

A topographic map of Catalonia, Spain, with several yellow stars overlaid on it. The stars are positioned at the top, bottom, and sides of the map, framing the central text. The map shows various regions like Val d'Aran, Pallars Sobirà, and Andorra. The text is centered within a dashed blue border.

Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables”

La jurisprudència del
Tribunal de Justícia Europeu
en el context català

Editat per Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre del grup de No Inscrits del Parlament Europeu

Confiança mútua,
drets fonamentals i
“grups objectivament
identificables”

La jurisprudència del
Tribunal de Justícia Europeu
en el context català

Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables”

La jurisprudència del
Tribunal de Justícia Europeu
en el context català

Editat per Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre del grup de No Inscrits del Parlament Europeu

Els autors en són els responsables exclusius;
el Parlament Europeu no és responsable de cap ús
que es pugui fer de la informació continguda.

Aquest llibre no està en venda / és distribuït gratuïtament.

Editora: Neus Torbisco i Casals
Imatge de portada: © Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya (ICGC)
Disseny: Estudi Muto
Impressió: Serveis Gràfics Boira
Nombre d'exemplars impresos: 500 exemplars
Imprès a Catalunya

Índex

Prefaci. Carles Puigdemont i Casamajó, Membre del grup de No Inscrits del Parlament Europeu	10
1. Neus Torbisco Casals, Introducció. Confiança mútua, drets fonamentals i el Tribunal de Justícia Europeu: el cas <i>Puig Gordi i altres</i> en context	19
2. Neus Torbisco Casals & Nico Krisch, Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables” en el dret i la jurisprudència comunitaris	41
3. David Banisar, Qüestions de llibertat d’expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya	77
4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea	105
5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”	139
6. Alejandro Chehtman, El dret a la veritat i el procés català	165

Aquest llibre és dedicat a totes les persones que han hagut d'exiliar-se i que pateixen persecució política i altres violacions dels drets humans a causa de la seva lluita pel dret d'autodeterminació i per la identitat cultural i nacional de tots els pobles

Aquest llibre és un projecte col·lectiu que no hauria sigut possible sense l'ajut i el suport de molta gent. Voldríem agrair sobretot a en Victor Santos Mariottini de Oliveira la seva ajuda editorial, pacient i incansable, al llarg del procés de creació, a en Daniel Mundet Cerdan el seu compromís i tota l'energia rere el projecte per part del Parlament Europeu, així com a en Nico Krisch el seu assessorament en identificar els temes principals objecte d'anàlisi i el seu compromís cabdal a les fases finals d'edició i de revisió de totes les aportacions. També voldríem expressar la nostra gratitud a tots els defensors dels drets humans i a tots els advocats que han dedicat innombrables hores a la defensa dels drets fonamentals del moviment independentista català -com a "grup objectivament identificable"- tant a Espanya com a altres països europeus. Dediquem un agraïment especial a Gonzalo Boye, Simon Bekaert, Paul Bekaert, Isabel Elbal, Josep Costa, "Сергей", Wolfgang Schomburg, Sören Schomburg, Christophe Marchand, Michel Hirsch, Sofie Colmant, Creppine Uwashema i Elena Valcuende.

Prefaci

L'estudi que ha coordinat i editat la Doctora Neus Torbisco i Casals respon a l'encàrrec que li vaig fer per tal d'aprofundir en la defensa dels drets i llibertats a la Unió Europea a partir de la nova perspectiva que obria la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió en relació amb el cas del conseller Lluís Puig i les demandes d'extradició a altres polítics catalans objecte, com jo mateix. Al llarg d'aquesta legislatura del Parlament Europeu he pogut comprovar la regressió de l'estat de dret i dels drets fonamentals en diferents estats de la UE. Els informes que de manera regular es realitzen sobre la situació de l'estat de dret posen de manifest que molts estats d'arreu del món, i malauradament, també de la UE troben noves formes cada cop més sofisticades i també desacomplexades de laminar i atacar els drets polítics, socials, culturals i nacionals dels seus ciutadans en el que serien vulneracions domèstiques de drets humans.

Aquesta regressió en la protecció de drets fonamentals, que afecta sobre tot a minories i grups dissidents, representa un risc per la democràcia com a sistema polític que en cap cas pot emparar l'autoritarisme i la dominació de les majories com a solució a conflictes polítics i nacionals d'arrel històric, o per criminalitzar demandes legítimes de drets col·lectius com el dret a l'autodeterminació.

L'estudi que teniu a les vostres mans és una contribució a la defensa dels drets civils, socials i col·lectius a la UE a partir de la més recent jurisprudència de la Unió Europea. Els 6 capítols d'aquest estudi contribueixen a explicar com es poden revertir actuals situacions de criminalització i vulneració de drets individuals, amb la idea de base que cal protegir i reforçar el pilar fonamental de l'edifici europeu, que per a mi és la creació d'un espai de llibertat, seguretat i justícia.

Aquest pilar és l'expressió del que Robert Schuman, un dels pares intel·lectuals del projecte europeu, pretenia quan va afirmar que "Europa no es farà tota alhora, ni d'acord amb un únic pla. Es construirà a través d'assoliments concrets que creïn primer una solidaritat de facto". L'espai europeu de llibertat, seguretat i justícia es fonamenta en la confiança entre els estats. En la confiança que tots els estats membres d'aquest espai tenen i mantenen el mateix nivell de compromís i exigència vers el respecte dels drets humans i els drets fonamentals dels seus ciutadans. Per desgràcia no tots els estats membres de la UE tenen els mateixos estàndards, i això és ara mateix un dels riscos per a l'estat de dret i per la democràcia a Europa que em preocupen especialment. Sobretot perquè observo la sofisticació de la persecució política que fan alguns estats democràtics de tal manera que s'aconsegueixi l'efecte -sufocar la dissidència i les minories-- amb l'aparença que s'està defensant l'estat de dret -acusacions de terrorisme, o falses imputacions de crims comuns.

Amb la sentència Lluís Puig i Gordi i altres de 31 de gener de 2023, la Gran Sala del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) es va fer un pas significatiu per aclarir l'abast i els límits de la confiança mútua entre els estats membres en el context de l'espai de llibertat, seguretat i justícia de la UE. Aquestes qüestions, i en particular l'equilibri entre el principi de confiança mútua i la protecció dels drets humans garantits a la Carta dels Drets Fonamentals, es troben al centre del sistema d'ordre de detenció europea, que representa una pedra angular de la UE en cooperació en matèria de seguretat i penal. Aquesta sentència també va establir el concepte de Grup Objectivament Identificable de persones (GOI) i la possibilitat que els tribunals nacionals deneguin l'execució de les ordres de detenció europees en casos de deficiències dels drets humans que afectin aquests GOI(s)

Amb aquest treball acadèmic que us posem a l'abast es vol contribuir a entendre millor els antecedents d'aquest gir en la jurisprudència del TJUE, i es pretenen extreure'n les implicacions més àmplies, sobretot pel que fa al context del qual neix. El volum situa la nova jurisprudència del TJUE en el context més ampli del desenvolupament del dret europeu i la jurisprudència sobre els límits de la confiança mútua entre els estats membres en la cooperació en matèria de justícia. Connecta aquesta jurisprudència amb principis més generals del dret constitucional comparat, especialment el paper dels tribunals en la protecció de les minories i els grups vulnerables en els sistemes constitucionals.

L'anàlisi jurídica de les implicacions del concepte GOI ofereix una oportunitat per a l'aprofundiment democràtic de la UE. És una oportunitat per reafirmar de manera inequívoca i concreta el compromís dels estats membres amb la protecció de minories, també les nacionals. Estic convençut que l'estudi GOI és de gran interès i utilitat per a la tasca del Parlament Europeu en la defensa de drets fonamentals, drets civils i llibertats. Europa ha de ser un agent actiu en la defensa dels drets humans i ara disposem d'un instrument més per poder acomplir aquesta tasca de manera efectiva. I és, al capdavall, una de les aportacions catalanes a la millora de la democràcia europea.

Carles Puigdemont i Casamajó,
Membre del grup de No Inscrits del Parlament Europeu

Resums

1. Neus Torbisco Casals, Introducció. Confiança mútua, drets fonamentals i el Tribunal de Justícia Europeu: el cas *Puig Gordi i altres* en context

La jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l'Ordre de Detenció Europea va prendre un nou gir el 2023, quan es va haver d'enfrontar a casos que implicaven membres del moviment independentista català reclamats pels tribunals espanyols. Aquí es va palesar amb intensitat particular la tensió entre el principi de confiança mútua entre estats membre de la Unió Europea i la protecció dels drets fonamentals de les persones, i el Tribunal hi respongué amb una nova articulació dels límits de les Ordres de Detenció Europees. Si bé continuava insistint que l'execució automàtica de les ODEs és la norma, va crear una nova excepció més àmplia pel que fa a “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”. Aquest volum cerca d'entendre millor el rerefons i el significat d'aquesta excepció. Aquest capítol introductorí delinea breument el context jurídic i jurisprudencial en què s'ha trobat el TJE per aquest cas. A continuació, traça el rerefons polític del cas, amb el procés que va conduir al referèndum d'autodeterminació de Catalunya el 2017 i a la creixent criminalització del moviment independentista durant l'última dècada, en especial després del referèndum. Finalment, el capítol presenta un resum de les aportacions dels diferents capítols i del volum en el seu conjunt.

2. Neus Torbisco Casals i Nico Krisch, Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables” en el dret comunitari

El significat i l'abast del nou enfocament del TJE al voltant de les “deficiències que afecten grups objectivament identificables” s'entén millor a la vista de l'evolució de la seva jurisprudència al llarg del temps i de les lògiques normatives que hi ha al darrere. Així doncs, aquest capítol situa la sentència del cas *Puig Gordi i altres* en el context més ampli de l'evolució de la legislació i la jurisprudència europees sobre els límits de la confiança mútua entre estats membre dins la cooperació en afers judicials. Traça la idea original de l'ODE i la marginació continuada de les preocupacions pels drets dins la primera jurisprudència, malgrat pressions creixents per adoptar una ponderació diferent. A continuació, aprofundeix en el canvi de sistema després de 2015, en resposta a un entorn diferent, tant normatiu com polític, amb noves excepcions i interpretacions introduïdes progressivament a la jurisprudència del TJE. La creació de la nova excepció de “deficiències que afecten un grup objectivament identificable” pel TJE el 2023 és un pas més dins l'evolució cap a un equilibri més sostenible entre un interès per la cooperació judicial efectiva i els riscos permanents per als drets humans. De manera semblant a canvis anteriors, es va produir en resposta a la reticència dels tribunals nacionals a executar ODEs i a les conclusions

dels organismes internacionals sobre violacions greus dels drets humans. Seguidament, el capítol analitza aquesta nova categoria a la llum d'un estudi més detallat del concepte de "confiança mútua" al si de la integració europea, així com d'un enfocament de dret constitucional comparatiu de la definició d'un paper adequat dels tribunals en la protecció de drets humans sense interferir indegudament en processos democràtics. La protecció de minories socials, polítiques i culturals és una qüestió central en la justificació d'un examen judicial minuciós, i és en aquest sentit que també cal entendre el nou enfocament del TJE. Per altra banda, això permet que el capítol delineï l'abast de la nova jurisprudència i del què promet més enllà del context concret de l'ODE i del cas català.

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

La llibertat d'expressió és un dret humà fonamental, essencial per a la democràcia. Fonamenta el dret de participació pública i política. La seva base és establerta al dret internacional dels drets humans, concretament al Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i al Conveni Europeu de Drets Humans. A més, els grups minoritaris i desfavorits gaudeixen de protecció addicional segons el dret internacional per assegurar que la seva veu sigui escoltada i protegida. Si bé no és un dret absolut, els estats només poden restringir la llibertat d'expressió en circumstàncies limitades. L'opinió relacionada amb temes polítics i amb qüestions d'interès públic és fortament protegida i només pot ser restringida en les circumstàncies més estrictes. També és el cas dels debats sobre l'autodeterminació i les estructures polítiques de l'estat, inclosa la secessió, sempre que no defensin la violència o promoguin l'odi. De manera semblant, la llibertat de reunió, relacionada amb protestes pacífiques, també ha sigut declarada un dret humà fonamental, interrelacionat amb la llibertat d'expressió i essencial per a la participació pública. Tal com la llibertat d'expressió, la seva base és clarament establerta al dret internacional dels drets humans i no pot ser restringida sinó en circumstàncies estrictes. Això també inclou la protecció de debats sobre qüestions com la secessió.

Els conflictes emanats dels debats sobre la independència de Catalunya han plantejat molts desafiaments a la llibertat d'expressió i de reunió a Espanya. Aquest capítol repassa les normes internacionals que governen la llibertat d'expressió i de reunió, les polèmiques sorgides a Espanya dins el context d'aquests conflictes i les respostes dels organismes nacionals i internacionals de drets humans. Aquestes respostes situen les actuacions del govern espanyol en el context del marc internacional de drets humans i indiquen que moltes actuacions en resposta als debats sobre la independència han incomplert les seves obligacions segons el dret internacional dels drets humans. Per la seva banda, això planteja qüestions de si són prou regulars per ser considerades com a discriminació sistemàtica o que "afecta un grup objectivament identificable". El gran nombre de declaracions i veredictes d'organismes i experts internacionals en drets humans que constaten violacions de les normes donen suport a aquesta conclusió d'una discriminació sistemàtica.

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

Les ordres de detenció europees emeses contra líders polítics catalans plantegen qüestions de gran actualitat sobre els límits de la “confiança mútua” entre democràcies europees. La jurisprudència en evolució del Tribunal de Justícia Europeu en aquesta matèria indica que l’execució d’una ordre pot ser denegada en casos en què les deficiències de l’estat sol·licitant afecten “un grup de persones objectivament identificable al qual pertany l’afectat”. Aquest capítol analitza com cal valorar aquesta jurisprudència quan el grup afectat és objecte de vigilància il·legal. La vigilància il·legal és un problema endèmic i d’abast mundial, però l’escàndol del “Catalangate” indica que, a Catalunya, ha sigut sobretot un problema principalment a conseqüència de l’ús del programari espia Pegasus. La identificació de la naturalesa i de l’estatus jurídic d’aquesta vigilància pot ajudar a entendre com això defineix els contorns de grups “objectivament identificables” concrets en el seu procés de seguiment. La vigilància pot ser legal, tal com ho reconeix sobretot el Tribunal Europeu de Drets Humans, si satisfà les exigències del Conveni i si és necessària i proporcional (habitualment en el context d’investigacions judicials). Tanmateix, hi ha poc dubte que la vigilància pot constituir una violació dels drets humans, tal com ho ha denunciat un seguit d’observadors internacionals en el context espanyol. És sobretot el cas quan assumeix un caràcter indiscriminat en adreçar-se a un grup ampli. En conseqüència, la vigilància pot afectar negativament el dret a un judici just i hauria de ser un factor clau rellevant a l’hora de decidir sobre la pertinència d’una Ordre de Detenció Europea.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

Aquest capítol explora la violació de drets polítics com a possibles deficiències que afecten grups objectivament identificables. Traça la jurisprudència internacional que defineix els contorns dels drets polítics segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i el Conveni Europeu de Drets Humans, bo i parant atenció especial a la relació entre les violacions d’aquests drets i l’afiliació dels afectats a grups polítics, socials o culturals concrets. A continuació, aprofita aquest rerefons per estudiar en detall les interferències en els drets polítics del moviment independentista català per part de l’estat espanyol. Analitza els diferents casos de restriccions de drets polítics, que en el seu conjunt suposen una interferència greu que ha coartat seriosament la capacitat dels polítics i dels agents de la societat civil catalana d’exercir les seves funcions. Seguidament, el capítol explora possibles justificacions d’aquestes interferències, però conclou que, també a la llum de les decisions dels tribunals internacionals i europeus sobre qüestions relacionades, no se sosté aquesta justificació i que, per tant, ens enfrontem a un seguit de violacions greus dels drets polítics. Atès que s’adrecen específicament contra un grup polític i social concret, aquestes violacions suposen deficiències que afecten un grup objectivament identificable segons el Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

6. Alejandro Chehtman, El dret a la veritat i el procés català

Aquest capítol estudia primerament els orígens, la base jurídica i l'àmbit del dret a la veritat, tal com és aplicable a Espanya segons el dret internacional dels drets humans, com a obligació segons els sistemes europeu i universal. Malgrat reconèixer el dret humanitari internacional com a precursor rellevant, identifica la font directa d'aquest dret en les transicions llatinoamericanes com a instrument legal per escatir violacions de drets humans passades en un context d'inacció de l'estat i d'impunitat general. A més, delinea la seva ampliació dins el sistema interamericà i cap als seus homòlegs europeu i africà, per ser finalment reconegut segons el sistema universal. En resum, mostra que aquest dret comporta al capdavant una obligació dels estats de dur a terme una investigació imparcial, exhaustiva i prompta de les violacions dels drets humans, i també que aquest compliment exigeix una forma de rendició de comptes. Aquest dret fonamental està relacionat amb la confiança de les persones en el compromís de les autoritats estatals amb l'estat de dret, la seva fiabilitat i la importància de la no repetició d'aquestes violacions. Aquest dret el gaudeixen, de manera conjunta o complementària, víctimes individuals i col·lectius que han pogut patir danys o estar afectats per determinats esdeveniments.

D'acord amb això, el capítol estudia si les respostes a determinats fets satisfan les obligacions d'Espanya envers el dret a la veritat. Concretament, estudia acusacions de víctimes i d'altres interessats en relació amb la resposta espanyola a la violència desencadenada al voltant del referèndum d'independència i del moviment independentista en general, així com dels atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils que van tenir lloc durant el procés català. En relació amb la primera, documenta el marcat contrast entre la persecució judicial de les accions dels líders i ciutadans catalans i la persecució judicial dels agents de policia i d'altres forces de seguretat. Tanmateix, reconeix que l'actuació de les víctimes i de la societat civil va empènyer les autoritats, més enllà d'abordar actes de violència aïllats, a tractar les denúncies d'aspectes sistèmics de violència i la possible responsabilitat de comandaments mitjans. En aquest sentit, el dret a la veritat ha servit i ha ajudat moltes víctimes i organitzacions de la societat civil a exigir unes respostes institucionals més adequades. En canvi, hi ha certs aspectes de les denúncies de les víctimes sobre els atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils a les quals les autoritats espanyoles fins ara s'han negat a fer front i a investigar d'una manera que satisfaci les exigències rigoroses del dret a la veritat. Dins el context més ampli en què han tingut lloc aquestes respostes, el tractament de les reivindicacions de les víctimes catalanes contribueix a la seva denúncia de deficiències sistemàtiques que afecten un grup objectivament identificable.

Col·laboradors

David Banisar és professor superior visitant del Departament de Govern de la London School of Economics and Political Science i advocat i consultor de drets humans a Londres. Ha sigut assessor legal superior d'ARTICLE 19, la campanya mundial per la llibertat d'expressió i d'informació, professor superior visitant de la University of Leeds School of Law i professor investigador a la Kennedy School of Government, Universitat de Harvard.

Alejandro Chehtman és degà i professor de dret de la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires. També és membre del Consell Nacional de Recerca Científica i Tècnica Argentí (CONICET). Ha sigut professor del Departament de Dret de la LSE, becari Marie Sklodowska-Curie de la Facultat de Dret del University College London, membre visitant del Carr Center for Human Rights Policy, Harvard Kennedy School, i professor visitant de la Universitat de Girona i de la LUISS de Roma. El seu llibre *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment* va ser publicat el 2010 a Oxford University Press.

Nico Krisch és professor de dret internacional i cap del Departament de Dret Internacional del Graduate Institute of International and Development Studies de Ginebra. Ha sigut professor titular de la London School of Economics, de la Hertie School de Berlín i de l'Institut Barcelona d'Estudis Internacionals, a més de professor visitant a les escoles de dret de Harvard i Columbia. El seu interès investigador se centra en l'estructura legal de la governança mundial i en la política del dret internacional. El seu llibre *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (OUP), publicat el 2010, va ser mereixedor del Certificat de Mèrit de l'American Society of International Law, i el 2019 va obtenir el primer Premi Max Planck-Cambridge de Dret Internacional.

Frédéric Mégret és professor de dret i titular de la Càtedra Hans & Tamar Oppenheimer de Dret Públic Internacional de la McGill University de Montreal. També és codirector del Centre for Human Rights and Legal Pluralism a McGill. Anteriorment va ser titular d'una Càtedra de Recerca del Canadà en dret dels drets humans i pluralisme legal a McGill, professor assistent de la Facultat de Dret de la Universitat de Toronto, becari Boulton a la McGill University i investigador associat de l'Institut Universitari Europeu de Florència. És coeditor de *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal* (Oxford University Press, 2020) i *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Oxford University Press, 2020). El novembre de 2022, el professor Mégret va ser investit doctor honoris causa per la Universitat de Copenhaguen, en reconeixement de la seva tasca en dret internacional.

Neus Torbisco Casals és professora adjunta de dret i investigadora superior de l'Albert Hirschman Centre on Democracy del Graduate Institute of International and Development Studies de Ginebra. També és membre de la facultat de la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights i professora associada de dret de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Entre altres, ha exercit funcions de docència i recerca a la New York University Law School, al Departament de Dret de la London School of Economics i a la Harvard Law School. Experta en drets humans, reivindicacions de diversitat i identitat cultural i drets de minories i pobles indígenes, és autora de *Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism* (Springer, 2006).

Capítol 1

Introducció. Confiança mútua, drets fonamentals i el Tribunal de Justícia Europeu: el cas *Puig Gordi* *i altres* en context

Neus Torbisco Casals

Professora adjunta de dret, Graduate Institute
of International and Development Studies, Ginebra;
professora de dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

I. Introducció

Amb la seva sentència del cas *Lluís Puig Gordi i altres* de 31 de gener de 2023 (a continuació, *Puig Gordi i altres*)¹, la Gran Cambra del Tribunal de Justícia Europeu (TJE) va fer un pas important per aclarir l'abast i els límits de la confiança mútua entre estats membres en el context de l'espai de llibertat, seguretat i justícia (ELSJ) de la Unió Europea. La sentència va ser motivada per una qüestió prejudicial del Tribunal Suprem espanyol en el procés penal contra Puig Gordi i altres líders independentistes catalans destacats, inclòs l'ex-president i actual diputat al Parlament Europeu Carles Puigdemont i Casamajó, que es manté a l'exili a Bèlgica després del referèndum d'autodeterminació celebrat a Catalunya l'1 d'octubre de 2017.

Abans de sotmetre la qüestió prejudicial, el Tribunal Suprem espanyol va emetre diverses Ordres de Detenció Europees (ODE) i sol·licituds d'extradició contra Puigdemont i altres membres destacats del moviment independentista català a l'exili, com a part d'un ampli esforç per processar-los penalment a Madrid per sedició i rebel·lió a causa del seu paper en l'organització del referèndum de 2017. Tanmateix, diversos estats europeus -inclosos Alemanya, Bèlgica, el Regne Unit i Itàlia- van denegar l'execució de les ODEs, i Suïssa va considerar que les sol·licituds d'extradició estaven relacionades amb delictes polítics, motiu pel qual no hi va donar curs. Les ODEs van fracassar per diverses raons, des de qüestions de forma fins a problemes de doble incriminació i d'immunitat al Parlament Europeu.² El tribunal alemany va denegar l'ODE contra Puigdemont en relació al delicte de rebel·lió perquè, en virtut de la protecció de drets fonamentals, la llei alemanya no podia ser interpretada en el sentit de contenir un delicte penal comparable per actes no violents comesos per l'acusat.³ Els tribunals belgues es van basar en la manca de jurisdicció del Tribunal Suprem espanyol sobre un dels acusats, Lluís Puig Gordi, en considerar els tribunals catalans l'autoritat competent i en plantejar dubtes sobre el dret fonamental a ser jutjat “per un tribunal predeterminat per la llei”.⁴ En aquest aspecte, els tribunals belgues es van basar en conclusions anteriors del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l'ONU, que va determinar que la presó preventiva d'altres líders independentistes violava els drets humans internacionals, incloses les llibertats d'expressió i de reunió, així com el

1 TJE, Sentència de 31 de gener de 2023, C-158/21, *Puig Gordi i altres*.

2 Vegeu Torbisco Casals i Krisch, cap. 2 d'aquest volum.

3 Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Sentència de 12 de juliol de 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18).

