Europeu dels Drets Humans, Sr. Javier Borrego Borrego, Jutge

Tribunal Europeu dels Drets Humans, Sr. Josep Casadevall Medrano, Jutge

2. En primer lloc, diversos participants van destacar, i tothom hi va estar d'acord, la dificultat de precisar el concepte jurídicopolític de “*minoria*”, qualificat reiteradament de concepte “*inaprehensible*”, “*mutant i contradictori*”, “*inexistent com a concepte*”, i fins i tot qualificat també de “*concepte que és millor no precisar*”.

No obstant això, no és menys cert, tal com va reconèixer tothom, que el concepte en qüestió s'utilitza freqüentment en textos positius, tant internacionals com interns, fins i tot n'hi ha que el defineixen (com per exemple el preàmbul de la Llei hongaresa LXXVII/1993), i encara més, doctrinalment és d'ús comú per referir-se a una sèrie de grups que viuen en el si d'una societat més gran, que reivindiquen una identitat pròpia i, freqüentment i en funció d'aquesta, un tracte especial per part dels poders públics.

3. Es tracta d'un concepte d'origen internacional, rebut en el dret constitucional des del qual es projecta novament a escala internacional relacionat amb el procés d'internacionalització de la formulació i de la garantia dels drets fonamentals.

En efecte, la protecció de les minories apareix en els tractats de pau que van posar fi a la Primera Guerra Mundial i com a tal es va recollir en el sistema de les Nacions Unides. El fonament residia en els articles 86 i 93 del Tractat de Versalles i la seva instrumentació es va dur a terme mitjançant els anomenats “*tractats de minories*”, que es van acordar entre les potències aliades i associades i els dos estats nous de Polònia i de Txecoslovàquia i els estats que havien estès les seves fronteres (Grècia, Romania i Iugoslàvia); i també mitjançant quatre capítols especials inclosos en els tractats de pau amb els estats vençuts (Àustria, Bulgària, Hongria i Turquia), diversos tractats bilaterals i fins i tot sis declaracions unilaterals.

Aquest concepte va ser rebut pel dret constitucional de la primera postguerra, fins al punt que en va esdevenir una de les seves característiques.

Durant la segona postguerra es va abandonar el sistema de minories anterior, que va ser substituït tant per un sistema multilateral, que consistia en clàusules de protecció dels drets humans fonamentals en els Tractats de pau de 1947 amb Itàlia, Finlàndia, Bulgària, Hongria i Romania, com

per un sistema basat en instruments bilaterals (per exemple, el Tractat austro-italià de 1946). Cal fer una menció especial, pel seu caràcter constitucional, del Tractat de l'Estat austríac de 1955, en el qual es reconeixen als “*súbdits austríacs pertanyents a les minories eslava i croata*” drets especials en matèria lingüística, cultural i escolar (article 7).

Després de la Segona Guerra Mundial, el Pacte de les Nacions Unides sobre drets civils i polítics de 1966 assumeix la protecció de les persones pertanyents a “*minories ètniques, religioses o lingüístiques*” (article 27), i el Consell d'Europa s'ha encarregat de la qüestió des del seu origen fins a la formulació del conveni marc de 1994 sobre la matèria. Les últimes generacions de constitucions de diversos països de l'Europa Central i Oriental recullen, en uns termes o en uns altres, aquesta mateixa categoria.

Diversos participants van considerar la formulació internacional i la seva adopció interna per la via de la remissió als tractats internacionals com una alternativa vàlida a la formulació constitucional, tant dels drets de les minories com dels drets fonamentals, tot i que van remarcar el valor pedagògic de la formulació constitucional per facilitar la introjecció dels valors constitucionals per part de les diverses societats.

4. La generalitat necessària de la formulació constitucional d'aquests valors posa de manifest la importància que té la jurisprudència dels tribunals constitucionals com a intèrprets de la norma fonamental. Demem a aquesta jurisprudència la decantació i l'evolució del concepte de “*minories*” i la instrumentació de la seva protecció, de vegades a partir d'una menció textual expressa, i altres vegades, fins i tot més nombroses, a partir de valors més genèrics i de la consideració de les circumstàncies concretes de l'assumpte que els és sotmès.

A l'entorn del valor “*de la igualtat*”, clau de les democràcies modernes, és on té més importància aquesta feina interpretativa. En efecte, ningú nega aquest valor, però el problema sorgeix a l'hora d'articular-lo efectivament en el tractament de situacions desiguals que, com des de sempre s'ha reconegut, justifiquen no una desigualtat davant la llei, però sí un tractament proporcional a la desigualtat del cas concret en l'aplicació de la llei. En tot cas, el valor de la igualtat exigeix l'eradicació de tota mena de discriminació.