4 Hof van Beroep de Brussel, Sentència 2021/79, 7 de gener de 2021. Pel que fa a la petició d'extradició dels eurodiputats Carles Puigdemont, Toni Comín i Clara Ponsatí, els tribunals belgues no van prosseguir el processament a causa de la seva immunitat parlamentària.

dret a un judici just i a un tribunal competent.⁵ Per la seva banda, el Grup de Treball havia pres en consideració la sentència alemanya, així com les preocupacions plantejades abans pel Relator Especial de l'ONU sobre el dret de llibertat d'opinió i d'expressió, que havia advertit que “l'acusació segons el delictes de rebel·lió pot ser considerada excessiva i, per tant, incompatible amb les obligacions d'Espanya segons el dret internacional dels drets humans”.⁶

Un cop frustrades les ODEs, el Tribunal Suprem espanyol va decidir acudir a Luxemburg per demanar al TJE que aclarís si era admissible que un tribunal nacional desestimés l'execució d'una ODE pels motius adduïts pels tribunals belgues. Donada l'èmfasi que el TJE havia posat durant molt temps en la necessitat d'executar Ordres de Detenció Europees de forma quasi automàtica, excepte en circumstàncies molt concretes, el Tribunal Suprem esperava una validació del seu enfocament, i de fet va trobar suport en l'Advocat General del TJE. En canvi, el propi tribunal va adoptar una posició diferent. Mentre remarcava la necessitat que els estats membres practiquessin la confiança mútua entre si, també va obrir la porta a una nova excepció, més àmplia, de l'execució automàtica de les ODEs, excepció centrada en “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”. Si bé no ho deia explícitament, era clarament una resposta a les preocupacions concretes en matèria de drets humans plantejades en aquest cas, preocupacions sobre els membres del moviment per l'autodeterminació de Catalunya en el seu conjunt.

En aquest volum, explorarem en detall la pròpia sentència i les seves implicacions, així com el rerefons necessari per entendre-la. El nostre objectiu és aportar més elements al concepte de “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”, bo i aprofundint en la seva lògica i en les menes de deficiències presents en el context del conflicte sobre la independència de Catalunya durant l'última dècada. En aquesta introducció, començaré aquesta exploració situant la sentència de *Puig Gordi i altres* en l'evolució de la relació entre la confiança mútua i la protecció de drets fonamentals dins la cooperació europea en matèria de seguretat i justícia (apartat II). Seguidament, esbossaré el rerefons polític del cas en el conflicte polític entre Catalunya i Espanya des del 2010, amb especial atenció al referèndum d'independència de 2017 i la resposta repressiva de l'estat espanyol, sobretot del seu poder judicial (apartat III). Finalment, l'apartat IV presentarà un repàs dels altres capítols del volum i de les diferents aportacions.

5 Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l'ONU, Observació 6/2019 sobre Jordi Cuixart i Navarro, Jordi Sánchez i Picanoy i Oriol Junqueras i Vies (Espanya), 13 de juny de 2019, Doc. ONU A/HRC/WGAD/2019/6.

6 *Ibid.*, par. 115-116.

II. La confiança mútua i els drets fonamentals en l'evolució de l'espai comunitari de llibertat, seguretat i justícia

L'equilibri entre el principi de confiança mútua i la protecció de drets fonamentals és objecte de debat des de l'inici de la cooperació europea en matèria de justícia i seguretat. El TJE hi ha hagut de fer front diverses vegades a les dues darreres dècades, sobretot en qüestions relacionades amb el sistema europeu comú d'asil i amb el sistema de l'ODE, que representen una pedra angular de la cooperació comunitària en aquest àmbit.⁷

Establert el 1999 pel Tractat d'Amsterdam, l'ELSJ fou percebut com un pas clau en el procés d'integració política per assegurar el lliure moviment de persones dins la Unió, al mateix temps que oferia un alt nivell de protecció a través de la cooperació judicial i policial, així com de les polítiques comunes d'asil i d'immigració. A tombant de segle, la transformació de les institucions europees originals, conseqüència de les successives revisions dels tractats, havien ampliat l'abast de l'acció de la Unió Europea més enllà de l'àmbit econòmic original, per incorporar una dimensió social. Concretament, l'enfortiment progressiu de les competències de les institucions comunitàries significava que adoptaven un paper creixent en l'adjudicació i la redistribució de béns socials: a més de policia i seguretat ciutadana, també incloïen control de seguretat alimentària, turisme i immigració, riscos ambientals, lluita contra el racisme i la xenofòbia, política exterior, etc. Aquesta dimensió social va tenir un paper clau per assolir l'objectiu de “crear una unió cada vegada més estreta entre els pobles d'Europa”, tal com proclamava el Tractat de Maastricht de 1992, que substituïa l'antiga denominació de “Comunitat Econòmica Europea” per “Unió Europea”, amb la vista a afirmar la seva identitat política pròpia dins el panorama internacional. La supremacia del dret comunitari, el seu efecte immediat en la jurisdicció dels seus estats membres, com també la necessitat de protegir drets fonamentals i la creixent consolidació del posicionament constitucional del TJE –que va assumir àmplies competències, àdhuc en matèria de seguretat i dret penal– son àmpliament reconeguts com a factors decisius del procés europeu d'integració supranacional.

L'ODE és suposadament l'instrument jurídic més important desenvolupat dins l'ELSJ: la nau insígnia del complex marc institucional i jurídic dins l'àmbit comunitari de justícia i afers interiors (JAI), que originalment formava part del “Tercer Pilar” del Tractat de Maastricht

⁷ Vegeu, en general, Ermioni Xanthopoulou, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?* (Bloomsbury Publishing, 2020).

(1992). Juntament amb la creació d'agències jurídiques com Eurojust (una plataforma per a coordinar i intercanviar informació entre fiscalies) i la creació de la Fiscalia Europea (encarregada d'investigar, perseguir i jutjar delictes contra els interessos financers de la Unió Europea), és considerat la culminació del triomf del "mètode comunitari" en matèria policial i penal.⁸

Millorar la cooperació judicial en matèria penal ja formava part de l'agenda a la dècada de 1990, però esdevingué una prioritat política especial després de l'11-S. L'ODE fou adoptada el juliol de 2002 a través de la Decisió Marc sobre l'ordre de detenció europea i els procediments de lliurament entre estats membres de la UE (a continuació, "Decisió Marc"), que va entrar en vigor a tots els estats membres el 2004.⁹ El seu principal objectiu era facilitar una aplicació transfronterera eficaç de la llei, bo i simplificant la detenció i el lliurament de sospitosos de delictes (o de persones prèviament sentenciades) amb la finalitat de dur a terme un procés penal o d'executar una ordre de detenció o una pena privativa de llibertat. Un procediment de lliurament simplificat va substituir l'anterior procés complicat d'extradició, amb considerables traves burocràtiques i polítiques. A diferència del sistema tradicional, una ODE és emesa per l'autoritat judicial d'un estat membre i ha de ser tramitada amb caràcter d'urgència per les autoritats judicials -no pas les polítiques- de l'estat membre destinatari. Per als delictes fonamentals que figuren a la llista de la Decisió Marc, sol exigir l'execució sense cap més control del cas subjacent.

Tanmateix, una preocupació principal que va sorgir des de l'inici en relació amb la forma expedita -gairebé automàtica- de com es preveia que funcionés l'ODE era el possible impacte per als drets fonamentals de les persones afectades. Inicialment, se suposava que aquest risc seria atenuat per la presumpció general de confiança entre els aleshores quinze estats membres, una presumpció essencial per al funcionament efectiu del sistema, a més de constituir la base per millorar la cooperació en matèria penal i de seguretat. En aquest àmbit, la confiança és generalment concebuda en termes normatius, com un imperatiu *vinculant* integrat en el principi de reconeixement mutu de les decisions judicials. Es tracta d'una concepció exigent que supera l'àmbit judicial per entrar en debats fundacionals sobre la identitat de la Unió Europea com a entitat política supranacional, la legitimitat i l'autoritat de la qual deriven d'una ètica democràtica i d'uns valors polítics compartits pels seus membres, sobretot pel que fa al respecte dels drets humans i de l'estat de dret. Per consegüent, aquesta presumpció de confiança imposa en principi limitacions significatives en el nivell de control que les autoritats judicials poden aplicar en rebre una ODE.

8 Steve Peers, "EU Criminal Law and Police Cooperation", a Paul Craig i Gráinne de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press, 2021), 757.

9 Decisió Marc del Consell del 13 de juny de 2002 sobre l'ordre de detenció europea i els procediments de lliurament entre estats membres, Diari Oficial L 190, 18/07/2002 P. 0001. Sobre la gènesi i l'evolució de la Decisió Marc, vegeu també en detall Torbisco Casals i Krisch, cap. 2 d'aquest volum.

D'acord amb aquesta idea de confiança, la Decisió Marc de la Unió Europea que establia l'ODE cercava la creació d'un mecanisme simplificat de cooperació per lliurar sospitosos o criminals condemnats, basant-se en el principi de reconeixement mutu i en “l'alt nivell de confiança que hauria d'existir entre els estats membres”.¹⁰ Dues dècades enrere, l'accent estava posat en la supressió d'obstacles a la cooperació judicial en matèria penal i de seguretat, segons un model d'integració supranacional que aspirava principalment a agilitzar el procés d'integració i a afavorir l'eficàcia. Tot i que les consideracions en matèria de drets humans no en van restar completament al marge, sí que eren d'escassa importància dins la concepció inicial del sistema de l'ODE. El principi rector era que les ODEs havien de ser executades automàticament, i tan sols en circumstàncies molt excepcionals es permetia a les autoritats judicials de comprovar els motius per emetre l'ordre o per investigar en detall el rerefons del cas.

Tanmateix, l'optimisme inicial sobre les formes automàtiques de cooperació basades en la confiança mútua es van anar esvain. D'una banda, l'atribució més àmplia de competències a la Unió que dugué a intensificar la cooperació entre estats membres en àmbits com el dret penal va incrementar el potencial per trencar la confiança, cosa que plantejava riscos per als drets fonamentals i, per tant, exigia més controls. De l'altra, el gir cap a un enfocament més caut envers la confiança (o sia, menys cega i automàticament vinculant, i més racionalitzada o reflexiva) està relacionat amb el canvi al panorama polític europeu a l'última dècada. L'aparició concreta de moviments populistes autoritaris ha qüestionat punts de vista consolidats sobre drets humans, democràcia i l'estat de dret que formaven la base del procés d'integració política a Europa. Aquesta regressió incrementa el risc de fallades sistèmiques o de deficiències importants de garanties dels drets fonamentals a nivell nacional, bo i moderant l'optimisme anterior sobre formes automàtiques de cooperació i compliment judicial, un optimisme basat en un model idealitzat d'integració supranacional que pressuposa un sòlid compromís democràtic, com l'esforç de “prendre's seriosament els drets”, per parafrasejar el títol del llibre del prestigiós filòsof jurídic i polític nord-americà Ronald Dworkin.¹¹

Davant d'aquest panorama, la sentència de *Puig Gordi i altres* significa un canvi de perspectiva important que culmina esforços interpretatius anteriors per assolir un equilibri millor entre la confiança mútua i la protecció dels drets fonamentals. En efecte, com s'explica al capítol 2, amb el temps s'ha anat acumulant la pressió per permetre que les autoritats judicials dels estats membres apliquin un nivell de control més elevat, considerat necessari per abordar patrons d'abús del sistema. Si bé el TJE ha continuat insistint en la importància del reconeixement mutu entre els estats membres, ha anat obrint progressivament la porta a excepcions d'aquest principi (i, per consegüent, a una forma de confiança vinculant). En especial, el 2016 ja havia acceptat la denegació d'una ordre de detenció per un jutge nacional en casos en què existien deficiències “sistèmiques”

10 TJE, Sentència de 29 de gener de 2013, C-396/11, *Radu*.

11 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1977).

o “generalitzades” en la protecció dels drets fonamentals (a l’estat membre sol·licitant), si aquestes deficiències podien perjudicar directament l’afectat.¹²

Tanmateix, el cas català presentat al TJE el març de 2021 va suposar un repte diferent. Els casos sorgits del conflicte polític sobre el dret d’autodeterminació i el referèndum d’independència no estaven relacionats amb deficiències sistèmiques o generalitzades que afectessin el sistema judicial espanyol en el seu conjunt. En canvi, les preocupacions pels drets fonamentals sorgides d’aquest conflicte eren molt circumscrites: tan sols afectaven un grup de persones concret i clarament definit, els membres del moviment polític català favorable a la independència. En aquest sentit, diferents organismes internacionals (inclosos el Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l’ONU i el Comitè de Drets Humans de l’ONU) van constatar violacions de les llibertats d’expressió i de reunió i dels drets polítics i a un procés just que afecten membres d’aquest grup concret.¹³

A primera vista, l’argumentació judicial a *Puig Gordi i altres* sosté formalment la norma d’execució automàtica i de reconeixement mutu (bo i aplicant la lògica del sistema de l’ODE). Tanmateix, el TJE va més enllà de les excepcions prèviament reconegudes quant a “deficiències sistèmiques” i, basant-se en un fragment fins aleshores pràcticament irrellevant de la seva jurisprudència, crea una nova categoria d’excepcions a la confiança recíproca, relacionada amb “deficiències que afecten un grup de persones objectivament identificable al qual pertany l’afectat”.¹⁴ Per consegüent, les autoritats judicials executores també poden denegar l’execució d’una ODE si constaten que l’afectat “correrà un risc real de violació del dret fonamental” en qüestió perquè pertany a un d’aquests “grups identificables”, una excepció que hom podria considerar que es fa ressò del fragment del preàmbul de la Decisió Marc que fa referència als processos judicials discriminatoris.¹⁵

En resum, aquesta nova categoria jurídica, conceptualment diferent i potencialment més àmplia que la fins ara acceptada de “deficiències sistèmiques”, podria resultar crucial per al funcionament del sistema de l’ODE en el futur. Si bé hi haurà pocs estats membres amb deficiències sistèmiques que afectin l’estat en el seu conjunt, possiblement hi haurà més casos amb deficiències relacionades amb grups vulnerables o no dominants concrets, ja siguin polítics, socials, ètnics o lingüístics. Pel que fa a Espanya, amb el seu historial recent de problemes especialment greus de drets humans en el context català, el TJE ha obert la porta perquè els tribunals nacionals parin molt esment als riscos per als drets humans de grups o a les deficiències de l’estat de dret.

12 TJE, Sentència de 5 d’abril de 2016, Casos C-404/15 i C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*.

13 Vegeu Torbisco Casals i Krisch, cap. 2 d’aquest volum; i Krisch, cap. 5 d’aquest volum.

14 TJE, *Puig Gordi i altres*, nota 1.

15 Decisió Marc, nota 9, preàmbul, par. 12.

III. Rerefons polític: el referèndum d'independència de Catalunya i la crisi constitucional a Espanya

El gir jurisprudencial a *Puig Gordi i altres* només es pot entendre adequadament a la vista del conflicte polític entre Catalunya i Espanya, així com de la lluita per l'autodeterminació que va culminar en el referèndum d'independència de 2017 i la seva posterior criminalització.¹⁶

L'1 d'octubre de 2017, Catalunya va celebrar un referèndum d'independència, que havia sigut declarat il·legal pel Tribunal Constitucional espanyol i que culminava un complex procés, de gran càrrega política, de més d'una dècada; un procés sorgit de greuges històrics profundament arrelats sobre qüestions culturals i econòmiques, incloent-hi drets lingüístics, justícia redistributiva i reconeixement de la identitat com a part d'àmplies reivindicacions sobiranistes que es remunten a èpoques preconstitucionals. Malgrat la seva il·legalitat declarada, àdhuc sota l'amenaça de severes mesures contràries per part dels tribunals i del govern espanyols, la Generalitat de Catalunya, encapçalada pel president Carles Puigdemont, va decidir tirar endavant la votació, amb el suport d'una sòlida majoria de representants al Parlament de Catalunya i de les dues principals associacions de la societat civil, l'Assemblea Nacional Catalana i Òmnium Cultural. Ambdues ONGs havien tingut un paper fonamental en la mobilització de la societat i en l'organització de protestes massives, que van motivar un canvi d'opinió entre els principals partits polítics d'arrel catalana (tant conservadors com progressistes) a partir de juliol de 2010, quan el Tribunal Constitucional espanyol va publicar una sentència que declarava inconstitucionals catorze articles de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, a més d'ordenar una interpretació restrictiva de vint-i-set més.¹⁷ El 10 de juliol de 2010, just després de publicar-se la sentència del Tribunal Constitucional, Òmnium Cultural i altres associacions de la societat civil van organitzar una manifestació multitudinària per protestar contra la decisió. Hi va assistir més d'un milió de persones, que van desfilar pacíficament pels carrers de Barcelona sota el lema: “Som una nació. Nosaltres decidim.” Segons la premsa local i internacional, va ser la protesta més gran que tingué lloc a Espanya des de la transició, i comptava amb el suport dels principals sindicats i partits polítics representats al Parlament de Catalunya.

16 Per un relat més detallat del rerefons i dels fets posteriors al referèndum d'independència, vegeu Peter A Kraus i Joan Verges Gifra (eds.), *The Catalan Process: Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century* (Generalitat de Catalunya - Institut d'Estudis de l'Autogovern, 2017); Òscar García Agustín, *Catalan Independence and the Crisis of Sovereignty* (Springer Nature, 2020).

17 Tribunal Constitucional, Sentència 31/2010 de 28 de juny de 2010.

La constitucionalitat de l'estatut català, aprovat el 2005 pel Parlament de Catalunya amb el suport d'una àmplia majoria, aprovat per les Corts espanyoles i posteriorment ratificat el 2006 per l'electorat català a través d'un referèndum, havia sigut recorregut pel Partit Popular, un dels dos principals partits espanyols, que tanmateix comptava amb escassa representació a Catalunya. La sentència del Tribunal Constitucional va ser generalment percebuda a Catalunya com una interferència motivada políticament i com un afrontament a la voluntat del poble català i al seu dret legítim d'autogovern. Va desencadenar protestes massives i marxades cíviques els anys posteriors, quan el descontentament social va créixer a Catalunya, en reacció a allò que la gent considerava una política centralista arrogant des de Madrid i una negligència de les reivindicacions històriques d'autogovern, incloent-hi drets culturals i lingüístics, sobirania fiscal (per corregir una situació sistèmica de dèficit econòmic) i el reconeixement oficial de Catalunya com a nació. Es va crear l'Associació de Municipis per la Independència (AMI), que aplegava 780 del miler aproximat de municipis catalans, amb l'objectiu de defensar el dret d'autodeterminació. Entre el 2009 i el 2011, es va celebrar un seguit de consultes populars de caire simbòlic -no vinculants i no oficials- a municipis d'arreu de Catalunya.

En general, aquest procés social tingué un impacte polític profund, bo i canalitzant els esdeveniments polítics que constitueixen el rerefons de la sentència del TJUE en el cas *Puig Gordi i altres*. Com a resposta al creixent descontentament social i a una manifestació multitudinària el 2012, Artur Mas, aleshores president de la Generalitat, va convocar eleccions anticipades per al 25 de novembre del mateix any. Abans, havia cercat a Madrid el suport del govern espanyol per una proposta de reforma fiscal, però el president del govern espanyol, Mariano Rajoy, va refusar la seva iniciativa i es va negar reiteradament a iniciar un diàleg que permetés resoldre la crisi política a Catalunya. Les eleccions van donar una clara majoria per als partits independentistes, i el nou Parlament de Catalunya va votar a favor la celebració d'una consulta pública d'independència durant la legislatura següent. A la seva primera sessió, el gener de 2013, va aprovar la *Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya*, que declarava: "El poble de Catalunya té, per raons de legitimitat democràtica, caràcter de subjecte polític i jurídic sobirà." També afirmava que el poble tenia el dret de decidir el seu futur polític.¹⁸ La declaració va ser aprovada amb 85 vots a favor, 41 en contra i 2 abstencions.

Tanmateix, el Partit Popular -aleshores al govern a Espanya, però amb representació minoritària al Parlament de Catalunya- va sotmetre la *Declaració de Sobirania* al Tribunal Constitucional. A la seva sentència de març de 2014, aquest va declarar inconstitucional l'article 1 de la *Declaració de Sobirania*, que declara que "Catalunya és una nació".¹⁹ Tot i així, el Tribunal Constitucional va acceptar que hi havia un "dret a decidir" derivat del principi

18 Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, Tram. 250-00059/10 i 250-00060/10, accessible a <https://www.parlament.cat/document/intrade/7094/>.

19 Tribunal Constitucional, Sentència 42/2014 de 25 de març de 2014.

de pluralisme democràtic. Si bé aquest dret no comporta un dret unilateral de celebrar un referèndum d'autodeterminació, permet iniciatives de reforma constitucional. La sentència reflectia els propòsits ambigus i contradictoris de la Constitució: d'una banda, mantenir Espanya com la “indissoluble unitat de la Nació espanyola, pàtria comuna i indivisible de tots els espanyols”; i de l'altra, la intenció de “[reconèixer] i [garantir] el dret a l'autonomia de les nacionalitats i de les regions que la integren i la solidaritat entre totes elles”.²⁰

El 19 de setembre de 2014, el Parlament de Catalunya va aprovar per àmplia majoria (106 vots d'un total de 135) una llei que regulava les consultes públiques, contra la qual el govern espanyol va presentar poc després un recurs d'inconstitucionalitat. El Tribunal Constitucional es va reunir el mateix dia en sessió extraordinària, bo i admetent el recurs i suspentent els preceptes de la legislació catalana recorreguts.²¹ Després de l'ordre del Tribunal Constitucional i d'altres obstacles per dur a terme l'anunci oficial d'una consulta, el president de la Generalitat Artur Mas va anunciar un “procés de participació ciutadana” mitjançant una consulta pública supervisada per voluntaris amb efecte purament simbòlic. Abans, Mas havia provat de negociar, sense èxit, un referèndum acordat amb el govern espanyol.

La consulta popular va ser celebrada el 9 de novembre de 2014. La primera pregunta era: “Vol que Catalunya esdevingui un Estat?”, seguida, en cas afirmatiu, d'una segona pregunta: “Vol que aquest Estat sigui independent?” La segona pregunta pretenia proposar una reforma federal de la Constitució espanyola que pogués oferir una resolució política del conflicte. Tot i que la participació va ser tan sols del 37%, atès que la consulta no era percebuda com a vinculant de cap manera, més del 80% dels que van anar a votar -1,9 milions de persones- van fer-ho a favor de la plena sobirania.²² El Tribunal Constitucional va declarar la votació il·legal,²³ i Mas i alguns dels seus consellers van fer front a acusacions penals en relació amb la consulta no vinculant per desafiar la sentència del Tribunal Constitucional espanyol i per desobediència. El març de 2017, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya el va condemnar, juntament amb dos consellers, per desobediència, a més d'inhabilitar un tercer ex-conseller, aleshores diputat al Congrés de Diputats. El tribunal els va imposar multes severes i els va inhabilitar durant un llarg període.²⁴ Tot i que diversos càrrecs catalans van ser absolts de delictes com malversació de fons públics, el Tribunal de Comptes espanyol va

20 Article 2 de la Constitució espanyola.

21 Tribunal Constitucional, Ordre de 29 de setembre de 2014, *Recurs d'inconstitucionalitat núm. 5829-2014*.

22 Vegeu Fernando J. Pérez i Pere Ríos, “1,8 millones de personas votan por la independencia catalana en el 9-N”, *El País*, 10 de novembre de 2014.

23 Tribunal Constitucional, Sentència 32/2015 de 25 de febrer de 2015.

24 Vegeu Raphael Minder, “Artur Mas, Former Catalan Leader, Is Barred From Holding Office”, *The New York Times*, 13 de març de 2017.

iniciar més tard un procés per reclamar als càrrecs condemnats el pagament del cost de la consulta, d'aproximadament 5 milions d'euros.²⁵

El nou intent del govern espanyol per criminalitzar el moviment independentista va ser un punt d'inflexió. Va marcar l'enduriment de la seva estratègia política, que consistia en involucrar tots els òrgans del poder estatal, incloses les autoritats legislatives, executives i judicials nacionals i la pròpia monarquia. El juliol de 2015, una coalició independentista catalana liderada per Artur Mas va anunciar que cercaria la independència per mitjans polítics, vista la impossibilitat de negociar amb Espanya, si guanyava unes noves eleccions anticipades previstes per al 27 de setembre de 2015, que d'aquesta manera es convertien en un plebiscit. Els partits nacionalistes catalans van incloure al seu programa electoral l'objectiu d'assolir la plena independència. El Congrés espanyol va aprovar una llei que atorgava al Tribunal Constitucional uns poders sense precedents per imposar les seves sentències. Aquesta reforma legal pretenia contrarestar una possible victòria independentista i polititzar encara més el paper del Tribunal Constitucional. Més tard fou criticada per la Comissió de Venècia del Consell d'Europa, atès que minava la neutralitat del tribunal.²⁶

Les eleccions van donar una majoria als partits independentistes Junts pel Sí i CUP (Candidatura d'Unitat Popular). El Partit Popular de Rajoy -majoritari a Espanya- tan sols obtingué 11 de 135 escons al Parlament de Catalunya. El 9 de novembre de 2015, el nou parlament va aprovar una resolució que declarava l'inici del procés cap a la independència. Com a resposta, el govern espanyol va declarar que podria fer servir qualsevol mecanisme judicial i polític disponible contingut a la Constitució i a la llei per defensar la sobirania del poble espanyol i l'interès general d'Espanya.

Després d'unes llargues negociacions per formar govern, Mas va fer un pas al costat i fou substituït com a president per Carles Puigdemont, que va superar un vot de confiança al Parlament el setembre de 2016 en anunciar un referèndum d'independència vinculant durant el segon semestre de 2017. Puigdemont va reafirmar la seva voluntat de cercar un acord sobre el referèndum amb el govern espanyol durant una reunió celebrada a Madrid el gener de 2017; però la seva proposta fou ràpidament refusada per Rajoy. El juny de 2017, el president de la Generalitat va anunciar que el referèndum tindria lloc l'1 d'octubre, amb la pregunta: "Voleu que Catalunya sigui un estat independent en forma de república?" La resposta del govern espanyol va ser que un referèndum seria il·legal i que l'impediria.

25 Vegeu Carlota Guindal, "Artur Mas y tres exconsellers, condenados a pagar 4,9 millones por la consulta del 9-N", *La Vanguardia*, 12 de novembre de 2018.

26 Comissió Europea per a la Democràcia pel Dret (Comissió de Venècia), *Opinió 827/2015 sobre la Llei de 16 d'octubre de 2015 de modificació de la Llei Orgànica 2/1979 sobre el Tribunal Constitucional*, 13 de març de 2017.

A l'inici de setembre de 2017, el Parlament de Catalunya va aprovar una llei que autoritzava formalment el referèndum, així com una Llei de transitorietat jurídica per dotar-se d'un marc jurídic, pas previ a l'adopció d'una constitució catalana en cas que la majoria de ciutadans votés a favor de la independència.²⁷ La llei del referèndum es basava explícitament en l'article 1 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP) que, segons afirmava, tenia efecte directe en l'ordenament jurídic espanyol en virtut dels articles 10 i 96 de la Constitució espanyola. El 12 de setembre, el Tribunal Constitucional va suspendre la llei (mentre deliberava sobre un recurs presentat pel govern espanyol), que finalment va ser declarada nul·la després que tingués lloc el referèndum.²⁸

Com és ben sabut, el referèndum català tingué lloc malgrat l'ordre de suspensió del Tribunal Constitucional espanyol. El govern espanyol va endegar una operació policial a gran escala (operació Anubis) per impedir-ne la celebració. El seu objectiu era investigar i obstaculitzar l'organització del referèndum, així com, en última instància, detenir els càrrecs catalans responsables, inclòs (sobretot) el president de la Generalitat. A més d'aquesta operació, el govern espanyol va ordenar a la policia que confiscés paperetes i telèfons mòbils; va amenaçar amb la imposició de multes rigoroses (de fins a 300.000 €) a qui constituís meses electorals; va tancar llocs web; i va exigir que Google retirés un cercador de col·legis electorals de la botiga d'apps d'Android. Des d'altres regions espanyoles foren enviats agents de policia per reprimir la votació i tancar col·legis. El 20 de setembre de 2017, catorze càrrecs del govern català van ser detinguts per la policia espanyola per la sospita d'organitzar el referèndum, i prop de 10 milions de paperetes destinades a la votació van ser confiscades. Les detencions van originar manifestacions pacífiques espontànies arreu de Catalunya, la més gran de les quals va aplegar prop de 40.000 persones davant la seu de la Conselleria d'Economia, a Barcelona. Tot afirmant que això suposava un alçament tumultuós, la fiscalia va decidir endegar un procediment penal per sedició a través de l'Audiència Nacional (un tribunal especial amb seu a Madrid que té competències en delictes de gravetat excepcional, com terrorisme o genocidi) contra un nombre indeterminat de manifestants i els presidents de les ONGs per l'autodeterminació de Catalunya Òmnium Cultural i Assemblea Nacional Catalana. La Generalitat hi va respondre fent una crida a la ciutadania perquè mantingués un comportament pacífic i responsable i perquè ignorés les “provocacions de qui vol impedir la votació”.

El referèndum tingué finalment lloc l'1 d'octubre de 2017, malgrat ser suspès pel Tribunal Constitucional i malgrat l'operació violenta de les forces policials paramilitars espanyoles, que van mobilitzar prop de 6.000 agents.²⁹ Ciutadans particulars van ser organitzats a través de les xarxes socials i van ocupar el cap de setmana del referèndum les escoles on es

27 Parlament de Catalunya, Llei 20/2017 de transitorietat jurídica i fundacional de la República, 8 de setembre de 2017.

28 Tribunal Constitucional, Sentència 124/2017 de 8 de novembre de 2017.

29 Vegeu Sam Jones i Stephen Burgen, “Catalan referendum: preliminary results show 90% in favour of independence”, *The Guardian*, 2 d'octubre de 2017.

trobaven els col·legis electorals perquè es poguessin mantenir oberts per a la votació. La força aplicada per la policia va causar uns 900 ferits i la detenció d'organitzadors del referèndum. Els periodistes internacionals van titllar els atacs policials de violència desproporcionada, i molts van insinuar que la resposta del govern de Madrid recordava l'època de la dictadura franquista. Per la seva banda, l'alcalde de Barcelona va qualificar els atacs d'"escàndol democràtic". Arreu de Catalunya van tenir lloc protestes i manifestacions multitudinàries després del referèndum. Mentre la tensió creixia a Catalunya, el rei Felip VI es va adreçar el 3 d'octubre de 2017 a la nació amb un missatge televisat, en què va acusar les autoritats catalanes de deslleialtat a l'estat. Va descriure la lluita per la independència com a "inacceptable" perquè considerava que pretenia trencar l'ordre constitucional. El rei va ometre qualsevol referència a la violència policial de l'1 d'octubre, i el seu parlament fou rebut amb gran animadversió per molts ciutadans de Catalunya.

A la vista del resultat del referèndum –un 92% dels votants va donar suport a la independència, amb una participació del 43%–, el Parlament de Catalunya i Puigdemont van instar el govern espanyol a iniciar negociacions per resoldre la crisi constitucional pacíficament i per acceptar una mediació internacional, una crida que el govern espanyol va rebutjar. A conseqüència d'això, el Parlament de Catalunya va declarar la independència el 27 d'octubre de 2017 i fou immediatament dissolt pel govern espanyol, que va imposar l'administració directa segons l'Article 155 de la Constitució, després de rebre l'aprovació del Senat.³⁰ El govern de Madrid també va destituir el govern de la Generalitat (inclòs el president Puigdemont) i va convocar eleccions regionals el 21 de desembre de 2017. El 30 d'octubre, la Fiscalia General espanyola va presentar davant l'Audiència Nacional una querrela contra Puigdemont i altres polítics "secessionistes" per rebel·lió, sedició i malversació de fons públics. Abans s'havia presentat una querrela amb acusacions similars davant el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, l'únic tribunal competent per jutjar aquests assumptes. El mateix dia, Puigdemont i cinc consellers es van exiliar a Bèlgica.³¹

La criminalització del referèndum d'independència i de l'activisme que hi donava suport prengué ràpidament volada després de l'1 d'octubre de 2017. Les acusacions presentades contra els dos líders de la societat civil, Jordi Cuixart i Jordi Sànchez, a causa de les manifestacions del setembre van originar la seva detenció a mitjan octubre. A l'inici de novembre, també es va imposar presó preventiva a la majoria de consellers de la Generalitat que s'havien quedat a Espanya.

Malgrat la situació extrema dels líders polítics independentistes (alguns a la presó, altres a l'exili), els seus partits van obtenir una altra victòria a les eleccions del 21 de desembre. Tanmateix, els seus esforços per elegir el president de la Generalitat van ser

30 Vegeu Raphael Minder i Patrick Kingsley, "Spain Dismisses Catalonia Government After Region Declares Independence", *The New York Times*, 27 d'octubre de 2017.

31 Vegeu BBC, "Catalan independence: Carles Puigdemont in Belgium, lawyer says", 31 d'octubre de 2017, accessible a <https://www.bbc.com/news/world-europe-41811649>.

avortats a causa del procediment penal.³² El Tribunal Constitucional espanyol va prohibir al Parlament que elegís Puigdemont –malgrat haver guanyat les eleccions fent campanya des de Brussel·les– adduint que havia de ser físicament present a la sessió d’investidura, un requisit que el tribunal havia introduït recentment. Amb Puigdemont a l’exili i enfrontant-se a una detenció immediata si entrava en territori espanyol, aquesta presència era il·lusòria. El requisit de la presència física al Parlament també va frustrar l’intent d’elegir Jordi Sànchez, a qui es va denegar la sol·licitud de sortir de la presó preventiva per assistir a la sessió d’investidura, fins i tot després que el Comitè de Drets Humans de l’ONU emetés una ordre de mesures cautelars a favor seu. El següent intent d’investidura també fou avortat per la decisió del jutge instructor d’imposar presó preventiva al tercer candidat, Jordi Turull, la vigília de la votació decisiva al Parlament de Catalunya.

A finals de març de 2018, vint-i-sis líders independentistes havien sigut acusats per rebel·lió i altres delictes greus pel Tribunal Suprem, que havia assumit els casos. Nou d’ells es trobaven en presó preventiva i set a l’exili a Bèlgica, al Regne Unit o a Suïssa. El jutge instructor del Tribunal Suprem va emetre Ordres de Detenció Europees i sol·licituds d’extradició contra els exiliats per dur-los a judici a Madrid. Després d’algunes frustracions inicials –inclosa la retirada de les primeres ODEs–, es produí la detenció de Puigdemont, el 25 de març de 2018, mentre travessava Alemanya. Tanmateix, i com s’ha esmentat a l’inici, el tribunal alemany va denegar l’ordre de detenció pel delicte de rebel·lió, tal com també ho van fer els tribunals belgues en el cas dels altres encausats el 2018, i més tard de nou en el cas contra Puig Gordi el 2020 i el 2021. Per la seva banda, els tribunals escocesos no van reaccionar inicialment a les ordres i més tard les van rebutjar a causa de la immunitat al Parlament Europeu. Aquests casos –que formen el rerefons immediat de la sentència del TJE– són analitzats més en detall al capítol 2.³³

Degut als càrrecs de rebel·lió, els acusats que havien sigut elegits al Parlament de Catalunya i al Senat espanyol van ser suspesos de l’exercici dels seus drets i deures parlamentaris. Dos dels acusats –Puigdemont i Oriol Junqueras– que havien sigut elegits al Parlament Europeu el 2019 no van ser inclosos a la llista de nous diputats per les autoritats espanyoles, atès que no s’havien presentat a Madrid (es trobaven a la presó o a l’exili) per prestar jurament de la Constitució espanyola.³⁴ A més, es va mantenir la presó preventiva fins i tot contra la decisió del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l’ONU –esmentada a l’inici– que declarava aquesta detenció arbitrària i il·legal segons el dret internacional dels drets humans.³⁵

32 Per a més detall, vegeu Krisch, cap. 5 d’aquest volum.

33 Vegeu Torbisco Casals i Krisch, cap. 2 d’aquest volum.

34 Vegeu Krisch, cap. 5 d’aquest volum.

35 Vegeu més amunt i Torbisco Casals i Krisch, cap. 2 d’aquest volum.

El Tribunal Suprem espanyol va celebrar el judici principal contra els líders independentistes entre febrer i juny de 2019. L'octubre del mateix any, dotze acusats –vuit consellers de la Generalitat, la presidenta del Parlament de Catalunya i els dos líders de les ONGs– van ser condemnats pels delictes de sedició, malversació de fons públics i desobediència amb penes de fins a tretze anys de presó, que en total ascendien a 99 anys.³⁶

No va ser fins el juny de 2021, i després de fortes crítiques internacionals, incloses de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa,³⁷ que els nou condemnats que encara es trobaven a la presó –i que hi havien passat més de tres anys– van ser finalment indultats (parcialment i condicional) pel president del govern espanyol.³⁸ Una reforma del Codi Penal espanyol a la fi de 2022, que abolia el delicte de sedició (bo i introduint un nou delicte de disturbis públics agreujats), dugué a la commutació d'algunes sentències, tot i que es va mantenir bona part del càstig –sobretot la inhabilitació fins a tretze anys– per alguns dels acusats.³⁹

Mentrestant, la criminalització d'actes relacionats amb el referèndum no s'aturava. L'organització cívica Òmnium Cultural estima que 1460 persones han sigut objecte de persecució i de judicis –alguns d'ells encara en curs– i 1200 han hagut de fer front a procediments administratius i comptables.⁴⁰ Per altra banda, les autoritats espanyoles van fer servir vigilància física i tecnològica contra membres del moviment independentista, inclòs el programari Pegasus, contra polítics catalans, activistes de la societat civil i advocats, que el 2022 va desembocar en l'escàndol anomenat *Catalangate*. Aquesta vigilància serà objecte d'una discussió detallada al capítol 4.⁴¹

La criminalització també es va adreçar contra les protestes pel judici i la posterior sentència, en què alguns grups de manifestants s'han enfrontat a càrrecs de terrorisme. El novembre de 2023, un jutge instructor de l'Audiència Nacional va obrir diligències per sospita de terrorisme contra persones que suposadament es trobaven rere el Tsunami Democràtic, el moviment popular que havia mobilitzat milers de ciutadans per protestar contra les condemnes penals la tardor de 2019, que van incloure el bloqueig de carreteres.

36 Tribunal Suprem, Sentència 459/2019 de 14 d'octubre de 2019.

37 Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, Resolució 2381 (2021), 21 de juny de 2021.

38 Vegeu Carlos E. Cué, “El Gobierno aprueba los indultos parciales y condicionados a los presos del ‘procés’ para abrir un nuevo tiempo de diálogo”, *El País*, 22 de juny de 2021.

39 Vegeu José María Brunet, “El Supremo mantiene la inhabilitación de Junqueras hasta 2031 pese a la reforma de la malversación”, *El País*, 13 de febrer de 2023.

40 Vegeu Òmnium Cultural, *L'Antirepressiva: Map of the Violation of Civil and Political Rights in Catalonia*, accessible a <https://antirepressiva.omnium.cat/en/>.

41 Vegeu Mégret, cap. 4 d'aquest volum.

Entre els investigats hi havia Puigdemont i onze altres líders polítics, de la societat civil i empresarials, així com periodistes.⁴² Moltes organitzacions de drets humans, inclosa Amnistia Internacional, van condemnar ràpidament aquestes acusacions per qualificar injustificadament unes protestes pacífiques com a terrorisme.⁴³ Molts han interpretat aquesta actuació judicial –i altres– com un intent de minar les negociacions sobre una llei d’amnistia la tardor de 2023.

La llei d’amnistia, prevista perquè entrés en vigor a l’inici de 2024,⁴⁴ és un intent per posar fi a la persecució penal per delictes relacionats amb el referèndum, però l’hostilitat del poder judicial –expressada públicament pel Consell General del Poder Judicial–⁴⁵ podria torpedinar l’aplicació de l’amnistia, si més no en part.

En el moment d’escriure aquest volum, diversos líders independentistes encara s’enfrontaven a acusacions per delictes greus i continuaven a l’exili a Bèlgica i a Suïssa, entre ells Carles Puigdemont i tres altres persones, els casos de qui es troben a l’origen de la sentència *Puig Gordi i altres*. Les corresponents Ordres de Detenció Europees i les sol·licituds d’extradició podrien ser reactivades a qualsevol moment. Aquest exili –i la repressió política resultant– destaca les complexitats de les lleis d’extradició europees i les implicacions més àmplies de la qüestió de la independència de Catalunya dins la Unió Europea.

42 Vegeu J.J. Gálvez, “La Audiencia Nacional rechaza el recurso de la Fiscalía y avala seguir investigando por terrorismo el ‘caso Tsunami’”, *El País*, 18 de març de 2024.

43 Vegeu European Civic Forum, *Joint letter: Solidarity for Activists in Catalonia Accused of Terrorism*, 27 de febrer de 2024, accessible a <https://civic-forum.eu/publications/open-letter/joint-letter-solidarity-for-activists-in-catalonia-accused-of-terrorism>.

44 Vegeu la versió adoptada pel Congrés dels Diputats, la cambra baixa del parlament espanyol: *Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (122/000019)*, 14 de març de 2024, accessible a https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-32-10.PDF.

45 Consejo General del Poder Judicial, *Declaración institucional del Pleno del CGPJ*, 6 de novembre de 2023, accessible a <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->.

IV. Objectiu i estructura del llibre

Als propers capítols, indagarem les implicacions de la nova excepció, més àmplia, del reconeixement mutu –basada en “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”– desenvolupada pel TJE en el context del sistema de l’Ordre de Detenció Europea. Tal com expliquem al capítol 2, creiem que, a nivell general, l’enfocament del TJE representa un terme mitjà viable per una Unió Europea plural en què la convergència en matèria de drets humans sigui una aspiració a perseguir, malgrat no poder ser garantida fàcilment. En aquest context, un control de les violacions de drets humans en cada cas individual pot resultar massa feixuc i apuntar més aviat a unes relacions intergovernamentals que no pas a una integració regional. Per altra banda, una entesa cega de la confiança –amb un reconeixement mutu i una cooperació judicial automàtica– deixa de banda els riscos seriosos per als drets humans que poden sorgir dins un estat membre. Juntament amb les preocupacions sistèmiques i generalitzades pel que fa a l’estat de dret, l’enfocament en el grup respon a un seguit de problemes especialment destacats en matèria de drets humans, que no solen tenir una solució fàcil dins el procés polític, atès que afecten minories, ja siguin polítiques o altres. En aquest context, els mecanismes transnacionals d’equilibri democràtic juguen un paper particularment important.

Amb aquest llibre, volem entendre millor el rerefons d’aquest gir en la jurisprudència del TJE i cerquem de delinear les seves implicacions més generals, sobretot pel que fa al context d’on sorgeix: la criminalització del moviment independentista català. El volum situa la nova jurisprudència dins el context més ampli del desenvolupament de la legislació i la jurisprudència europees sobre els límits de la confiança mútua entre els estats membres dins la cooperació en matèria de justícia penal. A més, relaciona aquesta jurisprudència amb principis més generals de dret constitucional comparatiu, sobretot el paper dels tribunals en la protecció de minories i grups vulnerables dins els sistemes constitucionals.

El volum també se centra en els riscos per a tipus de drets i esferes de protecció particulars en el context català, bo i prenent els membres del moviment català per l’autodeterminació com a grup (polític). Inclou qüestions sobre les detencions arbitràries i el dret a un judici just; restriccions del dret de participació política; garanties de drets humans en el context d’investigacions i processos penals, incloent-hi qüestions sobre restriccions del dret de privacitat i vigilància digital amb autorització estatal; l’ús polític de càrrecs de corrupció; i la llibertat de reunió i d’expressió, sobretot relacionada amb el treball d’organitzacions de la societat civil. Cadascun dels nostres experts col·laboradors avaluarà la pràctica de les autoritats espanyoles –sobretot del sistema judicial– des del punt de vista del dret europeu i internacional dels drets humans.

L’anàlisi d’aquest cas ens servirà per valorar fins a quin punt reflecteix possibles “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”, bo i indagant les possibilitats

de dur la interpretació d'aquest concepte més enllà per escatir casos anàlegs i que podrien esdevenir com més va més rellevants en el context actual de populisme autocràtic creixent i de regressió contra la democràcia i els drets humans. D'aquesta manera, el volum també espera identificar patrons de possible abús del sistema comunitari per majories potents que restringeixen o suprimeixen il·legítimament els drets de membres de grups vulnerables o políticament marginats (per exemple, nacions sense estat, minories culturals, lingüístiques i ètniques, immigrants o grups religiosos) amb l'objectiu de suprimir la dissidència política. A continuació, presentaré un breu repàs de les diferents aportacions al llibre.

El capítol 2, a càrrec de Neus Torbisco Casals i Nico Krisch, situa la nova jurisprudència del TJE dins el context més ampli del desenvolupament de la legislació i la jurisprudència europees sobre les limitacions de la confiança mútua entre estats membres dins la cooperació en matèria de justícia. Traça el disseny original de l'ODE i la marginació contínua de les preocupacions en matèria de drets dins la primera jurisprudència, malgrat la creixent pressió per adoptar un equilibri diferent. A continuació, indaga el canvi de sistema després del 2015 per respondre a un entorn canviat en termes tant normatius com polítics, amb noves excepcions i interpretacions introduïdes pas a pas a la jurisprudència del TJE. La creació de la nova excepció de “deficiències que afecten un grup objectivament identificable” pel TJE el 2023 és un pas més en l'evolució cap a un equilibri més sostenible entre l'interès per una cooperació judicial eficaç i els riscos continus per als drets humans. De manera semblant als canvis anteriors, va sorgir en reacció a la reticència dels tribunals nacionals a executar ODEs i a les conclusions dels organismes internacionals sobre violacions serioses dels drets humans. Seguidament, el capítol analitzarà aquesta nova categoria bo i aprofundint en el concepte de “confiança mútua” al cor de la integració europea, i a la vista d'un enfocament de dret constitucional comparatiu per definir un paper adequat dels tribunals en la protecció dels drets humans sense interferir indegudament en els processos democràtics. La protecció de les minories socials, polítiques i culturals és una qüestió fonamental en la justificació d'una revisió judicial profunda, i el nou enfocament del TJE també hauria de ser entès en aquest sentit. D'acord amb això, el capítol traçarà l'abast de la nova jurisprudència i la seva promesa més enllà del context concret de l'ODE i del cas català.

El capítol 3, a càrrec de David Banisar, analitza la llibertat d'expressió i de reunió en dret internacional dels drets humans, els reptes sorgits per ambdós en el cas català i fins a quin punt aquests reptes afecten un “grup objectivament identificable”. D'acord amb la jurisprudència internacional, Banisar presenta la llibertat d'expressió i de reunió com a drets humans fonamentals, essencials per a la democràcia, bo i destacant el dret de participació pública i política. Si bé no són drets absoluts, els països només els poden restringir en circumstàncies limitades; el discurs relacionat amb temes polítics i qüestions d'interès públic gaudeix d'una protecció especial i només pot ser restringit en les circumstàncies més estrictes. Això també val per als debats al voltant de l'autodeterminació i les estructures polítiques de l'estat, inclosa la secessió, sempre que el discurs o les reunions no defensin la violència o no promoguin l'odi. Des d'aquest punt de vista, els conflictes sorgits dels debats sobre la independència de Catalunya han plantejat molts reptes per a la llibertat

d'expressió i de reunió a Espanya. Aquest capítol repassa les polèmiques sorgides a Espanya en el context d'aquests conflictes, així com les respostes dels organismes nacionals i internacionals de drets humans, que indiquen que moltes de les mesures repressives de les institucions de l'estat espanyol han incomplert les obligacions segons el dret internacional dels drets humans. El gran nombre de declaracions i veredictes d'organismes i experts internacionals en drets humans que han constatat violacions de les normes indica que aquestes violacions són prou regulars per ser considerades una discriminació sistemàtica que "afecta un grup objectivament identificable".

El capítol 4, a càrrec de Frédéric Mégret, examina com cal valorar la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu quan el grup afectat és objecte de vigilància il·legal. Si aquesta és un problema endèmic i d'àmbit mundial, l'escàndol del *Catalangate* indica que ha sigut particularment un problema a Catalunya, conseqüència sobretot de l'ús del programari espia Pegasus. Identificar la naturalesa i la situació legal d'aquesta vigilància pot ajudar a entendre com modela els contorns de grups "objectivament identificables" concrets en fer-ne seguiment. La vigilància pot ser legal, tal com ho reconeix principalment el Tribunal Europeu de Drets Humans, si compleix els requisits del Conveni i si és necessària i proporcional (habitualment en el context d'investigacions judicials). Tanmateix, hi ha poc dubte que la vigilància pot suposar una violació dels drets humans, tal com ho han denunciat diversos observadors internacionals en el context espanyol. Aquest sembla que és el cas sobretot allí on revesteix un caràcter indiscriminat en adreçar-se a un grup ampli. Per consegüent, la vigilància pot afectar negativament el dret a un judici just i hauria de ser un factor clau per decidir si es dona curs a una Ordre de Detenció Europea. Amb aquesta anàlisi, el capítol contribueix a una percepció més àmplia de l'encreuament entre tecnologies de vigilància específica, definicions legals i protecció de drets fonamentals dins el panorama jurídic europeu.