5. La jurisprudència constitucional, especialment la germànica, fonamenta la protecció de les minories en la tutela dels drets fonamentals en la seva doble dimensió de drets de defensa davant el poder públic –que exclouen la seva intromissió en un àmbit de llibertat que, malgrat ser individual, té una necessària projecció col·lectiva- i drets de protecció per part del poder públic, que poden arribar fins a l'exigència d'una prestació vital. Els drets deixen de ser, doncs, límits al poder i esdevenen metes o objectius del mateix poder.

6. Es van formular dues posicions principals sobre aquesta qüestió. D'una banda la posició que té en compte la supremacia de la norma, sigui la llei, sigui la Constitució, i en conseqüència la voluntat suprema del legislador i també del poder constituent, que el jutge no pot substituir i que en tot cas li pot ser imposada. D'altra banda, la posició que propugna una llibertat més gran del jutge constitucional per interpretar la norma en funció de les circumstàncies de cada cas, la qual cosa porta a la mutació de la mateixa norma. Ço és, a canviar-ne el significat, fins i tot sense afectar el tenor de la seva literalitat.

El cas francès és paradigmàtic en aquesta qüestió. En principi no existeixen minories a la República Francesa, una i indivisible, sinó ciutadans iguals davant la llei, titulars de drets fonamentals. Aquest seria el criteri que es dedueix de l'article 2 de la Constitució de 1958, i així ho va entendre el Consell Constitucional l'any 1991 en relació amb la "*inexistència d'un poble cors*" i l'any 1999 en relació amb les llengües regionals.

No obstant això, és evident que en la pràctica hi ha diferències jurídiques entre grups, fonamentalment territorials, de ciutadans, ja sigui per raons geogràfiques (*populations d'outre-mer*), ja sigui per raons històriques (permanència en vigor del dret concordatari i d'altres d'origen alemany a Alsàcia), ja sigui per raons culturals (tolerància de les llengües regionals, fins i tot en l'ensenyament, només limitada quan aquesta suposés una immersió monolingüe en un idioma diferent del francès). D'altra banda, l'adopció de la quota de gènere en la normativa electoral suposa un reconeixement d'un tipus de minoria, en el sentit qualitatiu i no pas quantitatiu del terme. I el problema es planteja davant la difusió de l'Islam a França tenint en compte la legislació separadora entre l'Església i l'Estat de 1905, que posa a disposició del culte catòlic un immens patrimoni arquitectònic i cultural i impedeix la cooperació de la República amb altres confessions.

7. La situació és especialment complexa i dinàmica perquè, juntament amb les minories clàssiques sorgeixen nous tipus de minories, que, a més, poden superposar-se i juxtaposar entre si. Els participants van coincidir a distingir, a aquest efecte, tres tipus fonamentals de minories.

En primer lloc, les anomenades minories clàssiques. Es tracta dels grups nacionals i ètnics. És a dir, col·lectius culturals (lingüístics, religiosos, etc.) que proporcionen una identificació global de l'individu que hi pertany. Aquestes es podrien anomenar "*minories*" històriques o autòctones, com és el cas dels eslovacs a Àustria o dels italians i els hongaresos a Eslovènia, o del poble sami a Noruega, entre altres múltiples exemples possibles. La Constitució hongaresa els qualifica de "*minories nacionals*" i la Constitució eslovena de "*comunitats nacionals*". D'acord amb la normativa hongaresa, són les comunitats que fa més de cent anys que estan establertes en el si de la societat global, i que sovint ho estan des de temps immemorials.

En segon lloc, hi ha els grups que no es troben en aquesta situació i que la doctrina jurisprudencial hongaresa qualifica de "*grups de facto*", constituïts per immigrants legals i fins i tot per residents.

La distinció, i més endavant ja en tornarem a parlar, té una gran transcendència pràctica a l'hora d'instrumentar-ne la protecció, perquè mentre que les primeres són protegides com a tal grup, els membres de les segones són tutelats en els seus drets fonamentals, fins i tot els que suposen un exercici col·lectiu, sobre la base del principi d'igualtat.

Aquestes noves minories són fruit de les recents migracions massives. Aquestes migracions, d'acord amb l'experiència dels experts del Consell d'Europa, poden ser de tres tipus: extraeuropees, intraeuropees i intraunió europea. En el primer cas generalment desvinculades d'un estat mare quan són subsaharianes, i amb clares vinculacions a un estat mare si procedeixen de països àrabs, asiàtics o iberoamericans; en el segon cas, normalment vinculades a un estat mare, amb un significat diferent si aquest estat és fronterer o no ho és amb l'estat receptor de la migració.