El capítol 5, a càrrec de Nico Krisch, explora la violació de drets polítics com a possibles deficiències que afecten grups objectivament identificables. Presenta la jurisprudència internacional que aclareix els contorns dels drets polítics segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i el Conveni Europeu de Drets Humans, centrant-se particularment en el vincle entre la violació d'aquests drets i la pertinença dels afectats a un grup polític, social o cultural concret. Seguidament, parteix d'aquest rerefons per analitzar detalladament les interferències de l'estat espanyol en els drets polítics del moviment independentista català, bo i desgranant els diferents casos de restriccions de drets polítics, que en el seu conjunt suposen una interferència greu que ha coartat seriosament la possibilitat dels polítics i dels actors de la societat civil catalana per exercir les seves funcions. A continuació, el capítol estudia possibles justificacions d'aquestes interferències, però conclou que, fins i tot a la vista de les sentències dels tribunals internacionals i europeus en qüestions relacionades, no hi ha cap justificació d'aquest caire que se sostingui, per la qual cosa ens trobem davant un seguit de violacions greus dels drets polítics. Atès que s'adrecen contra un grup polític i social concret, el Tribunal de Justícia Europeu entén que aquestes violacions suposen deficiències que afecten un grup objectivament identificable.

El capítol 6, a càrrec d'Alejandro Chehtman, se centra en el dret a la veritat i en la seva possible violació en el context del moviment independentista català. En primer lloc, analitza els orígens, la base jurídica i l'abast del dret a la veritat segons el dret internacional dels drets humans com a obligació d'acord amb els sistemes europeu i universal. En traça l'expansió des de les transicions llatinoamericanes cap al sistema interamericà de drets humans i els seus homòlegs europeu i africà, per ser finalment reconegut com a part dels drets humans universals. El capítol mostra que el dret a la veritat comporta al cap i a la fi una obligació dels estats de dur a terme investigacions imparcials, exhaustives i promptes de violacions de drets humans. Aquest dret correspon, de manera conjunta o complementària, a víctimes individuals i a col·lectius que poden haver sigut perjudicats o afectats per determinats fets. A partir d'aquesta base, el capítol analitza si les respostes a determinats fets compleixen les obligacions d'Espanya envers el dret a la veritat. Concretament, estudia les acusacions de les víctimes i d'altres interessats sobre la resposta d'Espanya a la violència desfermada durant el referèndum d'independència i als atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils que es van esdevenir durant el procés català. Pel que fa al primer, documenta el marcat contrast entre la persecució penal de les actuacions de líders i ciutadans catalans i la d'agents de policia i d'altres forces de seguretat. Tanmateix, reconeix que l'actuació de les víctimes i de la societat civil ha empès les autoritats no sols a abordar actes individuals de violència, sinó també a prendre en consideració les acusacions en relació amb aspectes sistèmics de violència i la possible responsabilitat dels comandaments mitjans. En aquest sentit, el dret a la veritat ha servit i ha ajudat les víctimes i les organitzacions de la societat civil a exigir unes respostes institucionals més adequades. En canvi, hi ha certs aspectes de les acusacions de les víctimes sobre els atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils a les quals les autoritats espanyoles fins ara s'han negat a fer front i a investigar de tal manera que satisfacin les rigoroses exigències del dret a la veritat. En el context més ampli en què s'han produït aquestes respostes, el tractament de les reivindicacions de les víctimes catalanes contribueix a l'afirmació que constitueixen deficiències sistemàtiques que afecten un grup objectivament identificable.

En general, el volum presenta una imatge potent del context del qual ha sorgit la fase més recent de la jurisprudència del TJE sobre l'Ordre de Detenció Europea. Les violacions de drets humans de grups que s'hi analitzen, reflectides en diversos casos en les conclusions dels organismes internacionals de drets humans, aporten el rerefons a partir del qual els tribunals de diversos estats membres de la Unió Europea –Alemanya, Bèlgica i, al seu moment, el Regne Unit– s'han negat a executar Ordres de Detenció Europees. En cercar el límit de la possibilitat de rebuig per tribunals nacionals bo i prenent en consideració aquestes preocupacions, el TJE ha trobat una nova fórmula per assolir un equilibri entre interessos contraposats. Aquesta fórmula se centra en els riscos per als drets humans de grups “objectivament identificables” concrets, una situació que, a diferència d'altres violacions de drets humans, sovint té escasses opcions de ser solucionada mitjançant processos polítics, motiu pel qual reclama amb més força una intervenció judicial. Per altra banda, aquest nou equilibri entre el reconeixement mutu i la protecció dels drets

humans podria ser el reflex d'un procés més ampli cap a una constitucionalització judicial de la Unió Europea, un procés mitjançant el qual els tribunals estatals, juntament amb el TJE, aporten un control potent contra riscos especialment destacats per a l'estat de dret.

Capítol 2

Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables” en el dret comunitari

Neus Torbisco Casals & Nico Krisch

Professora adjunta de dret, Graduate Institute of International and Development Studies, Ginebra; professora de dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Professor de dret internacional i cap del Departament de Dret Internacional, Graduate Institute of International and Development Studies, Ginebra.

I. Introducció

La tensió entre la confiança mútua i els drets fonamentals travessa tota la política comunitària, però és més intensa en la cooperació en assumptes policials, penals i de seguretat, que tendeixen a afectar els drets amb especial intensitat. Durant molt temps, la cooperació en aquesta matèria va ser l'àmbit menys desenvolupat de la integració europea, amb un enfocament àmpliament intergovernamental, àdhuc després que el Tractat de Maastricht la plantegés per primera vegada a nivell de la Unió Europea. Enfortit d'aleshores ençà en diverses rondes, aquest àmbit constitueix ara una part central de les polítiques comunitàries, bo i permetent una àmplia integració a través de normes centralitzades, però també planteja de bell nou qüestions sobre la protecció de les persones durant el procés.¹

La tensió arriba a la seva expressió més intensa en el context de l'Ordre de Detenció Europea (ODE), el “buc insígnia” de la cooperació comunitària en matèria penal. Aquí, la integració europea es basa en la confiança mútua i en la convergència entre estats membres, però a la pràctica, aquest enfocament de principis topa sovint amb casos en què les persones temen, a vegades de manera fonamentada, una violació dels seus drets fonamentals. El disseny original de l'ODE no parava gaire esment a aquest problema, i ha sigut a través de la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu (TJE) que s'han articulat possibles respostes per assolir un equilibri entre mantenir la confiança i garantir els drets fonamentals.

En aquest capítol, ens centrarem en el pas més recent per modelar la relació entre la confiança mútua i la protecció de drets, acomplert amb la sentència del TJE en el cas *Puig Gordi i altres*, el gener de 2023.² A l'apartat II, explorarem la trajectòria que ha dut a aquest nou enfocament, des de la concepció inicial del sistema de l'ODE fins als diversos passos que el TJE va emprendre, sota una considerable pressió externa, per canviar l'equilibri amb el temps. A l'apartat III, traçarem l'origen de l'obertura significativa que va crear *Puig Gordi i altres*. La nova excepció a l'execució automàtica d'ODEs que s'hi estableix –centrada en deficiències per a “grups objectivament identificables”– ha limitat els precedents de la jurisprudència anterior, però per altra banda pot ser entesa com a resposta a un seguit de denegacions i d'evasives dels tribunals nacionals que han tramitat ordres de detenció contra els líders independentistes catalans, els casos dels quals es troben a l'origen de la remissió al Tribunal. L'apartat IV situa aquest canvi dins el context més ampli del paper dels tribunals en tractar la diversitat en societats i en sistemes polítics complexos i diversos. Se centra en les justificacions de l'examen judicial de decisions polítiques, bo

1 Vegeu Steve Peers, “EU Criminal Law and Police Cooperation”, a Paul Craig i Gráinne de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press, 2021); Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law* (2a ed., Bloomsbury Publishing, 2022), cap 1.

2 TJE, Sentència de 31 de gener de 2023, C-158/21, *Puig Gordi i altres*.

i constatant que –des d’una perspectiva constitucionalista– l’enfocament en deficiències per a grups és un terme mitjà plausible que respon a riscos concrets per a grups vulnerables a causa de decisions majoritàries. Partint d’aquest rerefons, l’apartat V explora l’abast dels “grups objectivament identificables” que es troba al centre del canvi jurisprudencial i, tot desenvolupant l’argument del risc desenvolupat a l’apartat anterior, exposa que aquests grups s’entenen millor com a grups socials i polítics vulnerables. Seguidament, el capítol delinea quina mena de grups podrien entrar en aquesta categoria, una categoria àmplia si seguim les indicacions de la jurisprudència recent a la vista d’aquesta lògica.

II. Confiança mútua i drets fonamentals: un equilibri canviant

L’estructura de l’Ordre de Detenció Europea s’entén millor en contrast amb el sistema que la va precedir. Durant dècades, la cooperació en matèria penal entre els estats membres de les Comunitats Europees (més tard Unió Europea) s’havia dut a terme dins l’estructura de l’extradició tradicional, en què cada país decidia, en principi, si acceptava la sol·licitud d’extradició d’un altre. Els estats que havien ratificat el Conveni d’Extradició del Consell d’Europa de 1957 tenien en teoria una discreció més limitada –tenien l’obligació d’extradir en determinades circumstàncies–, però les excepcions eren àmplies i, a la pràctica, els procediments d’extradició continuaven sent feixucs i el seu resultat era sovint incert.³

Naixement de l’Ordre de Detenció Europea

La inclusió de la “justícia i afers interiors” en les competències de la Unió Europea el 1993 en virtut del Tractat de Maastricht va donar un impuls per posar fi a les mancances d’aquest sistema tradicional. Les iniciatives inicials van cercar unes millores considerables mitjançant nous acords per reduir l’aplicació d’excepcions i de reserves. Donat l’èxit limitat d’aquestes mesures, el Consell de Tampere de 1999 va ser el tret de sortida d’una reforma

³ Vegeu Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: Volume II: EU Criminal Law, Policing, and Civil Law* (Oxford University Press, 2023), 88–90.

més àmplia, impulsada sobretot pel govern espanyol de José María Aznar, que des de feia temps mostrava el seu descontentament per la negativa d'altres estats membres a extradir presumptes terroristes d'ETA (i a vegades fins i tot els concedien asil). Malgrat el treball preparatori endegat per la Comissió Europea, les divergències considerables entre els estats membres van persistir. El canvi decisiu no es va produir fins després dels atemptats de l'11 de setembre de 2001 als Estats Units, a conseqüència dels quals els països europeus van voler mostrar que preniën mesures eficaces per combatre el terrorisme. La reforma del sistema d'extradició, qualificat com a mesura antiterrorista, va prendre un impuls significatiu, i la Comissió fins i tot va en poder convèncer Bèlgica, tradicionalment l'estat més escèptic, com ho palesaven les tensions persistents amb Espanya sobre la qüestió d'ETA. A conseqüència d'això, les negociacions es van accelerar de manera extraordinària, per desembocar finalment en la Decisió Marc de 2002 que establia l'ODE.⁴

La lògica principal rere aquesta Decisió Marc era l'eficàcia: un sistema més fluid per facilitar el lliurament de sospitosos i criminals i, per consegüent, unes eines més eficaces per combatre el terrorisme. Així doncs, no sorprèn que la Decisió Marc se centrés en “aplicar el principi de reconeixement mutu [...] com a ‘pedra angular’ de la cooperació judicial” en lloc de l'enrevessat panorama anterior d'acords d'extradició.⁵ L'extradició passava de ser una opció discrecional de les institucions polítiques de cada país a un lliurament quasi automàtic sota el control dels òrgans judicials. La doble incriminació, un principi clau de l'antic sistema, va ser abolida per als 32 delictes fonamentals inclosos dins el sistema de l'ODE, i els estats membres ja no tenien potestat per denegar l'extradició dels seus ciutadans.⁶

Davant aquesta situació, no sorprèn que les preocupacions pels drets humans passessin a un segon pla de la Decisió Marc. Les consideracions al respecte apareixen sobretot al preàmbul, que destaca que la Decisió “respecta els drets fonamentals” i que no ha de ser interpretada en el sentit d'obligar els estats membres a lliurar persones en casos en què hi hagi motius per creure que una ordre de detenció ha sigut emesa per perseguir algú per raons discriminatòries.⁷ A més, segons el seu Article 1.3, la Decisió Marc “no ha de tenir l'efecte de modificar l'obligació de respectar els drets fonamentals i els principis jurídics fonamentals consagrats a l'Article 6 del Tractat de la Unió Europea”. Tanmateix, aquestes qüestions no apareixen de nou als paràgrafs que parlen de les excepcions concretes de l'obligació d'executar ODEs, excepcions que es mantenen limitades i tècniques. L'èmfasi estava clarament posada en la creació d'un sistema més fluid per lliurar sospitosos o criminals condemnats i en reduir els obstacles d'aquest procés. El principi rector era que

4 Vegeu Christian Kaunert, “Without the Power of Purse or Sword’: The European Arrest Warrant and the Role of the Commission” (2007), 29 *Journal of European Integration* 387.

5 Decisió Marc 2002/584/JAI de 13 de juny de 2002, preàmbul 6. Vegeu també Mitsilegas (nota 1), 199–202.

6 Per un repàs del sistema de l'Ordre de Detenció Europea, vegeu Peers (nota 3), 90–114.

7 Decisió Marc, nota 5, preàmbul, par. 12.

una autoritat judicial executora no hauria de comprovar els motius concrets de l'ordre o d'investigar més en detall el cas subjacent.

Primera jurisprudència

Si les preocupacions pels drets humans eren d'importància marginal dins la concepció inicial del sistema de l'ODE, la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu va seguir la mateixa direcció durant més d'una dècada després de la seva implantació. El Tribunal presentava habitualment la simplificació, la major eficàcia i la facilitació i l'acceleració de la cooperació judicial com a objectius clau d'un sistema basat en la confiança mútua, bo i destacant les limitacions estrictes per a les autoritats nacionals per refusar l'execució d'una ODE.⁸

En una primera sentència de 2007, del cas *Advocaten voor de Wereld*, el Tribunal va rebutjar les impugnacions contra la Decisió Marc, entre altres, per incompliment del principi de legalitat a causa de la formulació imprecisa dels delictes pels quals els sospitosos eren lliurats mitjançant ODEs.⁹ Destacava el fet que la Unió Europea es basava i estava vinculada pel principi de l'estat de dret i dels drets fonamentals, la qual cosa incloïa el principi de legalitat dels delictes penals. Tanmateix, el Tribunal va concloure que no pertocava a la pròpia Decisió Marc definir els delictes rellevants amb prou concreció, sinó a la llei de l'estat emissor de l'ODE. Dins aquesta concepció d'un sistema descentralitzat basat en el reconeixement mutu, les garanties dels drets humans (i el compliment de les normes del dret europeu i internacional dels drets humans) eren considerades primerament una tasca de l'estat membre on tenia lloc el procés penal.

Aquest enfocament va seguir caracteritzant la jurisprudència del Tribunal durant els anys següents, expressada de manera més contundent a les dues sentències dictades el 2013. A *Radu*, es demanava al Tribunal si l'autoritat judicial executora podia denegar l'execució d'una ODE a la vista d'una possible violació del dret a un judici just i dels drets de defensa.¹⁰ El cas afectava unes ordres de detenció emeses per les autoritats alemanyes per un ciutadà romanès processat per robatori. El demandant sostenia que no se li havien notificat les acusacions i que no es podia defensar, per la qual cosa un lliurament significaria una violació dels seus drets de defensa. A la seva sentència referent a una petició del Tribunal

8 A mode de repàs, vegeu Ermioni Xanthopoulou, "Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust" (2018), 55 *Common Market Law Review*; Leandro Mancano, "You'll Never Work Alone: A Systemic Assessment of the European Arrest Warrant and Judicial Independence" (2021), 58 *Common Market Law Review*.

9 TJE, Sentència de 3 de maig de 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*.

10 TJE, Sentència de 29 de gener de 2013, C-396/11, *Radu*.

d'Apel·lació romanès, el TJE va destacar, tal com en sentències anteriors, que les autoritats nacionals només podien denegar l'execució d'una ODE en circumstàncies recollides explícitament a la Decisió Marc. Atès que la suposada violació en qüestió en aquest cas no es trobava entre aquestes circumstàncies, les autoritats romaneses estaven obligades a lliurar el sospitós. El Tribunal va destacar que el propòsit de la Decisió Marc era “facilitar i accelerar la cooperació judicial per tal de contribuir a l'objectiu fixat perquè la Unió Europea esdevingui un espai de llibertat, seguretat i justícia bo i basant-se en l'alt nivell de confiança que hauria d'existir entre els estats membres”. Una notificació del sospitós abans d'emetre una ODE “causaria inevitablement el fracàs del propi sistema de lliurament” que la Decisió Marc pretenia establir.

La mateixa lògica va prevaldre en la segona sentència de referència del mateix any, *Melloni*.¹¹ El demandant havia sigut detingut a Espanya després de ser condemnat en absència per un tribunal italià per fallida fraudulenta. Va recórrer l'execució d'una ordre de detenció italiana en contra seva, adduint que un lliurament violaria el seu dret a un judici just. El Tribunal Constitucional espanyol, al qual es va sotmetre el cas, va concloure que un lliurament només salvaguardaria els drets fonamentals segons el dret constitucional europeu i espanyol si les autoritats espanyoles el condicionessin a un nou judici contra el demandant davant els tribunals italians. El TJE s'hi va oposar, bo i destacant de nou la naturalesa exhaustiva dels motius per denegar -o condicionar- una ODE recollits a la Decisió Marc, i que els judicis en absència només podien originar una no-execució en determinades circumstàncies estrictament definides. Per aquest cas, considerava que salvaguardava el dret a un judici just segons la Carta Europea de Drets Fonamentals i el Conveni Europeu de Drets Humans, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans. Per al TJE, era irrellevant que un lliurament incondicional violés les garanties d'un judici just segons el dret constitucional espanyol, donada la primacia del dret comunitari per damunt del dret nacional. Concretament, sostenia:

“permetre que un estat membre [...] condicioni el lliurament d'una persona condemnada en absència al fet que la condemna pugui ser revisada a l'estat membre emissor, possibilitat no prevista per la Decisió Marc 2009/299, per evitar un efecte negatiu en el dret a un judici just i en els drets de defensa garantits per la constitució de l'estat membre executor, bo i semblant dubtes sobre la uniformitat del nivell de protecció dels drets fonamentals definits en aquesta decisió marc, minaria els principis de confiança i de reconeixement mutus que aquesta decisió pretén defensar, compromentent l'eficàcia d'aquesta decisió marc”.¹²

Així doncs, ni tan sols els drets garantits constitucionalment no eren prou motiu per denegar l'execució d'una ODE. Segons el Tribunal, la presumpció d'uniformitat del nivell

11 TJE, Sentència de 26 de febrer de 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministerio Fiscal*.

12 *Ibid.*, par. 63.

2. Neus Torbisco Casals & Nico Krisch, Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables” en el dret i la jurisprudència comunitaris

de protecció dels drets fonamentals i l'èmfasi en la confiança mútua eren uns pilars del sistema de l'ODE que calia mantenir, fins i tot quan els tribunals constitucionals nacionals cercaven de fer valer les seves pròpies garanties.

Els anys 2013 i 2014 marquen el punt culminant de la confiança mútua dins la jurisprudència del TJE, no sols motivat pels casos *Radu i Melloni*, sinó també -cosa encara més important pel que fa a l'estructura institucional- per l'opinió del Tribunal sobre l'adhesió de la Unió Europea al Conveni Europeu de Drets Humans.¹³ Aquí, la confiança mútua entre estats membres és elevada al nivell constitucional: és

“d'importància fonamental en dret comunitari, atès que permet crear i mantenir un espai sense fronteres internes. Aquest principi exigeix, especialment pel que fa a l'espai de llibertat, seguretat i justícia, que cadascun d'aquests estats consideri, llevat de circumstàncies excepcionals, que tots els altres estats membres compleixen el dret comunitari, especialment els drets fonamentals reconeguts pel dret comunitari.”¹⁴

La possibilitat que el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) pogués qüestionar aquesta confiança mútua en nom dels drets humans esdevenia problemàtica, motiu pel qual l'adhesió al CEDH “és susceptible d'alterar l'equilibri subjacent de la Unió Europea i de minar l'autonomia del dret comunitari”.¹⁵ Amb aquest enfocament, no sorprèn que el TJE rebutgés de fet l'adhesió com a incompatible amb el dret de la Unió Europea.

Cap a excepcions limitades

Si l'enfocament parcial de la confiança mútua a costa de la protecció de drets fonamentals va suscitar crítiques des del mateix inici de l'Ordre de Detenció Europea, als anys posteriors va agafar volada. La Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea va entrar plenament en vigor el 2009 amb el Tractat de Lisboa, elevant els drets fonamentals dins l'arquitectura del dret comunitari. Els tribunals dels estats membres, inclosos els tribunals constitucionals, havien indicat el seu descontentament i una possible voluntat de restringir l'aplicació del sistema de l'ODE en diverses ocasions.¹⁶ El Tribunal Europeu de Drets Humans també havia demanat que els estats membres revisessin els riscos per als drets humans a les seves

13 TJE, Opinió 2/13, 18 de desembre de 2014.

14 *Ibid.*, par. 191.

15 *Ibid.*, par. 194.

16 Vegeu Aida Torres Pérez, “A Predicament for Domestic Courts: Caught between the European Arrest Warrant and Fundamental Rights”, a Bruno De Witte et al. (eds.), *National Courts and EU Law* (Edward Elgar Publishing, 2016).

decisions per lliurar persones (sobretot en el context de processos d’asil).¹⁷ En general, a mesura que la Unió obtenia més competències, sobretot en matèria de cooperació de justícia i seguretat, en el procés de formar una “Unió com més va més estreta” mitjançant diverses rondes de tractats –Maastricht, Amsterdam, Lisboa–, també creixia la rellevància de la protecció de drets i es feien sentir més crides a la constitucionalització de la Unió Europea.¹⁸

Ja en el cas *Radu*, unes preocupacions similars havien dut l’Advocada General davant el Tribunal Eleanor Sharpston a estudiar més de prop les possibles violacions de drets. Després d’una anàlisi detallada de la jurisprudència del TEDH, va concloure que, en circumstàncies especials, un suposat risc de violació de drets fonamentals podria justificar la denegació de l’execució d’una ODE. En el context de les garanties d’un judici just, aquest llinar s’assolia si “la violació en qüestió [arriba] a desfer fonamentalment la justícia del procés”.¹⁹ Si bé això no va fer canviar de parer el Tribunal en aquella ocasió, sí que va deixar una marca potent per un possible canvi en el futur.

A més, havien sorgit greus problemes en alguns estats membres, que afectaven d’una banda les condicions de detenció, que també havien originat alguns casos davant el TEDH i es trobaven entre els motius pels quals el TJE havia limitat alguns anys abans el principi de confiança mútua dins el sistema comú d’asil de la Unió Europea.²⁰ Però més fonamental era que la situació de l’estat de dret es va deteriorar considerablement en alguns estats membres després de 2010, sobretot a Hongria i, més tard, a Polònia.²¹ Això erosionava de manera creixent la presumpció de compliment dels drets fonamentals, que constitueix la base del requisit legal per fer realitat la confiança mútua entre estats membres.

D’aquesta manera, augmentava la pressió sobre l’enfocament tradicional del TJE des de diferents bandes, que no fou sinó exacerbada per un seriós avís del Tribunal Constitucional alemany a la fi de 2015,²² al qual s’havia sotmès el cas d’una ordre de detenció italiana que el tribunal alemany competent havia decidit d’executar, malgrat preocupacions per una condemna en absència. El tribunal va aprofitar l’ocasió per insistir que el dret comunitari –i la Decisió Marc sobre l’ODE– no podia prevaldre sobre el dret constitucional alemany

17 Vegeu, p. ex., TEDH [GC], Sentència de 21 de gener de 2011, Rec. 30696/09, *M.S.S. c. Bèlgica i Grècia*.

18 Vegeu, p. ex., Joseph HH Weiler, *The Constitution of Europe* (Cambridge University Press, 1999); Gráinne De Búrca i Joseph HH Weiler (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2011).

19 TJE, Opinió de l’Advocada General de 18 d’octubre de 2012, C-396/11, par. 97.

20 TJE, Sentència de 21 de desembre de 2011, C-411 & 493/10, *N.S. i M.E. i altres c. Secretary of State for the Home Department*.

21 Vegeu, p. ex., Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism” (2018), 85 *University of Chicago Law Review* 545.

22 BVerfG, Ordre de 15 de desembre de 2015, 2 BvR 2735/14. Vegeu Frank Meyer, “From Solange II to Forever I’ the German Federal Constitutional Court and the European Arrest Warrant (and How the CJEU Responded)” (2016), 7 *New Journal of European Criminal Law* 277.

si infringia la protecció de la dignitat humana, un element de la “identitat constitucional” alemanya que suposa un límit a la primacia de la Unió Europea. Segons el Tribunal Constitucional, les autoritats nacionals tenien l’obligació (i, per consegüent, el dret) d’estudiar si el principi de culpabilitat individual era respectat en judicis celebrats en absència a altres països, i que també calia interpretar la Decisió Marc en aquest sentit.

Finalment, el TJE va redreçar el rumb –àdhuc cautelosament– a la sentència d’*Aranyosi i Căldăraru*, en resposta a una qüestió prejudicial d’un tribunal alemany.²³ En ambdós casos, les proves existents –i la jurisprudència del TEDH– permetien suposar que els afectats serien sotmesos a condicions de detenció a Hongria i Romania, respectivament, que violaven la prohibició de tractament inhumà o denigrant. El Tribunal, que ja no estava disposat o ja no podia ignorar aquestes preocupacions, va adoptar un nou enfocament per interpretar la Decisió Marc, basat en la Carta de Drets Fonamentals i en el CEDH. Si bé continuava insistint en la importància del reconeixement mutu entre estats membres, el Tribunal va obrir la porta a excepcions d’aquest principi “en circumstàncies excepcionals”. Segons el TJE, una negativa a executar una ODE en casos en què s’al·lega una possible violació de la prohibició de tortura o de tractament inhumà o denigrant exigeix als tribunals nacionals que duguin a terme una prova en dos passos: primer, per identificar “deficiències sistèmiques o generalitzades” sobre la base d’informació “objectiva, fiable, concreta i degudament actualitzada”; i segon, per constatar que l’afectat concret pot ser exposat a un risc de violació dels seus drets. *Aranyosi i Căldăraru* no preveia una denegació directa a conseqüència d’aquesta valoració, sinó més aviat una posposició fins que es disposés de més informació per excloure el risc.

Les condicions de detenció continuaven sent un obstacle constant en procediments d’ODE, i al llarg dels anys següents, el Tribunal continuava refermant-se en la prova en dos passos desenvolupada a *Aranyosi i Căldăraru*.²⁴ A la sentència d’E.D.L. de 2023, va anar encara un pas més enllà, indicant una valoració completament individualitzada en casos on hi hagi un “risc real d’una reducció significativa de l’expectativa de vida [d’una persona] o d’un deteriorament ràpid, significatiu i irreversible del seu estat de salut” a conseqüència d’un lliurament.²⁵ Aquest risc podia comportar l’ajornament, i en casos excepcionals fins i tot a una denegació definitiva. Tanmateix, queda per veure si aquest enfocament més individualitzat s’ampliarà més enllà de les circumstàncies estrictes d’E.D.L. En un cas més recent sobre qüestions relacionades amb la detenció –un risc per al dret de respecte de la vida privada i familiar, així com per als drets de l’infant–, el Tribunal va ser més flexible pel que fa als drets en els quals es pot basar una denegació, però insistia en la valoració en dos passos de deficiències sistèmiques generalitzades i del risc en el cas individual.²⁶

23 TJE, Sentència de 5 d’abril de 2016, Casos C-404/15 i C-659/15 PPU, *Aranyosi i Căldăraru*.

24 Vegeu Ermioni Xanthopoulou, “The European Arrest Warrant in a Context of Distrust: Is the Court Taking Rights Seriously?” (2022), 28 *European Law Journal* 218, 223–224.

25 TJE, Sentència de 18 d’abril de 2023, C-699/21, *E.D.L.*, par. 55.

26 TJE, Sentència de 21 de desembre de 2023, C-261/22, *GN*.

Tanmateix, les condicions de detenció no eren l'única preocupació en procediments d'ODEs. Als anys posteriors a *Aranyosi i Căldăraru*, van continuar augmentant les preocupacions per violacions estructurals dels drets humans en alguns estats membres, sobretot pel que fa a deficiències de l'estat de dret a països que estaven passant per canvis il·liberals i autocràtics. L'empitjorament de la situació del sistema judicial polonès, amb creixents atacs a la independència del poder judicial, plantejava els problemes més greus en aquest sentit. Això dugué el TJE, a la seva sentència de *LM* de 2018, a ampliar un pas més les excepcions del reconeixement mutu.²⁷ La sentència va sorgir d'una qüestió prejudicial d'un tribunal irlandès en relació amb el lliurament d'un sospitós a Polònia, a causa de la possibilitat que el judici de l'afectat davant un tribunal polonès violés el seu dret a un judici just a causa de la manca d'independència del poder judicial polonès. El TJE hi respongué ampliant el ventall d'excepcions, més enllà de la prohibició de tractament inhumà o denigrant (que constituïa el nucli dels casos sobre les condicions de detenció), al dret a un tribunal independent que, segons el Tribunal, forma part de “l'essència del dret a un judici just”.²⁸ A aquest respecte, el Tribunal continuava mantenint la seva prova en dos passos, que exigia una valoració tant general com individualitzada. Primer, els tribunals nacionals havien de determinar un risc de violació del dret a un judici just dins el sistema judicial del país afectat a conseqüència de deficiències “sistèmiques” o “generalitzades”. Després, en un segon pas, havien de “valorar concretament i precisa si, en les circumstàncies particulars del cas, hi havia motius de pes per creure que, després del lliurament [d'una persona] a l'estat membre emissor, l'afectat correrà aquest risc”.²⁹ Això implicava un examen dels problemes d'independència judicial a nivell granular pels tribunals concrets als quals se sotmetria una persona. Segons el Tribunal, el refús d'executar una ODE basat tan sols en el primer pas -deficiències generalitzades- interferiria en la prerrogativa del Consell Europeu segons la Decisió Marc per suspendre el funcionament de l'ODE pel que fa a un estat membre en general.³⁰

Aquesta línia d'argumentació sobre preocupacions per l'estat de dret i altres possibles violacions de drets fonamentals va continuar als anys posteriors a *LM*. El Tribunal insistia reiteradament en la necessitat de cercar deficiències sistèmiques o generalitzades i de determinar el seu possible impacte en l'afectat, malgrat que les crítiques d'aquest enfocament pujaven de to. La jurisprudència sobre les condicions de detenció era sovint criticada -fins i tot pel TEDH-³¹ per no centrar-se prou en el risc individualitzat, mentre que per als casos relatius a l'estat de dret, la crítica sorgia sobretot del fet que sovint

27 TJE, Sentència de 25 de juliol de 2018, C-216/18 PPU, *LM*.

28 *Ibid.*, par. 59.

29 *Ibid.*, par. 68.

30 Vegeu Decisió Marc, nota 5, preàmbul 10.

31 Vegeu TEDH, Sentència de 25 de març de 2021, Rec. 40324/16 i 12623/17, *Bivolaru i Moldovan c. França*. Vegeu també Johan Callewaert, “The European Arrest Warrant under the European Convention on Human Rights: A Matter of Cooperation, Trust, Complementarity, Autonomy and Responsibility”, *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, vol. especial (Nomos, 2021).

costava trobar proves concretes que els problemes estructurals realment afectessin una persona concreta.³²

Fossin quines fossin les mancances que restaven, és notable el canvi que el Tribunal va acomplir del punt àlgid de la confiança mútua el 2013 cap a una ampliació del ventall d'excepcions a partir de 2016. Degut a les circumstàncies polítiques i als dubtes basats en els drets, l'exigència normativa perquè els estats membres confiïn entre si va deixar pas a una jurisprudència més matisada, amb un equilibri entre la cooperació efectiva i la necessitat de respondre a (certes) amenaces (sistèmiques) per als drets individuals.

III. L'enfocament creixent en problemes relacionats amb grups

L'enfocament del TJE en deficiències generalitzades o sistèmiques li va permetre de mantenir un principi d'execució automàtica d'Ordres de Detenció Europees i d'evitar valoracions individualitzades per tribunals nacionals en cada cas. Tanmateix, aquest enfocament – constant des d'*Aranyosi i Căldăraru* – plantejava dificultats per copsar problemes de drets humans que no estaven solament relacionats amb casos individuals, sinó que afectaven grups identificables més amplis, sense constituir deficiències generalitzades a nivell d'estat.

El sorgiment de les preocupacions de grup: cap a Puig Gordi i altres

El problema concret de les violacions de drets relacionats amb grups ja havia sigut reconegut pels autors de la Decisió Marc de 2022. A més de destacar que la Decisió no pretenia modificar les obligacions envers els drets fonamentals, també van incloure al preàmbul un fragment que manifestava el risc d'utilitzar processos penals per discriminar grups concrets:

³² Vegeu Mancano (nota 8); Xanthopoulou (nota 24).

“Cap element d’aquesta Decisió Marc podrà ser interpretat com una prohibició de denegar l’extradició d’una persona per a qui s’hagi emès una ordre de detenció europea si hi ha motius per creure, sobre la base d’elements objectius, que aquesta ordre de detenció ha sigut emesa per perseguir o castigar una persona per motius de gènere, raça, religió, origen ètnic, nacionalitat, llengua, opinions polítiques o orientació sexual, o bé que la posició d’aquesta persona es pugui veure perjudicada per qualsevol d’aquests motius.”³³

Aquest fragment reprèn la formulació habitual de les clàusules de no-discriminació dels instruments de drets humans (bo i limitant el nombre de criteris de discriminació). Val a remarcar que aquest aspecte particular és destacat explícitament, mentre altres possibles problemes de drets no hi són esmentats concretament.

L’aspecte discriminatori constitueix una guia interpretativa, però no reapareix als motius (obligatoris o opcionals) per la no-execució d’ODEs segons la llista de la Decisió Marc. Tampoc el reprèn la primera jurisprudència del TJE: l’èmfasi en la confiança mútua i en l’execució automàtica prevalia igualment sobre les preocupacions pels drets, però dels casos presentats davant el Tribunal tampoc semblaven emanar problemes de discriminació.³⁴ Tanmateix, en introduir la doctrina de les “circumstàncies excepcionals” a *Aranyosi i Căldăraru*, el TJE va esmentar un aspecte relacionat, àdhuc només de passada. En especificar les circumstàncies que poden motivar una possible excepció de l’execució automàtica, apuntava a “deficiències, que poden ser sistèmiques o generalitzades, o que poden afectar determinats grups de persones, o que poden afectar determinats centres de detenció”.³⁵ En la recepció d’aquesta sentència, els comentaristes i els tribunals van destacar les “deficiències sistèmiques o generalitzades”, mentre l’aspecte de grup va passar majoritàriament desapercebut. Fou repetit, sense més explicació o rellevància directa, a la jurisprudència posterior del TJE.³⁶

No fou fins el 2023, amb *Puig Gordi i altres*, que l’aspecte de grup va guanyar preeminència. En referència a la seva jurisprudència anterior, el TJE va citar aquí la seva justificació habitual de la prova en dos passos, però la va modificar –sense més explicació– per incloure-hi, a més de les “deficiències sistèmiques o generalitzades”, la categoria de “deficiències que afecten la protecció judicial d’un grup de persones objectivament identificable al qual pertany

33 Decisió Marc, nota 5, preàmbul 12.

34 Els casos de denegació de l’execució d’ODEs contra suposats membres d’ETA per tribunals belgues no van constituir referències per al TJE. Sobre aquests casos, vegeu Michaël Meysman, “Belgium and the European Arrest Warrant: Is European Criminal Cooperation under Pressure? Refusal of European Arrest Warrant Surrender in the Case Jauregui Espina as Proof of Failing Mutual Trust” (2016), 6 Eur. Crim. L. Rev. 186. Sobre aquesta qüestió, vegeu també TEDH, Sentència de 9 de juliol de 2019, Rec. 8351/17, *Romeo Castaño c. Bèlgica*.

35 TJE, *Aranyosi i Căldăraru*, nota [xx], par. 89, 104 (part destacada pels autors).

36 TJE, Sentència de 15 d’octubre de 2019, C-128/18, *Dorobantu*, par. 52, 54; TJE, Sentència de 25 de juliol de 2018, C-220/18 PPU, ML, par. 60-61.

l'afectat”.³⁷ A diferència de casos anteriors en què s'esmentava l'aspecte de grup, a *Puig Gordi i altres* cobra relleu directe a causa de l'estructura dels casos subjacents que van dur a sotmetre'l al TJE.³⁸ Aquests casos no estaven relacionats amb deficiències sistèmiques a nivell estatal, motiu pel qual el Tribunal Suprem espanyol va cercar una sentència que dictés que, a falta d'aquestes deficiències generalitzades, no fos possible refusar l'execució d'una ODE. Però els casos afectaven un grup (polític) concret, a saber, els independentistes catalans, especialment els líders i ciutadans que havien organitzat i participat activament al referèndum d'autodeterminació celebrat l'octubre de 2017 a Catalunya. Alguns dels seus líders polítics encara es trobaven exiliats a diversos països europeus i denunciaven violacions de garanties processals i de fons pels tribunals espanyols a causa de la seva orientació política.³⁹ Així doncs, la nova categoria de “deficiències que afecten un grup objectivament identificable” s'adreçava clarament als problemes concrets d'aquest cas relacionats amb l'estat de dret.

El nou enfocament del Tribunal va sorprendre molts, sobretot perquè l'Advocat General davant el TJE Richard de la Tour havia secundat la posició del Tribunal Suprem espanyol, bo i considerant que una negativa a executar una ODE era justificable “només en cas de deficiències sistèmiques o generalitzades en el funcionament del sistema judicial de l'estat membre emissor”.⁴⁰ Tanmateix, el TJE va optar per anar més enllà. Tal com a les fases anteriors del desenvolupament de la jurisprudència en aquest àmbit, aquest canvi cap a “grups objectivament identificables” responia a un seguit de dubtes polítics i judicials, plantejats sobretot pels tribunals d'altres estats membres, així com per experts internacionals i organismes quasi judicials de les Nacions Unides.

La criminalització qüestionada: rerefons de *Puig Gordi i altres*

Els dubtes van sorgir poc després que alguns líders independentistes s'exiliessin a finals d'octubre de 2017 a conseqüència del referèndum d'independència de Catalunya i després que els tribunals espanyols comencessin a utilitzar el codi penal per actuar contra el referèndum i el moviment polític en general.⁴¹ Després d'obrir diligències per suposada “rebellió” contra molts líders independentistes, el jutge instructor del Tribunal Suprem espanyol va emetre les primeres ODEs contra els exiliats al començament de novembre

37 TJE, *Puig Gordi i altres*, nota 2, par. 147.

38 Vegeu també Joan Solanes Mullor, “Be Careful What You Ask for: The European Court of Justice's EAW Jurisprudence Meets the Catalan Secession Crisis and the European Rule of Law Crisis in *Puig Gordi* and Others, C-158/21, EU:C:2023:57” (2023), 30 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 201.

39 Vegeu Torbisco Casals, introducció d'aquest volum.

40 TJE, Opinió de l'Advocat General de 14 de juliol de 2022, *Puig Gordi i altres*, par. 119.

41 Per al rerefons polític i judicial, vegeu cap. 1 d'aquest volum.

de 2017, per retirar-les un mes després, possiblement per evitar un refús: els tribunals de Bèlgica, on s’havien traslladat la majoria d’acusats, eren coneguts per posar obstacles a l’execució d’ODEs.⁴²

Quan Carles Puigdemont, president destituït de la Generalitat de Catalunya, va viatjar a Finlàndia el març de 2018, el jutge instructor va veure-hi una oportunitat i va renovar les ordres de detenció. La detenció de Puigdemont a Alemanya, quan tornava de Finlàndia, va atraure l’atenció dels mitjans de comunicació durant els mesos següents. Tanmateix, el tribunal alemany competent –l’Oberlandesgericht (OLG) de Schleswig– va rebutjar l’ordre de detenció en la seva majoria.⁴³ Quant a l’acusació per “rebellió”, l’OLG va concloure que els actes objecte d’acusació no constituïen cap delictes penal similar a Alemanya, i a falta de doble incriminació no era possible lliurar persones a altres estats membres per delictes que no es trobaven a la llista del sistema de l’ODE. Per consegüent, l’OLG va sentenciar que l’ODE només podia ser executada pel que fa a la malversació de fons públics (per l’organització del referèndum), que es podia subsumir en el delictes fonamental de “corrupció”. Això hauria significat que, un cop lliurat, Puigdemont no hauria pogut ser jutjat a Espanya per rebel·lió o qualsevol delictes relacionat. Al jutge instructor espanyol li va semblar una interpretació massa restrictiva i va criticar obertament el tribunal alemany per la seva “falta de compromís” i per violar les normes que regeixen l’Ordre de Detenció Europea, motiu pel qual va retirar l’ordre.⁴⁴

Mentrestant, les ODEs reactivades contra altres exiliats tampoc van procedir davant els tribunals belgues, en aquest cas per motius formals. El tribunal competent de Brussel·les va concloure, com abans la fiscalia, que una ODE només podia ser vàlida si anava acompanyada d’una ordre de detenció nacional, però en aquell moment no hi havia cap ordre nacional en vigor.⁴⁵ A Escòcia, on hi havia en marxa un procediment contra una altra ex-consellera de la Generalitat, Clara Ponsatí, iniciat a finals de març de 2018,⁴⁶ el jutge instructor espanyol va retirar totes les ordres el juliol de 2018 en resposta a la sentència alemanya pel cas del president català destituït.

42 Vegeu Stephen Burgen i Daniel Boffey, “Spanish judge withdraws arrest warrant for Carles Puigdemont”, *The Guardian*, 5 de desembre de 2017.

43 Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Sentència de 12 de juliol de 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18). Vegeu també Julia König, Paulina Meichelbeck i Miriam Puchta, “The Curious Case of Carles Puigdemont – The European Arrest Warrant as an Inadequate Means with Regard to Political Offenses” (2021), 22 *German Law Journal* 256.

44 Vegeu Sam Jones i Severin Carrell, “Spanish court drops international warrant for Carles Puigdemont”, *The Guardian*, 19 de juliol de 2018.

45 AFP, “Catalogne: la Belgique refuse la remise de trois ex-dirigeants indépendantistes”, *Le Point*, 16 de maig de 2018.

46 Severin Carrell i Stephen Burgen, “Catalan academic facing extradition from Scotland granted bail”, *The Guardian*, 28 de març de 2018.

La frustració de la judicatura espanyola amb les Ordres de Detenció Europees es va mantenir també després d'un tercer intent d'aconseguir el lliurament dels exiliats, endegat el novembre de 2019, després que el Tribunal Suprem espanyol hagués condemnat nou altres líders catalans a llargues penes de presó i d'inhabilitació, de fins a 13 anys. Tres persones objecte de les noves ordres -Puigdemont i dos ex-consellers seus, Toni Comín i Clara Ponsatí- havien sigut elegits mentrestant al Parlament Europeu, i un cop confirmada la seva condició com a eurodiputats (contra l'oposició de les autoritats espanyoles), els procediments d'ODE en contra seva a Bèlgica i al Regne Unit van ser suspesos.⁴⁷

Amb els altres perseguits residint a Suïssa, on es trobaven fora de l'abast del sistema de l'ODE, restava Lluís Puig Gordi, ex-conseller de cultura de la Generalitat de Catalunya, com a objectiu principal per a ser extradit. Però també aquí, els tribunals belgues van denegar l'execució de l'ODE. El Tribunal de Primera Instància de Brussel·les i el Tribunal d'Apel·lació -el juliol de 2020 i el gener de 2021, respectivament- van concloure que hi havia dubtes seriosos relacionats amb la violació de la presumpció d'innocència i que el Tribunal Suprem espanyol no tenia competències, segons la legislació espanyola, per jutjar Puig, motiu pel qual el seu dret a ser jutjat pel tribunal predeterminat per la llei corria risc de ser violat. El Tribunal Suprem espanyol havia assumit el cas -en lloc dels tribunals de Catalunya- perquè era l'únic tribunal competent per jutjar alguns dels altres acusats, que eren diputats. Tanmateix, no hi havia cap base jurídica clara per retirar acusats que no complien aquesta condició de la jurisdicció dels tribunals competents per llei per jutjar el seu cas. A conseqüència d'això, els tribunals belgues van reconèixer un risc seriós per al dret a un judici just si Puig era lliurat a Espanya.⁴⁸ Fou sobretot en resposta a aquestes sentències que el Tribunal Suprem espanyol va plantejar la qüestió prejudicial al TJE.

Les sentències belgues van estar sens dubte influïdes pels dubtes que la criminalització del moviment independentista plantejava a altres organismes. Els tribunals belgues van citar explícitament les conclusions del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l'ONU, que a mitjan 2019 va constatar que la presó preventiva dels líders independentistes catalans havia sigut "arbitrària" i que violava diverses garanties segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, des de la llibertat d'expressió i de reunió fins a drets processals, com la presumpció d'innocència, el dret a un tribunal competent i imparcial i els drets de defensa.⁴⁹ Altres experts, grups de drets humans i organismes quasi judicials internacionals també havien criticat fortament les sentències dels tribunals espanyols. A partir d'aquestes crítiques, el Relator Especial de l'ONU sobre el dret de llibertat d'opinió i d'expressió va instar Espanya, ja a l'inici de 2018, a abstenir-se de perseguir amb les

47 Gabriela Galindo, "Brussels court annuls arrest warrant against ousted Catalan leader Puigdemont", *The Brussels Times*, 2 de gener de 2020.

48 Hof van Beroep de Brussel, Sentència 2021/79, 7 de gener de 2021.

49 Docs. ONU A/HRC/WGAD/2019/6, 13 de juny de 2019; A/HRC/WGAD/2019/12 de 10 de juliol de 2019.

acusacions penals per rebel·lió.⁵⁰ Per la seva banda, el Comitè de Drets Humans de l'ONU va dictar el 2018, en una actuació excepcional, mesures cautelars per salvaguardar els drets polítics en el context català.⁵¹

D'aquesta manera, el TJE es trobava que els tribunals nacionals de Bèlgica i d'altres països es negaven a donar curs a les Ordres de Detenció Europees emeses per Espanya. I també es trobava amb com més va més expressions de condemna internacional de l'estratègia de criminalització del moviment independentista català impulsada per les autoritats espanyoles. El 2021, després de les sentències belgues, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa va instar Espanya a reformar el seu Codi Penal, a acordar indults i a abandonar la via penal per deixar de criminalitzar els actes relacionats amb el referèndum.⁵² El 2022, el Comitè de Drets Humans de l'ONU va determinar que els drets polítics d'un seguit de líders independentistes catalans havien sigut violats a conseqüència de la persecució penal que originà la seva inhabilitació.⁵³ A la fi de 2019, el propi TJE havia dictat que les autoritats espanyoles havien de respectar la immunitat dels candidats independentistes elegits al Parlament Europeu, condició que se'ls havia denegat a causa d'un suposat incompliment dels requisits formals.⁵⁴ Abans, el Tribunal Europeu de Drets Humans havia considerat la recollida d'informació sobre jutges que havien donat suport a una crida favorable al referèndum una violació del Conveni Europeu de Drets Humans.⁵⁵ A més, restava pendent de judici davant el TEDH un nombre significatiu de casos relacionats amb el moviment independentista català.

Tal com en els casos sobre les condicions de detenció i la independència judicial, el pas del TJE per crear una nova categoria d'excepcions a *Puig Gordi i altres* –“deficiències que afecten un grup objectivament identificable”– no va sorgir del no-res, sinó d'un context farcit de preocupacions serioses sobre violacions de drets i de dubtes de tribunals nacionals. A més, els casos catalans també plantejaven amb particular vehemència qüestions tradicionalment recollides per l'“excepció de delictes polític” a l'extradició. Abolida per la Decisió Marc en nom de la confiança mútua, torna inevitablement a l'escena quan hi ha diferències de principi entre països en l'apreciació d'actes de caire polític adreçats principalment contra l'estat.⁵⁶ Encara que els delictes polítics clàssics –traïció, rebel·lió

50 Vegeu Nacions Unides, “UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia”, 6 d'abril de 2018, accessible a <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/04/un-expert-urges-spain-not-pursue-criminal-charges-rebellion-against>.

51 Vegeu Nicolas Tomás i Carlota Camps, “UN urges Spain to guarantee Sánchez's political rights”, *El Nacional*, 23 de març de 2018. Vegeu també Krisch, cap. 5 d'aquest volum.