En relació amb aquestes últimes es va plantejar el problema de la lliure circulació de persones que regeix en el si de la Unió Europea que pot agreujar el problema de les minories en els països i territoris que a causa de la seva exigüitat o per altres condicions socials i ecoambientals siguin especialment fràgils a l'impacte de fluxos de població. Fluxos intensos quan l'atractiu estètic, climatològic, econòmic o laboral d'aquests territoris atrau residents permanents o quasi-permanents (turistes de llarga durada) d'altres països més rics de la Unió. L'experiència recollida fins ara, i que alguns participants van aportar, revela quatre models per inhibir aquests fluxos sense incórrer en discriminacions prohibides per la mateixa normativa de la Unió. Les excepcions transitòries (cas del Tirol), les normes d'excepció (Illa de Man), la segregació d'un territori estatal de la Unió (cas de Groenlàndia), i l'ordenació del territori com a mesura de foment de l'establiment de la població (en estudi a Canàries).

És obvi que aquesta qüestió té una especial importància en relació amb els microestats europeus, fins i tot membres del Consell d'Europa, i que d'una manera o d'una altra estan cridats a associar-se amb la Unió Europea. Els microestats, onsevol i a Europa també, i encara més, són especialment fràgils a l'impacte de fluxos demogràfics i financers externs, i la preservació de la seva identitat i de la seva existència justifica mesures de protecció especial.

En tercer lloc, hi ha les anomenades, minories novíssimes, que són les constituïdes pels grups que reclamen un reconeixement i una tutela especial en funció del gènere, l'orientació sexual, la discapacitació, etc.

Els participants van optar per centrar l'atenció en els dos primers tipus de minories, atesa la peculiaritat de les minories "novíssimes" i el seu caràcter diferent de les altres, clàssiques i noves, basades en factors objectius capaços de fonamentar una identificació cultural i política global. L'equiparació que va fer J. Habermas dels francòfons del Quebec amb els sord-muts de Canadà no afavoreix la millor comprensió de cap dels dos problemes. La majoria dels participants van coincidir en el fet que les minories clàssiques, fins i tot quan es tracta d'una població molt barrejada, no presenten en l'actualitat problemes especials. Aquests problemes provenen de les noves minories

producte de la immigració, els valors ètics i estètics de les quals topen amb els valors vigents en els països europeus d'acollida (per exemple, la sentència del Tribunal Constitucional federal alemany del 23 de setembre del 2003).

8. Tot el que s'ha exposat dona lloc, segons el parer dels participants, a una sèrie de tensions, freqüentment simultànies, almenys, sobre quatre eixos:

Primer, entre l'individu i el mateix grup minoritari al qual pertany. Una visió liberal de la societat exigeix el caràcter obert del grup, de manera que la pertinença al mateix grup sigui voluntària. No obstant això, no es pot negar, tal com van constatar alguns participants, que la protecció de la identitat i la pertinença del grup pot exigir algunes mesures limitadores de la llibertat d'opció. És el cas de les polítiques d'immersió lingüística que, fins i tot quan tendeixen a crear una societat plurilingüe, imposen l'aprenentatge d'una llengua, també a aquells que no desitgen aprendre-la.

Segon, entre el mateix grup minoritari i qui s'erigeix en representació seva, que pot resultar ser no majoritària en el si del grup, i una constatació que pot no ser formalment possible perquè això suposaria un principi de discriminació.

Tercer, entre les minories englobades en un grup minoritari més gran i aquest.

Quart, entre el grup minoritari i la societat global en què està establert. Els models de convivència entre les minories –especialment les noves- i la societat d'acollida, encara per determinar, requereixen un desenvolupament de l'actitud de tolerància mútua, i també de la determinació dels límits d'aquesta tolerància en funció dels valors constitutius de l'ordre públic. Algun participant va formular la situació i va remarcar que de la unitat homogènia d'antany es planteja el pas a una forma d'unitat heterogènia en què la voluntat de viure junts és compatible amb la voluntat de mantenir-se diferents i, al seu torn, aquest fet planteja els límits admissibles d'aquesta diferència.

9. Els participants van examinar, tenint en compte llurs pròpies experiències, una sèrie de tècniques utilitzades per a la tutela de les persones que pertanyen a una minoria.

Primera, la igualtat estricta davant la llei i la mateixa garantia per a tots els individus, dels drets fonamentals que els hi corresponen com a individus *“sense discriminació per raó de raça, de llengua, de religió, de cultura, etc.”*. Es tracta del principi republicà de negació de qualsevol llei privada (privilegi) de grup o de territori com a contrària al principi d'igualtat ciutadana, i fins i tot humana. Això suposa impedir la discriminació dels minoritaris pel seu caràcter de minoria, però no els garanteix el desenvolupament, especialment en l'esfera pública, de les seves característiques pròpies com a minoritaris (per exemple, la llengua).

Segona, l'exercici col·lectiu dels drets fonamentals amb una dimensió col·lectiva essencial (com

ara la llibertat de culte i de catequesi religiosa). És la tesi desenvolupada per la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans del Consell d'Europa en relació amb el Conveni de 1950, en què no es reconeixen els drets col·lectius.