52 Consell d'Europa, Assemblea Parlamentària, Resolució 2381 de 21 de juny de 2021.

53 Comitè de Drets Humans de l'ONU, decisions de 30 d'agost de 2022, Com. 3297/2019, *Junqueras et al. c. Espanya*.

54 TJE, Sentència de 19 de desembre de 2019, C-502/19, *Junqueras Vies*.

55 TEDH, Sentència de 28 de juny de 2022, Rec. 36584/17, *M.D. i altres c. Espanya*.

56 Vegeu l'argument a Könnig, Meichelbeck i Puchta (nota 43).

o sedició- no es trobin entre els delictes fonamentals pels quals el lliurament és quasi automàtic dins el sistema de l’ODE, sorgeixen qüestions similars quan la persecució per altres delictes de la llista -com “corrupció” en els casos que ens ocupen- és percebuda que conté un element polític. Aquestes qüestions ja van aflorar entre Bèlgica i Espanya en relació amb casos bascos anteriors, però sense arribar a una qüestió prejudicial davant el TJE.⁵⁷ Confrontat directament amb el problema en el cas *Puig Gordi i altres*, el TJE -a diferència de l’Advocat General- cregué necessari trobar-hi una resposta de principi, bo i eixamplant, si bé de manera circumscrita, els motius pels quals els tribunals nacionals poden denegar l’execució d’una ODE.

IV. Transformació de la confiança mútua a la Unió Europea

L’equilibri entre el principi de confiança mútua i les preocupacions pels drets fonamentals és avui totalment diferent de fa una dècada. Si bé el TJE continua destacant el principi que els tribunals dels estats membres normalment no haurien d’escrutar les lleis i els procediments d’altres estats membres (sinó “confiar”-hi) per tramitar Ordres de Detenció Europees, ha establert dues excepcions fonamentals: *deficiències sistèmiques o generalitzades i deficiències que afecten grups objectivament identificables*, si aquestes deficiències poden originar una violació dels drets de l’afectat en un cas concret. Tal com hem vist en els casos de les detencions, també hi podria haver una excepció basada solament en circumstàncies individuals, però això sembla limitar-se a casos d’especial gravetat, com amenaces per la vida o la integritat física de la persona afectada. Per entendre l’abast d’aquestes excepcions -sobretot les relacionades amb grups-, cal anar un pas enrere i estudiar les lògiques normatives rere el seu desenvolupament.

⁵⁷ Vegeu Meysman (nota 34).

Dret i política penal comunitaris: a la recerca de legitimitat

La nova fórmula trobada a la jurisprudència del Tribunal ha sigut habitualment interpretada des del prisma de la construcció de la Unió Europea.⁵⁸ Tal com hem vist a l'inici, l'ODE fou creada amb la intenció clara d'avançar cap una “Unió com més va més estreta” dins l'àmbit de justícia i afers interiors, que s'havia mantingut a un nivell majoritàriament intergovernamental fins la dècada de 1990. Els “valors comuns” de la UE, sobretot els drets fonamentals, no acaparaven pas l'ambient posterior a l'11-S, a partir del qual va sorgir l'ODE, i en tot cas, hi havia una percepció compartida que aquests valors eren garantits pels estats membres, motiu pel qual no exigien una consideració especial dins el sistema d'ordres de detenció. De fet, la Decisió Marc fou promulgada en el context d'una Unió relativament homogenia de quinze estats membres, amb una ampliació i una major diversitat entre els membres encara relativament llunyana. Per tant, l'enfocament que el TJE estava desenvolupant es podria entendre com un reflex de les creixents preocupacions per l'estat de dret dins una Unió ampliada i, al mateix temps, com un major accent en els valors i els drets a partir del Tractat de Lisboa de 2007. En aquest context, l'expectativa de regular la confiança mútua en estàndards uniformes arreu de la Unió esdevingué com més va més fictícia. Des d'aquesta percepció, el Tribunal hi respongué reequilibrant la integració i els valors, si bé de manera cautelosa. En lloc de passar a un escrutini complet dels drets humans –tal com ho havien reclamat molts activistes i experts, així com alguns tribunals nacionals–, cercà de contenir les excepcions per permetre que l'escrutini substituís la confiança i l'execució automàtica solament en situacions greus i excepcionals, habitualment caracteritzades per problemes estructurals que transcendeixen el cas individual. Si volem reconstruir aquest enfocament des d'una perspectiva normativa, molt pivota sobre com entenem el concepte de confiança que fonamenta l'edifici de l'ODE, així com en general sobre la recerca de legitimitat de la construcció europea.

De fet, la integració política a Europa va alterar substancialment els patrons i les formes de govern i va minar l'hegemonia de l'estat dins el funcionament de l'ordenament social. Encara que la seva legitimació original es basi en el consentiment dels seus membres a cedir (parcialment) la seva sobirania, les institucions comunitàries han assolit una vida pròpia, bo i actuant de manera creixent com a òrgans relativament independents amb un poder coercitiu important. A conseqüència d'aquesta mutació, aquestes institucions exerceixen ara l'autoritat pública i es presenten amb més força com a promotores d'interessos públics i no sols com un conjunt d'interessos agregats dels seus membres i dels seus electorats nacionals. El model contractualista, basat solament en el consentiment estatal, sembla d'aquesta manera obsolet per explicar i legitimar aquestes transformacions i l'impacte d'uns poders reguladors forts en els drets dels ciutadans europeus.⁵⁹

58 Vegeu, p. ex., Peers (nota 1).

59 Vegeu Fritz W Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?* (Oxford University Press, 1999).

Dins aquest nou context -caracteritzat per la necessitat de constitucionalitzar la Unió Europea a partir d'una ètica compartida més enllà del model intergovernamentalista tradicional-, els principis de confiança mútua i de reconeixement mutu tenen un paper cabdal, no sols per garantir la cooperació i el compliment efectius, sinó també per legitimar el govern europeu en àmbits que tradicionalment eren sobretot nacionals, com seguretat i afers penals. Això es deu al fet que el règim jurídic emergent es basava en la presumpció que hom podia confiar que tots els estats membres complirien les seves obligacions per aplicar correctament i de bona fe el dret comunitari, incloent-hi una protecció efectiva dels drets fonamentals reconeguts tant per les constitucions nacionals com a nivell de la Unió Europea, sobretot dins la seva Carta de Drets Fonamentals.

De la confiança moralista a la confiança racionalitzada

Si bé el reconeixement i la confiança mutus no van ser esmentats explícitament als tractats originals de la Unió Europea, ambdós han sigut invocats dins la legislació secundària, i el TJE ha remès a la seva rellevància per garantir la cooperació, bo i assegurant el respecte dels drets fonamentals.⁶⁰ És cert que qualsevol contracte o tractat implica un nivell mínim de confiança, atès que cada part necessita refiar-se del fet que l'altra respectarà allò consensuat i que cooperarà per complir les obligacions que se'n deriven. Però en el context de la integració europea, la confiança mútua sovint s'ha relacionat amb una concepció de principi, no calculatòria, basada en interessos i valors compartits, inclosos la democràcia, els drets humans i la solidaritat, que promouen el tipus de vincles qualificat que justifiquen la integració supranacional com a projecte cooperatiu. És clar que la cooperació no sorgeix per naturalesa, sinó que exigeix als agents involucrats un alt grau de compromís intrínsec (amb els béns i els valors que els sistemes cooperatius pretenen promoure) i d'altruisme (o sia, la voluntat de deixar de banda els interessos oportunistes, immediats o egoistes propis i prioritzar la participació per generar un “bé comú”). Els beneficis d'un clima generalitzat de confiança en el context de la construcció d'empreses cooperatives són obvis: la confiança redueix la complexitat social i actua com a força que contraresta les predisposicions egoistes i les inclinacions a evitar el risc, bo i facilitant una acció col·lectiva eficaç i la capacitat de compartir voluntàriament amb els altres. La confiança mútua, entesa com a confiament general i “no calculatori” en la bona fe i en l'honradesa dels altres, expressa una expectativa positiva que d'alguna manera desafia l'evidència; és a dir, senzillament ens captem “com si el futur fos cert”⁶¹ i partim de la idea que els altres compliran els seus papers de manera responsable, o bé que actuaran segons unes normes socials raonables que respectin els interessos o les necessitats comuns.

60 Vegeu Andrea Miglionico i Francesco Maiani, “One Principle to Rule Them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice” (2020), 57 *Common Market Law Review*.

61 Niklas Luhmann, *Trust and Power* (Wiley, 1979) 10.

Així doncs, la confiança ens permet d'abordar dilemes d'acció col·lectiva que poden impedir l'assoliment del bé comú, i fins i tot és percebuda com a cabdal per construir i mantenir el capital social, en paraules de Robert Putnam,⁶² fins al punt que incrementa la capacitat de la societat civil per organitzar i crear associacions tant formals com informals, des de partits polítics fins a clubs de petanca. A més, les parts que confien tendeixen a complir voluntàriament les normes, atès que es refien que els altres també les compliran. Això permet estalviar en supervisió constant per evitar comportaments oportunistes, motiu pel qual una societat democràtica que conrea relacions de confiança fortes es pot permetre menys regulacions i més llibertats.⁶³

Per aquest motiu, la confiança és presentada com la “cola” o el “lubricant” que uneix la societat –i també les societats europees–,⁶⁴ bo i motivant una interacció positiva per assolir objectius comuns, característica en què es basa tota democràcia que funciona.⁶⁵ A nivell supranacional, també se suposa que la democràcia florirà i funcionarà de manera més eficaç si impera un clima general de confiança política entre els estats membres.⁶⁶ Dins una forma de confiança moralista i no estratègica, això es basa més aviat en creences i en compromisos normatius que en una disposició calculatòria que els economistes prenen com a manifestació central de la racionalitat. La confiança moralista inclou majoritàriament una declaració prescriptiva sobre com s'han de comportar les persones i relacionar entre si.⁶⁷ En aquesta concepció, la confiança té un valor més *intrínsec* que no pas merament instrumental: permet d'expressar respecte pels altres com a éssers humans, així com l'esperança que els altres seran igualment capaços d'actuar de manera respectuosa, bo i satisfent la fe o la confiança que hi dipositem. Per tant, la seva naturalesa no està principalment relacionada amb un reconeixement realista de la nostra racionalitat “limitada” i amb els límits de la lògica “calculatòria”,⁶⁸ sinó amb una decisió conscient per confiar, malgrat els riscos que això comporta, com a forma de captar-se d'acord amb les nostres creences i els nostres compromisos, encara que això signifiqui fer sacrificis o assumir la possible manca de reciprocitat.

La cooperació basada en una forma potent de confiança sempre ha resultat difícil en contextos com l'europeu, caracteritzat per greuges històrics, asimetries econòmiques

62 Vegeu, p. ex., Robert D Putnam, “Bowling Alone: America’s Declining Social Capital” (1995), 6 *Journal of Democracy* 65.

63 Patti Tamara Lenard, *Trust, Democracy, and Multicultural Challenges* (Penn State Press, 2012).

64 Kenneth J Arrow, *The Limits of Organization* (W W Norton & Company, 1974).

65 Vegeu David Miller, *On Nationality* (Oxford University Press, 1995); Lenard (nota 63).

66 Pel que fa a la confiança política i les seves implicacions per a la cooperació i l'altruisme en la democràcia globalitzada, vegeu Neus Torbisco Casals, “Beyond Altruism? Globalizing Democracy in the Age of Distrust” (2015), 98 *The Monist* 457.

67 Eric M Uslaner, *The Moral Foundations of Trust* (Cambridge University Press, 2002), 23.

68 Oliver E Williamson, “Calculativeness, Trust, and Economic Organization” (1993), *Journal of Law and Economics* 453.

i profundes barreres culturals. Però ha esdevingut encara més difícil a mesura que les divergències i les disparitats entre estats membres han crescut amb l'ampliació de la Unió Europea i amb el declivi democràtic, que també afecta altres parts del món i que també ha afavorit una regressió en matèria de drets humans.⁶⁹ De fet, els motius de desconfiança i inseguretats creixents han fet la cooperació més arriscada.

Val a dir que abordar empreses comunes és sempre arriscat, atès que exigeix permetre als altres que afectin els nostres interessos, cosa que, per la seva banda, ens situa en una posició de vulnerabilitat especial.⁷⁰ Tanmateix, si augmenta la desconfiança, els incentius per situar-nos en una relació tan asimètrica es reduiran dràsticament, i només es podria produir una disposició a cooperar dins un marc altament "racionalitzat" que cerqui l'eficiència i que ofereixi prou seguretat sobre la "racionalitat" de confiar en l'altre, cosa que requereix prou garanties per neutralitzar (o minimitzar) els riscos subjacents. Aquesta concepció racionalitzada de la confiança contrasta amb la percepció no utilitària i no calculatòria descrita anteriorment. En lloc de fer mostra d'una actitud de tranquil·litat, fer confiança expressa el resultat d'un procés de presa de decisions que aspira a assegurar que la confiança sigui realment garantida. Per consegüent, el coneixement és crucial en aquest sentit, car se centra sobretot en com fer previsions exactes sobre la "fiabilitat" de l'altre i sobre els riscos de confiar-hi, d'acord amb la informació sobre el seu caràcter, interessos, motivacions o competència.

Per altra banda, també hi ha obstacles evidents per assolir un alt nivell de certesa més enllà de l'abast circumscrit de relacions especials o properes que, en gran mesura, són inherentment no calculatòries. Per començar, hi ha nombrosos factors que "limiten" la nostra racionalitat i que poden posar en risc la cooperació. Els agents racionals tenen una capacitat cognitiva limitada per discernir els interessos d'altre i també per identificar uns resultats òptims en circumstàncies no ideals, és a dir, quan la informació és incompleta o difícil de processar i es poden produir perills sistèmics a causa d'un comportament enganyós. Més enllà de l'àmbit personal, en especial a falta d'experiències prèvies positives o de proves concretes, la confiança col·lectiva comporta confiar en estranys, cosa que encara podria ser racional si podem suposar que actuar a favor dels nostres interessos també serà en interès seu. La coneguda definició de confiança com a interès encapsulat segons Russell Hardin⁷¹ és especialment adequada per copsar aquesta dimensió estratègica de la confiança que podria prevaldre a la Unió Europea, atès que podem suposar, per exemple, que l'execució automàtica d'Ordres de Detenció Europees beneficiarà tots els estats membres. Però més enllà d'aquests casos de "confiança" per maximitzar la utilitat, el concepte hiperracionalista de confiança típic del raonament econòmic sembla força oposat a aquest projecte polític.

69 Vegeu Nancy Bermeo, "On Democratic Backsliding" (2016), 27 *Journal of Democracy* 5; Leslie Vinjamuri, "Human Rights Backlash", a Stephen Hopgood i Jack Snyder (eds.), *Human rights futures* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017).

70 Baier, Annette, "Trust and Antitrust" (1986), 96 *Ethics* 231.

71 Russell Hardin, *Trust and Trustworthiness* (Russell Sage Foundation, 2002).

En qualsevol cas, el principi de confiança mútua en el context de la Unió Europea estava menys lligat a interessos particulars que a interessos, percepcions o compromisos i valors normatius compartits. Si aquests resten diluïts, o si són menys compartits, preveure el compliment i la cooperació resultarà més difícil (sobretot si la cooperació imposa obligacions exigents o si pot dur a sacrificar principis o valors constitucionals nacionals). Per definició, unes interaccions merament estratègiques no obeeixen a normes ètiques o a motivacions altruistes.

Així doncs, el canvi de jurisprudència del TJE sobre l'Ordre de Detenció Europea pot ser vist com l'expressió d'un pas de la confiança (cega) generalitzada a aquest segon concepte racionalitzat i més caut. En aquesta nova forma, obre la porta a un escrutini i a un control més estrictes que afavoreixen un equilibri entre una concepció normativa i no calculatòria de la confiança mútua i un model racionalitzat. Les excepcions més àmplies de l'execució automàtica que permeten als tribunals nacionals de comprovar la situació dels drets humans a altres estats membres representa un canvi cap a un model més racionalista –menys moralista i més caut– de confiança, basat en l'acceptació de controls per reafirmar els principis fundacionals i evitar possibles abusos.⁷²

De fet, la presumpció que hom pot confiar que tots els estats membres compleixen les seves obligacions per aplicar correctament el dret comunitari està fonamentalment relacionada amb la qualitat democràtica de la governança transnacional. Ara bé, la Unió Europea s'ha ampliat per incorporar diferents pobles i societats (heterogenis i desiguals), i no resta clar com es pot suposar, o donar per fet, una confiança i un reconeixement mutus en un context marcat per grans barreres culturals i polítiques. Amb el temps, a mesura que les “Comunitats Europees” inicials s'anaven ampliant, va caldre un reforç d'aquestes salvaguardes. Per exemple, els criteris de Copenhaguen sobre democràcia, estat de dret i drets fonamentals, adoptats el 1993 pel Consell Europeu,⁷³ definien l'ètica compartida com a condició d'ingrés a la UE (ara reflectida als articles 2 i 49 del TUE) que també pot ser considerada com a condició prèvia per al reconeixement i la confiança mutus.

Els mecanismes de salvaguarda són importants a qualsevol contracte per incentivar la cooperació i evitar violacions greus que podrien posar en risc l'acord general. La Unió Europea compta amb tot un seguit de mecanismes: procediments d'infracció contra estats membres per violar el dret comunitari, sancions econòmiques o altres per incomplir sentències del TJE i fins i tot una resposta institucionalitzada en cas de risc de violacions greus dels valors de la Unió segons l'Article 7 del Tractat de la Unió Europea.

72 Vegeu també l'explicació sobre confiança, informació i control a Patricia Popelier, Giulia Gentile i Esther van Zimmeren, “Bridging the Gap between Facts and Norms: Mutual Trust, the European Arrest Warrant and the Rule of Law in an Interdisciplinary Context” (2021), 27 *European Law Journal* 167.

73 Vegeu Comissió Europea, “Accession Criteria”, accessible a https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/glossary/accession-criteria_en.

En la concepció original de l’ODE, se suposava que aquest darrer procediment actuaria per abordar problemes de drets humans i de l’estat de dret en un estat membre concret. Tanmateix, donat l’alt llindar per desencadenar aquest mecanisme, no resulta pràctic en circumstàncies en què es produeixen violacions significatives de drets humans sense arribar a assolir el llindar de “violacions greus dels valors de la Unió Europea”.⁷⁴

Per tant, el TJE havia de recórrer als principis generals i a les eines interpretatives per assegurar la protecció dels drets fonamentals. El repte consistia en definir excepcions que assolissin l’equilibri adequat, bo i garantint el respecte dels drets fonamentals, sense afectar al mateix temps l’automatisme i l’eficàcia del sistema de l’ODE. En el cas que ens ocupa, la capacitat dels tribunals nacionals de verificar el compliment dels drets humans per altres estats membres pot afavorir en darrer terme la qualitat democràtica de la governança supranacional. Això constitueix al capdavant la base normativa que justificava en primer lloc la confiança mútua i el reconeixement mutu. De fet, una presumpció de confiança cega i purament moralista podria ser contraproduent, atès que pot deteriorar la legitimitat de la governança supranacional en matèria penal a la vista de la ciutadania. En canvi, un model de confiança més racionalitzat, que assumeix que la desconfiança a vegades és justificada, pot oferir una base més sòlida per al reconeixement mutu a partir d’un compromís compartit envers el respecte dels drets fonamentals.

V. El TJE com a tribunal constitucional: l’examen judicial i els seus límits

Si el canvi jurisprudencial de l’enfocament restrictiu a *Radu* o *Melloni* cap a la major obertura a *Puig Gordi* i altres redefineix el concepte de confiança mútua a la Unió Europea, també redefineix el paper del TJE dins el sistema polític i institucional. Per tant, podem entendre el canvi com un reflex del paper (encara limitat) del Tribunal com a tribunal constitucional de la Unió Europea.⁷⁵

74 Decisió Marc, nota 5, preàmbul, par. 10.

75 Sobre el paper constitucional del TJE, vegeu, p. ex., Alicia Hinarejos, *Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars* (Oxford University Press, 2009), cap. 1.

Dins un marc constitucional, un tribunal –fins i tot si s’encarrega d’aplicar una constitució o, en el cas de la UE, els tractats fundacionals– sol practicar un cert nivell de deferència envers el legislatiu. Els tribunals varien d’enfocament segons el país, però molts combinen aquesta deferència amb diferents nivells d’escrutini, en funció del problema en qüestió.⁷⁶ L’“espectre d’escrutini” ha sigut explorat sobretot als Estats Units, on el Tribunal Suprem ha desenvolupat una jurisprudència centrada en tres nivells d’escrutini diferents: examen de la base racional, escrutini intermedi i escrutini estricte. Aquesta darrera categoria entra quan hi ha en joc drets constitucionals i sobretot si la legislació fa servir “classificacions de sospitosos” que plantegen preocupacions de discriminació.⁷⁷

Aquest enfocament ha sigut entès –i justificat– com un equilibri entre principis democràtics i protecció de drets. En societats democràtiques, els tribunals que examinen decisions legislatives s’enfronten a una dificultat de majories, atès que, en fer valer drets o altres garanties constitucionals, solen anul·lar una majoria parlamentària (i, per tant, sovint electoral).⁷⁸ Així doncs, una valoració completa de la racionalitat i de la justificació de l’acció legislativa per un tribunal suposaria un risc indegut d’intervenció en processos democràtics. Per tant, i segons l’explicació influent de John Hart Ely, el paper adequat de l’examen judicial es limita a un rol principalment centrat en dos aspectes: en processos i procediments, per assegurar que una decisió legislativa sigui realment el reflex de processos democràtics, i en la representació i la protecció de minories que es troben en desavantatge estructural dins aquests processos.⁷⁹ Això es basa en una sentència del Tribunal Suprem dels Estats Units de 1938, en què el jutge Harlan Stone, ponent del Tribunal, indicava que “el perjudici contra minories diferencials i aïllades pot constituir una condició especial que tendeix a coartar greument el funcionament d’aquells processos polítics en els quals hom sol confiar per protegir les minories” i que per tant poden reclamar un “estudi judicial més minucios” que l’habitualment aplicat pel Tribunal.⁸⁰

La referència a “minories diferencials i aïllades” presenta un marc útil per entendre el gir del TJE cap als “grups objectivament identificables”. En interpretar la Decisió Marc, el TJE actua principalment com a tribunal constitucional: utilitza normes i principis constitucionals generals, sobretot pel que fa a la protecció de drets fonamentals, per reinterpretar la Decisió Marc d’una manera que va clarament més enllà de les excepcions

76 Per un ampli enfocament comparatiu, vegeu, p. ex., Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill, 1971); Doreen Lustig i JHH Weiler, “Judicial Review in the Contemporary World—Retrospective and Prospective” (2018), 16 *International Journal of Constitutional Law* 315.

77 Vegeu Richard H Fallon Jr., *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny* (Cambridge University Press, 2019).

78 Vegeu Alexander M Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press, 1986).

79 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980).

80 US Supreme Court, *Estats Units c. Carolene Products Co.* (1938), 304 U.S. 144 (1938), Opinió majoritària (Stone), nota 4.

explícites del principi d'execució automàtica de les ODEs. La posició inicial del Tribunal –l'aplicació del text literal de la Decisió Marc durant més d'una dècada– és fàcilment entesa com a deferència envers el procés legislatiu, una deferència que encara és visible en la formulació limitada i cautelosa de les excepcions a la confiança mútua. El TJE no anul·la completament les opcions fonamentals rere la Decisió Marc, sinó que hi intervé per assegurar que les deficiències més àmplies de l'estat de dret en un país (que afecten els processos polítics i judicials en el seu conjunt) i els problemes especials per a grups concrets (que no solen reflectir-se adequadament en processos democràtics) siguin solucionats dins el sistema de l'ODE.

Tanmateix, cal considerar la posició del TJE en el context de la complexa arquitectura de la Unió Europea i dels seus estats membres. El canvi de la seva jurisprudència no sols és un reflex d'un escrutini del procés legislatiu a nivell de la UE, sinó que també permet als tribunals nacionals d'escrutar les pràctiques legals i jurídiques d'altres estats membres. A diferència dels procediments d'extradició tradicionals, més centrats en qüestions de doble incriminació, els tribunals nacionals que decideixen sobre Ordres de Detenció Europees jutgen ara déficits d'altres països en matèria d'estat de dret. Això basteix un cert mecanisme d'examen descentralitzat de l'acció dels estats membres sobre la base dels drets fonamentals de la UE, un resultat inevitable des del punt de vista dels drets humans, però que els estats membres també consideraven indesitjable en establir el sistema de l'ODE. El propi tribunal europeu no està en principi autoritzat a revisar l'acció dels estats membres quant al compliment dels drets humans, excepte en àmbits en què els estats membres apliquen dret comunitari.⁸¹ Fins i tot el Tribunal Europeu de Drets Humans, encarregat explícitament de valorar l'acció nacional quant al seu compliment dels drets humans, sovint aplica un “marge d'apreciació” per limitar el seu nivell d'escrutini.⁸² En aquest context, l'examen descentralitzat de drets dins el sistema de l'ODE també genera tensions amb la sobirania dels estats membres, i hom pot entendre que el TJE no sols es mostri deferent envers la legislació comunitària, sinó també envers els processos polítics i judicials dels estats membres.⁸³ Tanmateix, aquesta deferència s'acaba quan hi ha indicis que els procediments polítics o judicials habituals a través dels quals els estats membres asseguruen el compliment dels drets humans no funcionen com se suposa.

Així doncs, hom pot entendre millor l'enfocament del TJE envers les qüestions dels drets en el context de l'ODE com un reflex tant de l'arquitectura particular de la integració de la UE –i del canvi resultant del concepte de confiança mútua– com del paper del Tribunal en evolució cap a un tribunal constitucional de la Unió Europea. Ambdós aspectes aconsellen un enfocament deferent limitat que respecti els principis de confiança mútua i de presa de decisions democràtica dins la UE i els estats membres. Tanmateix, també exigeixen

81 Vegeu Article 51.1 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE.

82 Vegeu Angelika Nussberger, *The European Court of Human Rights* (Oxford University Press, 2020).

83 Vegeu Janneke Gerards, “Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine” (2011), 17 *European Law Journal* 80.

que el Tribunal exerceixi l'escrutini quan aquesta confiança és minada per reptes que el procés polític no sol corregir. La fórmula trobada pel Tribunal en el cas de les Ordres de Detenció Europees –execució automàtica excepte en situacions de deficiències sistèmiques generalitzades o de problemes concrets relacionats amb grups– s'entén millor com a intent d'assolir el difícil equilibri entre deferència i escrutini.

VI. Desgranar el concepte de “grups objectivament identificables”

Els contorns de l'equilibri entre deferència i escrutini, així com l'abast del canvi desencadenat per *Puig Gordi i altres*, prenen cos si som capaços de concretar l'abast de les “deficiències que afecten grups objectivament identificables”. Fins ara, la jurisprudència del TJE ha donat indicis limitats al respecte, però juntament amb la reconstrucció de la seva lògica a l'apartat anterior, aquests indicis ens donen algunes pistes d'aquesta nova categoria d'excepcions del principi de confiança mútua i d'execució automàtica d'ODEs.

Com s'ha vist fins ara, la categoria fou desenvolupada per primera vegada en un cas de deficiències de grup relacionades amb un grup polític concret –el moviment independentista català– que constitueix, dins d'Espanya, un grup polític minoritari que cerca un canvi fonamental de l'estructura constitucional de l'estat, motiu pel qual està sotmès a una persecució penal. Des d'aleshores, la nova categoria només ha sigut utilitzada en un altre cas, *GN* de desembre de 2023, que afectava la negativa d'un tribunal italià a executar una ordre de detenció emesa per els autoritats belgues per aplicar una sentència dictada en absència contra una mare d'un nadó i embarassada d'un altre fill.⁸⁴ Fins el 2021, la legislació italiana contenia una clàusula que prohibia el lliurament de dones embarassades i de mares d'infants menors de tres anys, però el parlament italià la va abolir per assolir un millor compliment de la Decisió Marc. Tanmateix, en el cas de *GN*, les autoritats belgues no havien aportat informació concreta sobre les condicions de detenció de l'afectada, i els tribunals italians van sostenir que, sense tenir prou certesa que Bèlgica prendria les mesures adequades per protegir el dret dels infants a no ser privats de la seva mare, el lliurament d'aquesta mare podria originar una violació dels drets fonamentals emparats per la Constitució italiana i pel CEDH. En ser-li sotmès el cas, el

⁸⁴ TJE, Sentència de 21 de desembre de 2023, C-261/22, *GN*.

TJE va reiterar el seu enfocament general de confiança mútua dins el sistema d'ordres de detenció, bo i apuntant a les dues categories d'excepcions desenvolupades anteriorment. També explicava aquestes categories en detall, en sostenir que una autoritat executora ha d'escatir els motius concrets d'una possible violació de drets si hi veu un risc

*“a causa de deficiències sistèmiques o generalitzades en les condicions de detenció de mares d'infants petits o de l'atenció d'aquests infants [...] o deficiències en les condicions que afecten concretament un grup de persones objectivament identificable, com els infants amb discapacitats”.*⁸⁵

El Tribunal distingeix aquí entre la situació de les mares i dels infants –en relació amb possibles “deficiències sistèmiques o generalitzades”– i la de grups més limitats, com els infants amb discapacitats, que entren en la categoria de “grup de persones objectivament identificable”.

Si bé la línia traçada entre aquestes categories no acaba de quedar clara, la darrera sembla reservada a grups reduïts i especialment vulnerables. Això correspondria a l'enfocament de *Puig Gordi i altres*, on hi havia una minoria política afectada. També coincidiria amb la interpretació desenvolupada a l'apartat anterior, basada en la jurisprudència del Tribunal Suprem dels EUA, bo i destacant el paper especial dels tribunals per protegir “minories diferencials i aïllades”, que no solen tenir possibilitats de fer-se sentir eficaçment al procés polític.

Això aporta prou motius per començar a raonar en el sentit d'una percepció més clara de la categoria jurídica de “grups de persones objectivament identificables”. Així doncs, aquesta categoria pot contenir un seguit de subcategories de grups vulnerables o marginats, no sols quant a la subordinació social o la inferioritat numèrica, sinó també en termes polítics. En general, s'ajusta a la famosa lògica expressada pel jutge Harlan Stone del Tribunal Suprem dels EUA al conegut cas *Estats Units c. Carolene Products Co.* (1938) esmentat abans. Els litigants de minories continuen recordant-la avui per demanar un escrutini especial (“estudi judicial més minuciós”, segons la formulació original) de l'impacte desproporcionat de determinades normes o decisions en “minories diferencials i aïllades” concretes, que sovint tenen una representació insuficient als processos legislatius, tendeixen a ser oprimides o marginades per sistema o tenen capacitat limitada per influir en processos i resultats legislatius o en altres formes de presa de decisions.

Aquesta concepció amb consciència de grup que va més enllà de les formes de discriminació i desigualtat individual per considerar les vulnerabilitats que afecten grups d'identitat concrets es basa en una concepció ampliada del paper dels drets humans com a limitació de majories poderoses i en el paper cabdal de l'examen judicial per evitar abusos. A diferència del marc (més reduït) de discriminació individualista, centrat en l'impacte

85 *Ibid.*, par. 45 (text destacat pels autors).

en un individu concret sense considerar-ne la identitat o la funció dins un determinat grup, els defensors d'aplicar un nivell d'escrutini més estricte (en considerar, per exemple, l'execució d'una ODE contra un o diversos membres d'una minoria nacional) solen qüestionar l'enfocament individualista perquè desatén generalment preocupacions per formes estructurals de discriminació i violació de drets de les minories. En el cas que ens ocupa, un model d'examen judicial més “dèbil”, basat en un principi de confiança mútua (gairebé cega), podria protegir de facto una política de domini perjudicial i un paradigma de democràcia basat en el majoritarisme pur, que comporta un risc manifest per als drets dels opositors polítics minoritaris, en el nostre cas nacions minoritàries que reivindiquen l'autodeterminació i la cultura a través de partits polítics o grups de la societat civil propis.

De fet, els desacords polítics contemporanis que han enfrontat de manera creixent majories i minories pel que fa als encreuaments canviants entre cultura, gènere, ètnia i nacionalitat tenen un paper més important en la litigació estratègica davant tribunals de justícia supranacionals. L'actual regressió dels drets humans, lligada al sorgiment de formes populistes de democràcia, ha comportat una hostilitat pública renovada contra minories, així com retrocessos importants en la protecció nacional dels seus drets a molts països europeus. En aquest context, unes minories com més va més desemparades i frustrades s'adrecen als tribunals internacionals perquè les protegeixin. És clar que els tribunals públics (en especial els tribunals internacionals de drets humans) no sempre estan ben posicionats per abordar les dimensions polifacètiques de les “lluites pel reconeixement” polític, en paraules del filòsof polític canadenc Charles Taylor.⁸⁶ Tanmateix, els litigants de minories que veuen com més va més amenaçats la seva condició i els seus drets enmig d'un clima polític advers i que tenen poques esperances d'influència donada la seva marginació estructural sovint cerquen de limitar els poders discrecionals d'unes majories poderoses per perpetuar sistemes de desavantatge i/o per reproduir el biaix cultural existent o un sistema que els discrimina i els subordina. Mitjançant la litigació estratègica, cerquen una afirmació d'allò que consideren drets col·lectius, i no tan sols de drets o concessions individuals atorgats per tolerància.

A conseqüència d'això, els jutges juguen un paper primordial en tractar xocs culturals i reivindicacions d'identitat que enfronten cultures majoritàries i minoritàries. Això planteja qüestions de si l'àmbit judicial constitueix el millor context per saldar aquestes disputes o si, al contrari, no les exacerbaria encara més. D'entrada, hi ha motius per creure que el paper essencial dels jutges i dels tribunals en la protecció de minories vulnerables, que sol ser invocat en les objeccions a la crítica antimajoritària de l'examen judicial, situa els tribunals públics en una bona posició per valorar les seves demandes. La judicatura, com va firmar Alexander Hamilton en una formulació que ha fet fortuna, pot ser ben bé la branca “menys perillosa per als drets polítics de la Constitució”, atès que no té “cap influència en l'espasa ni en la butxaca; ni cap rumb en la força o en la riquesa de la

86 A Amy Gutmann (ed.), “Multiculturalism and ‘the politics of recognition’”. Assaig de Charles Taylor. NJ, Princeton University Press (1992): 25-73.

societat”.⁸⁷ En el context de la regressió política descrita, la judicatura internacional pot aportar un fòrum de debat públic i de visibilitat de minories els interessos i els punts de vista de les quals solen estar infrarepresentats o ser directament exclosos de l'àmbit polític nacional. Per tant, la mobilització judicial internacional de les minories podria donar als tribunals de drets humans l'oportunitat de canviar sistemes injustos, ajudar a transmetre acords públics i subvertir els relats i la posició de privilegi dels grups polítics dominants. Si les sentències (sobretot de tribunals prestigiosos) reflecteixen un esforç per escoltar les veus de dones o de minories racials, ètniques, gais, religioses o nacionals i per tractar les seves raons de manera justa, tenen potencial per ajudar a superar els prejudicis predominants contra aquests grups, així com els tòpics sobre els seus membres i la subordinació de les seves reivindicacions polítiques, que constitueixen una tendència antidemocràtica.

Discriminació i desigualtats estructurals de grups

Tanmateix, aquesta perspectiva exigeix una percepció de grup de les formes estructurals de discriminació, i en aquest sentit, la introducció de la categoria de “grup objectivament identificable” pel TJE és cabdal per passar a un paradigma més collectivista de la protecció de drets humans. Concretament, comporta un canvi de perspectiva, que pot adoptar la forma d'un escrutini judicial més rigorós o d'una inversió de la càrrega de la prova si hi ha una sospita raonable de persecució política o de criminalització de grups concrets, com en el context català. Davant una sospita de discriminació de grups minoritaris i de situació de subordinació històrica, el principi de confiança mútua hauria de tenir un paper menys important.

Per poder detallar aquest argument, poden servir alguns comentaris addicionals sobre el concepte de desigualtat i discriminació estructural. Aquestes idees representen quelcom més que desavantatges transitoris i fortuïts que poden ser fruit de la pura mala sort o senzillament atribuïbles a tries personals errònies. Tal com exposa Iris M. Young, la desigualtat estructural comporta principalment “un seguit de processos socials reproduïts que es reforcen mútuament per permetre o restringir accions individuals de manera diversa”. Així doncs, consisteix “en les restriccions relatives amb què algunes persones topen dins la seva llibertat i dins el seu benestar material com a efecte acumulatiu de les possibilitats de les seves posicions socials, en comparació amb altres que gaudeixen de més opcions o d'accés més fàcil a avantatges des de la seva posició social”.⁸⁸ La idea d'“estructura social” fa referència a una complexa estratificació d'elements (incloent-hi institucions jurídiques, sistemes d'ocupació i de propietat, l'organització de la família i de la sexualitat, relacions de mercat i divisió de treball) en què les persones es troben en una determinada

87 Alexander Hamilton, *The Judiciary Department, in The Federalist Papers*, 78, 590 (Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, eds. 2007) [1788].

88 Iris Marion Young, *Inclusion and Democracy* (Oxford University Press, 2000), 2, 15.

posició. Aquesta posició determina considerablement les seves autopercepcions, les seves oportunitats i la seva capacitat de fer valer els seus drets.

Les desigualtats estructurals tendeixen a estar institucionalment afermades, profundament arrelades en normes, símbols culturals i processos de presa de decisions, de manera que els agents individuals que actuen dins aquest marc (sovint també membres de grups oprimits) contribueixen a reforçar i a perpetuar patrons de desavantatge existents, sovint de manera *no intencionada*. D'aquesta manera es creen i es reproduïxen diferents condicions de grup que actuen com a portadores de subordinació, bo i originant efectes perniciosos que, tal com argumenta Owen Fiss al seu escrit cabdal “Groups and the Equal Protection Clause”, tenen poca perspectiva de ser enjudiciables mentre l'ideal d'igualtat sigui interpretat en el sentit de limitar-se a encarnar una interpretació individualista del principi de no-discriminació.⁸⁹ Això es deu al fet que l'estructura altament individualista d'aquest principi sovint deixa de banda les diverses expressions de l'efecte perjudicial de les normes de la majoria en les minories. En canvi, una interpretació de grup de la discriminació és una manera millor d'aproximar-se al repte de la protecció dels drets humans en un món polític i social format per profundes desigualtats de poder. Encara que les discriminacions obertes que neguen drets polítics a determinats grups estiguin proscriïtes, hi ha altres limitacions igualment vigoroses de l'apoderament i de l'autonomia que poden sorgir de normes adoptades legalment que perpetuen exclusions sistèmiques i impossibiliten als grups minoritaris l'exercici dels seus drets.

En resum, el concepte de “grups objectivament identificables” com a excepció permesa pel TJE duu a incorporar una lògica contra la subordinació en la valoració de normes o demandes quan el cas en qüestió podria afectar membres individuals de grups que tenen un historial de subordinació de la seva condició (social, política o cultural) o que pateixen una infrainclusió, alienació o posició no dominant sistèmica dins el procés polític en el context d'un sistema democràtic que altrament funciona bé. Aquest enfocament es basa en una concepció dels drets i de la democràcia que supera el simple majoritarisme i que exigeix la inclusió de grups minoritaris en el procés de governar-se i la protecció del pluralisme polític.

És clar que, fins i tot reconeixent el potencial transformador de l'àrbitri públic per contrarestar el predomini de la majoria, la visió idealitzada dels jutges com a autoritat imparcial i gairebé infal·lible, capaç d'actuar com un port segur contra el prejudici majoritarista, subestima les limitacions i els biaixos institucionals que poden minar la imparcialitat exigida dels àrbitres. Aquí és important recordar que la composició dels tribunals (tant nacionals com internacionals) es basa en elits professionals de classe mitjana i alta (majoritàriament masculines) que, en la majoria de casos, també són membres de la cultura majoritària. Hi ha un risc que els desequilibris culturals, ètnics i de

89 Owen M Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause” (1976), 5 *Philosophy & Public Affairs* 107.

gènere típics de la judicatura a totes les democràcies occidentals afectin la imparcialitat,⁹⁰ no pas per un prejudici conscient, sinó senzillament perquè els jutges atenen amb menys cura als fets del cas o bé fan mostra d’un nivell menor de “sensibilitat perceptiva”⁹¹ envers el raonament o els arguments invocats per demandants de minories. En altres paraules, el problema és que els àrbitres són menys conscients i, per consegüent, menys objectius i imparcials en valorar les demandes dels litigants de minories.⁹²

Per altra banda, els jutges no són legisladors i se’ls exigeix que actuïn com a agents jurídics amb una funció circumscrita d’interpretar i d’aplicar normes jurídicament vinculants. Tanmateix, les normes de drets humans i els drets fonamentals se solen expressar mitjançant clàusules abstractes i vagues que incorporen conceptes controvertits. Dins l’àmbit legítim de la discreció judicial, el TJE i el TEDH poden certament adoptar una percepció més àmplia de la no-discriminació, bo i usant la categoria de “grups objectivament identificables”, que obre la porta a una preocupació més empàtica per l’experiència particular dels demandants de minories que són representants o membres de grups políticament marginats, desfavorits o altrament subordinats i exclosos.

Una tipologia (oberta) de grups rellevants

Apartir del’anàlisi de la jurisprudència existent i de la nostra reconstrucció complementària de la lògica subjacent, podem presentar amb més claredat els possibles contorns de la categoria de “grups objectivament identificables” dins el context de la Unió Europea. Així doncs, cal entendre que aquesta categoria inclou:

a. Minories culturals, ètniques i lingüístiques. Aquesta mena de minories es troba a molts estats membres de la Unió Europea, des dels bretons a França fins als turcs a Romania o els romanins a tot un seguit de països. Pel que fa a la llengua, n’hi ha més d’una seixantena de regionals i minoritàries arreu de la Unió Europea. Aquestes minories estan protegides en el context del Consell d’Europa, sobretot per la Convenció marc sobre la protecció de

90 Hi ha un interès creixent en explorar l’afectació de la manca de diversitat en la composició de tribunals (tant nacionals com internacionals). Vegeu, p. ex., Nienke Grossman, *Sex on the Bench: Do Women Judges Matter to the Legitimacy of International Courts?* 12 *Chicago J. Int’l L.* 647 (2012). Neus Torbisco-Casals, “The Legitimacy of International Courts”, *The Journal of Social Philosophy*, vol. 52, núm. 4. 2022.

91 Vegeu Maksymilian Del Mar, *Judging Virtuously: Developing an Emphatic Capacity for Perceptual Sensitivity*, 5 *Jurisprudence* 5 177 (2014).

92 Neus Torbisco-Casals reflexiona sobre aquesta qüestió a “Multiculturalism, Identity Claims and Human Rights: From Politics to Courts”, *Law & Ethics of Human Rights*, 2016; 10(2): 367.

les minories nacionals, així com pel propi dret comunitari.⁹³ Habitualment molt menys nombroses que les societats majoritàries i amb una identificació pròpia que les distingeix, les minories d'aquest tipus solen ser vulnerables a la dominació de la majoria al procés polític i les seves reivindicacions dels drets de minories varien considerablement, incloent polítiques d'acomodació i drets col·lectius en reconeixement de les seves diferències envers la cultura majoritària.

b. Minories racials i religioses. Aquestes minories solen estar menys concentrades geogràficament, però representen grups minoritaris a diferents estats membres. És especialment el cas de persones de pell no blanca caucàsica i de religions no cristianes (tot i que, a molts països, alguns grups cristians també són minoria). Les comunitats musulmanes representen uns 13 milions de residents a la UE, segons els càlculs, que suposen prop del 3,5% de la població de la Unió. Els negres arriben a prop de 10 milions de residents. La prevalença d'ambdós grups varia considerablement segons l'estat, però no sol superar el 10% de la població. Sovint identificables per trets físics o per dur roba o símbols distintius, aquests grups corren un risc especial de discriminació i compten amb una representació política considerablement inferior.

c. Minories socials. Aquesta és una subcategoria àmplia que inclou una varietat de grups socials que, a causa de característiques físiques o culturals, són considerats diferents de la població majoritària. Més enllà dels “infants amb discapacitat” esmentats pel TJE a GN, pot incloure persones amb discapacitats físiques o psíquiques en sentit més ampli, persones amb orientacions sexuals o identitats de gènere concretes, o bé també immigrants o persones amb rerefons migratori. En general, qualsevol característica pot constituir una minoria social si es fa servir per identificar un grup com a diferent i si el fa vulnerable a la discriminació o a la dominació per la majoria.

d. Persones de nacions minoritàries que, a més de reivindicar proteccions de minories (en forma d'una política de tolerància amb drets negatius, exempcions o polítiques contra l'assimilació), aspiren a ser reconegudes com a nacions o pobles “propis” amb drets d'autogovern, com és el cas de Catalunya, Escòcia o altres nacions sense estat. En aquests casos, les reivindicacions inclouen drets col·lectius, com el dret d'autodeterminació (interna o externa). Aquests grups solen articular-se en partits polítics i moviments de la societat civil, que sovint s'enfronten a obstacles estructurals per actuar de forma efectiva al procés polític de molts països, i la seva lluita pel reconeixement especial, la justícia històrica i l'accés democràtic a la independència sovint és negada o fins i tot criminalitzada, com en el cas del moviment polític per l'autodeterminació de Catalunya (el nucli de *Puig Gordi i altres*).

93 Vegeu Rainer Hofmann, Tove H Malloy i Detlev Rein, *The Framework Convention for the Protection of National Minorities: A Commentary* (Brill, 2018); A Aslı Bilgin, “Minority Protection in the European Union: To Protect or Not to Protect?” (2019), 26 *International Journal on Minority and Group Rights* 92.

Si aquestes quatre categories constitueixen un indicatiu de certes minories “diferencials i aïllades” que poden entrar en la definició de “grups objectivament identificables”, no se les pot considerar fixes o limitades. Els grups són constituïts socialment, tant a través de les accions dels seus membres com del seu entorn polític. Les categories de minories i de pobles com a entitats pròpies també són difuses i sovint intercanviables; a més, els drets col·lectius poden ser interpretats i exercits de moltes maneres, també dins les fronteres dels estats actuals. Els drets col·lectius han sigut objecte d'una creixent protecció internacional dels drets humans a les dues darreres dècades, precisament perquè la seva no-protecció sovint ha tingut efectes negatius en forma de violacions de drets humans individuals, persecució política i deteriorament democràtic.

Tal com permet de concloure la sentència de *GN*, alguns grups no són necessàriament cohesionats ni reflecteixen una autopercepció dels seus membres: poden estar constituïts tan sols a partir de trets comuns, com una discapacitat. Sempre que una característica tal suscita determinades reaccions de la majoria o de l'estat –mitjançant repressió, vigilància⁹⁴ o altres conseqüències negatives–, les persones que presenten aquesta característica poden ser considerades un “grup objectivament identificable”. Les deficiències que afecten aquest grup, sobretot les violacions de drets humans comeses en contra seva, poden ser un motiu per trencar la confiança mútua dins la cooperació europea en matèria penal i justificar la denegació per executar una ODE.

Més enllà del marc comunitari, un exemple clar de la rellevància d'adoptar un enfocament de grup en matèria de protecció dels drets humans com a clau per a la democràcia afecta els pobles indígenes. El reconeixement progressiu de les seves reivindicacions d'autodeterminació a nivell internacional (que dugué a la Declaració de l'ONU sobre els drets dels pobles indígenes el 2007, que afirma el dret d'autodeterminació interna en forma de drets col·lectius a la propietat i al control sobre les seves terres i territoris) no s'ha traduït necessàriament en realitats locals, però certament en una creixent mobilització política d'aquests grups. A conseqüència d'això, els pobles indígenes i els defensors dels seus drets s'enfronten avui a més violència i a violacions dels drets humans individuals, que els experts consideren una regressió desencadenada per la creixent reivindicació dels drets col·lectius, inclosos l'autodeterminació, drets de propietat i l'autonomia territorial. Aquests drets són cabdals en la seva lluita generalitzada per la supervivència cultural davant estats colons i en el context actual de crisi ambiental, atès que la conservació dels seus ecosistemes és vista com a part intrínseca de la seva identitat cultural i històrica. Aquesta lògica de grup es reflecteix en un seguit d'iniciatives de litigació estratègica davant tribunals internacionals regionals de drets humans, però la mobilització política ha originat amenaces reals per als activistes i defensors dels drets indígenes. Segons Front Line Defenders, es calcula que prop de la meitat de defensors dels drets humans matats el 2022 a 26 països reivindicaven drets indígenes. A més, diversos informes presentats al Consell de Drets Humans pel Relator Especial de l'ONU sobre els drets dels

94 Vegeu Mégrét, cap. 4 d'aquest volum.

pobles indígenes han alertat que la criminalització està esdevenint un recurs habitual que contribueix a transformar demandes polítiques pacífiques en conflictes oberts, atès que constitueixen en general un intent de silenciar els pobles indígenes que s’oposen a projectes que amenacen els seus mitjans de vida i les seves cultures. Fa poc, el Relator Especial actual Francisco Cali Tzay (un kaqtxikel maia de Guatemala) també va alertar de la impunitat generalitzada de qui perpetra actes de violència contra defensors dels drets indígenes, així com de la relació entre defensar l’autodeterminació i ser víctima de violència i de persecució política. En alguns casos, la forma de vida i la cultura indígenes han sigut declarades il·legals per facilitar l’expulsió de les seves terres ancestrals. Això sol succeir en forma d’expulsió pel govern o per altres agents quan els grups nadius s’oposen a macroprojectes de desenvolupament. Les organitzacions indígenes també han sigut sotmeses a vigilància i a expropiacions il·legals mitjançant normes legals i polítiques que apunten a la debilitació de la seva mobilització i a la restricció del seu suport social. En aquest context, els enfocaments jurídics individualistes envers la violència, el dret penal i la discriminació resulten clarament insuficients per actuar contra patrons estructurals d’injustícia i de vulnerabilitat.