Tercera, la policia d'ordre públic com a límit de tota llibertat, en garantia del dret dels altres. Això suposa, l'acceptació comuna d'uns fonaments axiològics compartits d'aquest ordre públic. Es va remarcar el risc que les normes sobre aquesta qüestió continguin fórmules de discriminació oculta.

Quarta, l'autogovern de les minories territorialment establertes en un espai propi. Al mateix temps aquesta opció pot tenir un significat diferent segons el sentit funcional o simbòlic de l'espai en qüestió per al mateix grup (per exemple de *"llar nacional"*), segons la cohesió del grup que hi estigui establert i segons si és majoritari o no ho és. Els participants van discutir sobre l'àmbit del principi de territorialitat que, d'una banda, facilita la convivència de grups espacialment establerts, amb fórmules funcionalment federals (com ara els casos d'Espanya i Bèlgica) i, d'altra banda, planteja el problema de garantir els drets de les minories establertes en el si de cada grup i pertanyents o afins a l'altre.

Cinquena, l'autogovern de comunitats basades en un fonament personal no territorial, com la ideada pels marxistes austríacs Renner i Buaer. Aquest sistema s'apunta en la normativa i la pràctica de països com Eslovènia, Hongria i Polònia. La consideració d'aquestes minories com a *"factors integrants de l'estat"* exigeix que estiguin representades així en les assemblees (vegeu en aquest sentit la sentència del Tribunal Constitucional hongarès 35/1992).

Sisena, l'estatus personal de minoritari que manté unit a la persona en tot el territori *"com l'ombra al cos"* (seria el cas de les especialitats fiscals i forals civils a Espanya).

Setena, la discriminació positiva, és a dir, el tractament diferent, i fins i tot preferent que es dóna als membres d'una minoria pel fet de tenir aquesta condició.

Els participants van estar d'acord que aquesta denominació era inadequada pel fet de ser contradictòria: si discrimina –un fet prohibit per tal com atempta contra la igualtat com a dret fonamental– no és positiu, i si és positiu no és discriminatori. Alguna jurisdicció constitucional, com per exemple l'eslovena, que va començar utilitzant aquesta expressió (l'any 1998) l'ha substituït per la d'acció afirmativa (l'any 2001).

Amb independència de la terminologia utilitzada, es va posar de manifest que el fonament d'aquestes mesures era compensar una situació fàctica de prostració o de marginació. L'*"acció afirmativa"* o *"discriminació positiva"* té com a finalitat tractar millor allò que es troba en pitjors condicions per posar-ho en una situació millor. Es tracta, doncs, d'una versió de la *"clàusula de promoció"* continguda en diverses constitucions (com ara a l'article 3, d'Itàlia; l'article 9.2, d'Espanya; l'article 6.2, d'Andorra; etc.).

Per consegüent, la discriminació positiva que pretén aconseguir la igualtat real entre els qui en principi són desiguals, no pot consistir en una mesura permanent, que equivaldria a un privilegi

en perjudici de tercers, sinó en una mesura transitòria (per exemple, quota de gènere, però no paritat de gènere), amb més contingut economicosocial que politicoinstitucional (per exemple, la representació reservada a grups ètnics). No obstant això, el Tribunal Constitucional d'Hongria, en la seva jurisprudència des de 1990 fins a 1999, va interpretar que la igualtat real permetia eliminar el mínim de vots exigint per obtenir representació electoral amb l'objectiu de garantir la representació de les minories. I la normativa electoral espanyola vigent ha fet el mateix per permetre la representació dels partits d'àmbit no estatal que, de fet, representen reivindicacions nacionalistes o regionalistes. Tot i que no falten crítics que consideren aquesta solució un privilegi, no és menys cert que l'aplicació d'un mateix mínim electoral suposaria l'exclusió a perpetuïtat de la representació d'aquestes minories.

10. Per acabar, els participants van considerar que la qüestió fonamental és la finalitat del règim de protecció. Tant la protecció de l'individu membre d'un grup perquè siguin respectats i es facin efectius els seus drets fonamentals, fins i tot els de l'exercici col·lectiu i el que sembla una condició indispensable de tots aquests drets, la pròpia identitat, per essència intersubjectiva, com la protecció del grup minoritari en si mateix, ja sigui davant l'erosió exterior ja sigui davant la dissidència o la deslleialtat interior.

De les diverses experiències aportades pels participants sembla que les minories clàssiques, i especialment les qualificades de "*minories nacionals*" o "*comunitats nacionals*", pel seu caràcter autòcton i pel seu arrelament històric, són considerades subjectes de drets creditors, en la seva qualitat de grups, d'un tracte especial. En canvi, els simples "*grups de facto*" no són creditors d'aquest tipus de tractament i els seus membres reben protecció sobre la base dels drets fonamentals.