VII. Conclusió

Des de la seva instauració el 2002, el sistema de l’Ordre de Detenció Europea s’ha mantingut generalment igual en la seva forma, però ha passat per una transformació profunda de fet. Com hem mostrat en aquest capítol, el Tribunal de Justícia Europeu ha reequilibrat – després de molts dubtes els primers anys – el principi de confiança mútua que fonamentava l’ODE amb preocupacions pels drets fonamentals a través d’un seguit de passos. Si bé no ha abandonat la idea que l’execució automàtica de les ordres de detenció només s’ha de refusar “en circumstàncies especials”, l’abast d’aquestes circumstàncies ha sigut ampliat progressivament amb el temps. Si el Tribunal exigia durant temps l’existència de deficiències sistemiques i generalitzades, ara ha passat a obrir la porta a deficiències que afecten determinats grups objectivament identificables, sempre que aquestes deficiències suposin un risc concret per als drets dels afectats.

Aquesta transformació no s’ha produït en un buit, sinó que és el resultat d’una pressió sostinguda de la societat civil, d’agents polítics i sobretot dels tribunals. Els tribunals nacionals que havien d’aplicar les ordres de detenció, els tribunals constitucionals a qui els demandants acudien per recórrer sentències de lliurament i el Tribunal Europeu de Drets Humans qüestionaven com més va més la “confiança cega” exigida per la Decisió

Marc, bo i demanant al TJE que dugués a terme un examen minuciós, però sobretot que permetés als tribunals nacionals que exerceixin aquest examen sobre la base dels drets fonamentals, que havien guanyat més pes dins la Unió Europea amb la Carta de Drets Fonamentals. El TJE es va anar consolidant gradualment més aviat com un tribunal constitucional, no sols com a “motor” de la integració europea, sinó també com un control independent dels òrgans polítics de la UE sempre que la integració entra en tensió amb els drets individuals. Tant en qüestions d’asil com de cooperació penal, el Tribunal ha creat, lentament però ferma, un sistema en què –malgrat un mandat d’integració més potent del dret comunitari– els tribunals nacionals poden controlar les pràctiques polítiques i legals d’altres estats membres.

L’enfocament de la sentència de *Puig Gordi i altres* el 2023 en “deficiències que afecten grups objectivament identificables” és un reflex especialment clar d’aquest nou paper del TJE. L’enfocament en problemes de grups, tal com l’hem traçat dins aquest capítol, té part del seu fonament en la Decisió Marc i en la jurisprudència anterior, però no havia cobrat rellevància en casos previs. Tanmateix, els casos catalans amb què es va trobar el Tribunal van dur la qüestió al primer pla. Sense unes “deficiències sistèmiques i generalitzades” que afecten tot el país, però amb un patró clar de violacions de drets humans més enllà de casos individuals, el TJE havia de forjar un nou enfocament, i ho va fer d’una manera que recorda la justificació del Tribunal Suprem dels EUA de l’escrutini estricte de problemes relacionats amb “minories diferencials i aïllades”, bo i permetent als tribunals nacionals de rebutjar el lliurament de persones si les ordres de detenció emeses contra elles contenen el risc de materialitzar deficiències que afecten grups particulars. Aquests grups, com hem argumentat a partir de la jurisprudència del Tribunal, poden ser de caire divers: els grups ètnics, lingüístics, racials, religiosos, socials o polítics hi són candidats, sempre que es pugui demostrar que certs problemes jurídics els afectin de manera particular. Amb aquest pas, el TJE no ha obert la porta a l’escrutini dels drets humans per a cada cas individual, però sí que s’ha acostat a un equilibri viable entre la integració europea i la protecció de drets de grups particularment vulnerables, a més de fer un pas més cap a la constitucionalització de la Unió Europea.

Capítol 3

Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

David Banisar

Professor superior visitant del Departament de Govern de la London School of Economics and Political Science i advocat i consultor de drets humans a Londres; ha sigut assessor legal superior d'ARTICLE 19, professor superior visitant de la University of Leeds School of Law i professor investigador a la Kennedy School of Government, Universitat de Harvard.

I. Introducció

La llibertat d'expressió és un dret humà fonamental, essencial per a la democràcia. Fonamenta el dret de participació pública i política. La seva base és establerta al dret internacional dels drets humans, concretament al Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i al Conveni Europeu de Drets Humans. A més, els grups minoritaris i desfavorits gaudeixen de protecció addicional segons dret internacional per assegurar que la seva veu sigui escoltada i protegida.

Si bé no és un dret absolut, els estats només poden restringir la llibertat d'expressió en circumstàncies limitades. L'opinió relacionada amb temes polítics i amb qüestions d'interès públic és fortament protegida i només pot ser restringida en les circumstàncies més estrictes. També és el cas dels debats sobre l'autodeterminació i les estructures polítiques de l'estat, inclosa la secessió, sempre que no defensen la violència o promoguin l'odi.

De manera semblant, la llibertat de reunió, relacionada amb protestes pacífiques, també ha sigut declarada un dret humà fonamental, interrelacionat amb la llibertat d'expressió i essencial per a la participació pública. Tal com la llibertat d'expressió, la seva base és clarament establerta al dret internacional dels drets humans i no pot ser restringida sinó en circumstàncies estrictes. Això també inclou la protecció de debats sobre qüestions com la secessió.

Els conflictes emanats dels debats sobre la independència de Catalunya han plantejat molts desafiaments a la llibertat d'expressió i de reunió a Espanya. Aquest capítol repassarà les normes internacionals que governen la llibertat d'expressió i de reunió, les polèmiques sorgides a Espanya dins el context d'aquests conflictes i les respostes dels organismes nacionals i internacionals de drets humans. Aquestes respostes situen les actuacions del govern espanyol en el context del marc internacional de drets humans i indiquen que moltes actuacions en resposta als debats sobre la independència han incomplert les seves obligacions segons el dret internacional dels drets humans.

Per la seva banda, això planteja qüestions de si són prou regulars per ser considerades com a discriminació sistemàtica o que “afecta un grup objectivament identificable”. El gran nombre de declaracions i veredictes d'organismes i experts internacionals en drets humans que constaten violacions de les normes donen suport a aquesta conclusió d'una discriminació sistemàtica.

II. Llibertat d'expressió: proteccions i limitacions

Hom ha definit la llibertat d'expressió com la “pedra angular de tota societat lliure i democràtica”, “una de les condicions bàsiques per al seu progrés i per al desenvolupament de qualsevol home”² i “imprescindible per a la dignitat i la realització individuals [...] també constitueixen fonaments essencials de la democràcia, l'estat de dret, la pau, l'estabilitat, el desenvolupament inclusiu sostenible i la participació als afers públics”.³

La protecció de la llibertat d'expressió està substancialment incorporada en el dret internacional dels drets humans arreu del món.⁴ L'Article 19 de la Declaració Universal dels Drets Humans diu: “Tota persona té dret a la llibertat d'opinió i d'expressió; aquest dret inclou el de no ser molestat a causa de les pròpies opinions i el de cercar, rebre i difondre les informacions i les idees per qualsevol mitjà i sense límit de fronteres.”⁵ L'Article 19.2 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics diu: “Tothom té dret a la llibertat d'expressió; aquest dret inclou la llibertat de buscar, rebre i difondre informacions i idees de tot tipus, sense consideracions de fronteres, tant si és de forma oral o escrita o de forma impresa o artística, o qualsevol altre el procediment triat.”⁶

També es troben proteccions similars a nivell europeu. L'Article 10.1 del Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH) defineix la llibertat d'expressió dins el sistema europeu:

Tota persona té dret a la llibertat d'expressió. Aquest dret comprèn la llibertat d'opinió i la llibertat de rebre o de comunicar informacions o idees sense que pugui haver-hi ingerència d'autoritats públiques i sense consideració de fronteres.

1 Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides, “General Comment 34 - Article 19: Freedoms of opinion and expression”, Doc. ONU CCPR/C/GC/34 (12 de setembre de 2011), par. 2.

2 *Handyside c. Regne Unit* (1979), 1 EHRR 737, par. 49.

3 Comissió Europea, “EU Human Rights Guidelines on Freedom of Expression Online and Offline” (12 de maig de 2014), par. 1.

4 Vegeu Amal Clooney i Lord David Neuberger, “Freedom of Speech in International Law”, Oxford University Press (2024).

5 Declaració Universal dels Drets Humans (adoptada el 10 de desembre de 1948, AGNU Res 217 A(III) (DUDH), Art. 19.

6 Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (adoptat el 16 de desembre de 1966, entrat en vigor el 23 de març de 1976), 999 UNTS 171 (PIDCP), Art. 19.

L'Article 10 del CEDH ha sigut interpretat pel Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) en centenars de casos.⁷ Segons el Tribunal, és “aplicable no sols a la ‘informació’ o a ‘idees’ rebudes favorablement o considerades inofensives o objecte d’indiferència, sinó també a aquelles que ofenen, xoquen o molesten.”⁸

L'Article 11 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea reproduïx la formulació del TEDH.⁹ Segons les explicacions oficials de la Carta, “el significat i l’abast d’aquest dret són els mateixos que aquells garantits pel TEDH. Per tant, les limitacions que s’hi puguin imposar no poden excedir les disposades a l’Article 10.2 del Conveni [...]”¹⁰ El Tribunal de Justícia de la Unió Europea té una jurisprudència molt limitada en matèria de llibertat d’expressió a causa de les limitacions de les seves competències en qüestions internes dels estats membre.¹¹

1. Límits de la llibertat d’expressió

La llibertat d’expressió (LdE) no és un dret absolut. Els acords tant europeus com internacionals reconeixen que pot ser restringida en circumstàncies limitades. L’Article 19.3 del PIDCP declara que la LdE pot ser limitada per motius de protecció dels drets d’altri, seguretat nacional, ordre públic, salut pública o moral.¹² L’Article 10.2 de la CEDH diu:

L'exercici d'aquestes llibertats, que comporten deures i responsabilitats, pot ser sotmès a determinades formalitats, condicions, restriccions o sancions, previstes per la llei, que constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica, per a la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, per a la defensa de l'ordre i per a la prevenció del crim, la protecció de la salut o de la moral, la protecció de la reputació o dels drets d'altri, per impedir la divulgació d'informacions confidencials o per garantir l'autoritat i la imparcialitat del poder judicial.¹³

7 Vegeu Tribunal Europeu de Drets Humans, “Guide to Article 10 of the Convention – Freedom of expression” (31 d’agost de 2022).

8 *Observer i Guardian c. Regne Unit* (1992), 14 EHRR 153, par. 59.

9 Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, OJ C 326 (26 d’octubre de 2012).

10 Unió Europea, “Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/02)”, OJ C 303/17 (14 de desembre de 2007).

11 Vegeu p. ex. cas C-555/19, *Fussl Modestraße Mayr*, Tribunal de Justícia de la UE, 3 de febrer de 2021, par. 81-83.

12 PIDCP, Art. 19.

13 CEDH, Art. 10.2.

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

El TEDH ha desenvolupat una prova tripartida que examina si la interferència en la llibertat d'expressió està “prescrita per llei”, si “persegueix un objectiu legítim” segons l'Article 10.2 i si és “necessària dins una societat democràtica”. Una prova semblant està prevista per l'Article 19.3 del PIDCP, que limita les restriccions a les que permet el propi article, que estan disposades per llei i que compleixen proves estrictes de necessitat i de proporcionalitat.¹⁴

D'acord amb els acords internacionals signats per Espanya, aquests acords importants i les decisions del Tribunal Europeu i del Comitè de Drets Humans de l'ONU s'haurien de reflectir en la interpretació de l'Article 20 –garantia de la llibertat d'expressió– de la Constitució espanyola de 1978, oimés quan l'Article 10.2 de la Constitució disposa que els drets fonamentals “s'interpretaran de conformitat amb la Declaració universal de drets humans i els tractats i els acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya”.

2. Proteccions del discurs polític

Segons la legislació internacional i europea, la llibertat d'expressió relacionada amb el discurs polític està sotmesa a proteccions estrictes. El TEDH ha sentenciat que, “segons l'Article 10.2 de la Convenció, hi ha poc marge per a restriccions del discurs polític o del debat en afers d'interès públic”.¹⁵ En un cas provinent d'Espanya, el Tribunal va sentenciar que una condemna penal per la cremada d'una foto del rei violava l'Article 10, atès que els restriccions exigeixen “motius molt sòlids” per restringir el discurs polític.¹⁶

El Tribunal ha sentenciat que l'alt nivell de protecció del discurs engloba particularment els càrrecs electes:

Una persona contrària a les idees i a les posicions oficials ha de poder trobar el seu lloc dins el terreny polític. Si la llibertat d'expressió és important per a tothom, ho és especialment per a un representant electe del poble [...] En aquest sentit, les interferències en [la seva] llibertat d'expressió [...] exigeixen el seguiment més estricte per part del Tribunal.¹⁷

14 Comitè de Drets Humans de de l'ONU, “General Comment 34: Article 19: Freedoms of opinion and expression” (12 de setembre de 2011), Doc. ONU CCPR/C/GC/34, par. 22.

15 *Wingrove c. Regne Unit* (1996), 24 EHRR 1, par. 58.

16 *Stern Taulats i Roura Capellera c. Espanya*, dem. 51168/15 i 51186/15 (TEDH, 13 de març de 2018).

17 *Piermont c. França*, dem. 15773/89 i 15774/896 (TEDH, 27 d'abril de 1995), cit. *Castells c. Espanya* (1992), Sèrie A 236, p. 22, par. 42; vegeu també *Otegi Mondragon c. Espanya*, dem. 2034/07 (TEDH, 6 de febrer de 2019), par. 50 (en relació als diputats); i *Fragoso Dacosta c. Espanya*, dem. 27926/21 (TEDH, 8 de juny de 2023) (sindicalistes).

Tal com s’ha dit abans, la protecció del discurs també cobreix qüestions polèmiques, fins i tot aquelles que poden causar incomoditat o impacte i que qüestionen punts de vista habituals. En un cas relacionat amb Turquia, el Tribunal va sentenciar que això també inclou debats sobre el separatisme:

El Tribunal considera que el fet que aquest programa polític sigui considerat incompatible amb els principis i les estructures actuals de l’estat turc no el fa incompatible amb les normes de la democràcia. Forma part de l’essència de la democràcia permetre la proposta i el debat de diversos programes polítics, fins i tot d’aquells que qüestionen la forma com un estat està organitzat, sempre que no danyin la pròpia democràcia.¹⁸

Tanmateix, el discurs ha de ser pacífic i no pot “difondre, incitar, promoure o justificar la violència, l’odi o la intolerància”¹⁹ o crear un perill de violència clar o imminent²⁰ que pugui “afectar la ‘seguretat nacional’ o ‘l’ordre públic’, bo i encoratjant l’ús de la violència o incitant altres a la resistència armada o a la rebel·lió”.²¹ Les restriccions han de ser limitades en el seu abast i la seva finalitat.²² El Tribunal fa servir una prova tripartida per determinar si el discurs en qüestió constitueix una crida a la violència:

(i) si les declaracions s’han fet amb un rerefons polític o social tens; (ii) si les declaracions, degudament interpretades i vistes en el seu context immediat o més ampli, podrien ser considerades una crida directa o indirecta a la violència o una justificació de la violència, de l’odi o de la intolerància; i (iii) la manera com s’han fet les declaracions i la seva capacitat –directa o indirecta– de comportar conseqüències perjudicials.²³

El Tribunal ha sentenciat per principi que el discurs pacífic i no violent no pot resultar en penes de presó²⁴ llevat de “circumstàncies excepcionals” en què el discurs incita a l’ús de la violència o constitueix un discurs d’odi.²⁵

De manera semblant, les restriccions per motius de seguretat nacional i antiterroristes també estan sotmeses a un seguiment estricte. El Tribunal Europeu de Drets Humans ha

18 *Partit Socialista i altres c. Turquia* (1999), 27 EHRR 51, par. 47.

19 *Stomakhin c. Rússia*, dem. 52273/07 (TEDH, 9 de maig de 2018), par. 92.

20 *Gül i altres c. Turquia*, dem. 4870/02 (TEDH, 14 de desembre de 2000), par. 42.

21 *Kılıç i Eren c. Turquia*, dem. 43807/07 (TEDH, 29 de novembre de 2011), par. 28-29.

22 *Bidart c. França*, dem. 52363/11 (TEDH, 2 de novembre de 2015), par. 42.

23 *Vegeu p. ex. Rivadulla Duró c. Espanya*, dem. 27925/21 (TEDH, 9 de novembre de 2023), par. 32 (desestimant el recurs del raper espanyol Pablo Hasel per la condemna penal per declaracions i una cançó crítiques amb el rei emèrit Juan Carlos I, el GRAPO i la policia).

24 *Murat Vural c. Turquia*, dem. 9540/07 (TEDH, 21 d’octubre de 2014), par. 66.

25 *Erkizia Almandoz c. Espanya*, dem. 5869/17 (TEDH, 22 de juny de 2021), par. 39-40.

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

sentenciat àmpliament sobre l'Article 10 i mesures antiterroristes.²⁶ Segueix l'enfocament de considerar com el discurs contribueix a un debat d'interès general, si el discurs pot arribar a exacerbar o justificar la violència, l'odi o la intolerància, així com la duresa de la sanció. Perquè un discurs pugui ser sancionat, ha de crear un “perill clar i imminent” que pugui “afectar la ‘seguretat nacional’ o ‘l'ordre públic’, bo i encoratjant l'ús de la violència o incitant altres a la resistència armada o a la rebel·lió”.²⁷

Els organismes internacionals també hi tenen el seu pes. El Comitè de Drets Humans de l'ONU anota, a la seva Observació General 34:

Les parts estatals han de prendre cura extrema per assegurar que les lleis d'alta traïció i disposicions semblants relacionades amb la seguretat nacional, ja siguin descrites com a secrets oficials, lleis de sedició o altres, siguin pensades i aplicades de manera conforme a les exigències estrictes del paràgraf 3.²⁸

El Relator Especial de l'ONU sobre la promoció i la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme ho va ampliar en el seu informe de 2016 al Consell de Drets Humans:

Ha de quedar clar que el sol fet de mantenir o d'expressar pacíficament punts de vista considerats “extremes” segons qualsevol definició mai no ha de ser criminalitzat, llevat que estigui relacionat amb la violència o l'activitat criminal. La persecució pacífica d'objectius polítics o de qualsevol altra mena -encara que difereixin dels objectius del govern i siguin considerats “extremes”- ha de ser protegida. Els governs han de combatre idees amb què estiguin en desacord, però no han de cercar d'evitar el debat d'idees i d'opinions no violentes.²⁹

Els relators especials de l'ONU, de l'Organització per a la Seguretat i la Cooperació a Europa, de l'Organització d'Estats Americans i de la Unió Africana sobre la llibertat d'expressió i dels mitjans de comunicació han elaborat conjuntament unes normes que els estats haurien de seguir en la lluita contra el terrorisme. A la seva declaració conjunta de 2009, van constatar:

La definició de terrorisme, si més no tal com s'aplica en el context de les restriccions de la llibertat d'expressió, s'hauria de limitar als crims violents destinats a impulsar una causa ideològica, religiosa, política o criminal organitzada i a influir en les autoritats públiques causant el terror en la societat.

²⁶ Vegeu Tribunal Europeu de Drets Humans, “Guide to Article 10 of the Convention - Freedom of expression”, 31 d'agost de 2022.

²⁷ *Kiliç i Eren c. Turquia*, dem. 43807/07 (TEDH, 29 de novembre 2011), par. 29-30.

²⁸ Observació General 34 (2011), par. 30.

²⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoció i la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme (22 de febrer de 2016), Doc. ONU A/HRC/31/65, par. 38.

La criminalització del discurs en relació amb el terrorisme hauria de ser limitat als casos d'incitació intencionada al terrorisme, entesa com a crida directa a donar suport al terrorisme directament responsable de l'augment de la probabilitat de produir-se un acte terrorista o a participar directament en actes terroristes (per exemple, dirigint-los). No s'haurien de criminalitzar conceptes vagues com donar suport de comunicació al terrorisme o a l'extremisme, l'“enaltiment” o la “promoció” del terrorisme o de l'extremisme, així com la mera recepció de declaracions de terroristes, que com a tal no constitueix cap incitació.³⁰

3. Drets de les minories nacionals

Un aspecte addicional de la llibertat d'expressió rellevant per aquest debat són els drets lingüístics de les minories. Els drets lingüístics són considerats una “expressió de la identitat individual i col·lectiva”,³¹ protegits també com a drets de llibertat d'expressió i sota altres acords de drets humans. En aquest sentit, es reconeix a les minories nacionals unes garanties especials per a la llibertat d'expressió, que inclouen el dret a parlar en la seva pròpia llengua en públic i en privat, l'accés a continguts de mitjans, l'ús de serveis públics i l'accés a la informació.³²

Les llibertats de reunió pacífica i d'expressió estan expressament protegides per a minories nacionals d'acord amb la Convenció marc sobre la protecció de les minories nacionals del Consell d'Europa.³³ La Carta europea de les llengües regionals o minoritàries compromet els estats a no restringir els materials difosos i escrits en una llengua regional o minoritària.³⁴

30 Relator Especial de l'ONU sobre la llibertat d'opinió i d'expressió, Representant de l'OSCE per la llibertat dels mitjans de comunicació, Relator Especial de l'OEA sobre llibertat d'expressió, Relator Especial sobre llibertat d'expressió i accés a la informació de la Comissió Africana de Drets Humans i dels Pobles, “Joint Declaration on Defamation of Religions, and Anti-Terrorism and Anti-Extremism Legislation” (desembre 2008); vegeu també Declaració conjunta sobre llibertat d'expressió i respostes a situacions de conflicte, 4 de maig de 2015.

31 Comitè Assessor del Consell d'Europa per a la Convenció Marc per a la Protecció de Minories Nacionals, “Thematic Commentary No. 3: The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities Under the Framework Convention”, 24 de maig de 2012.

32 Vegeu Relator Especial de les Nacions Unides sobre qüestions de minories, “Language Rights of Linguistic Minorities: A Practical Guide”, març 2017.

33 Convenció marc sobre la protecció de les minories nacionals (ETS 157), 2008, art. 7, 9.

34 Carta europea de les llengües regionals o minoritàries (ETS 148), 1992, art. 11.2.

III. Llibertat de reunió pacífica

El dret de reunió pacífica també és considerat “un dels fonaments” d’una societat democràtica, juntament amb la llibertat d’expressió.³⁵ El Comitè de Drets Humans de l’ONU ha afirmat que “constitueix el propi fonament d’un sistema de governació participativa basat en la democràcia, els drets humans, l’estat de dret i el pluralisme.”³⁶

El dret està recollit en nombrosos tractats internacionals amb formulacions lleugerament divergents. La Declaració Universal dels Drets Humans afirma: “Tota persona té dret a la llibertat de reunió i d’associació pacífiques”,³⁷ mentre que el PIDCP declara: “Es reconeix el dret de reunió pacífica.”³⁸ El CEDH i la Carta de la Unió Europea diuen: “Tota persona té dret a la llibertat de reunió pacífica”.³⁹ Segons les explicacions oficials de la Carta, el significat de la disposició de la Carta és el mateix que el del CEDH, però el seu abast és més ampli, atès que també s’aplica als organismes d’àmbit europeu.⁴⁰ Tal com la llibertat d’expressió, no pot ser limitada sota els nivells marcats pel TEDH.

El concepte de reunió cobreix una àmplia varietat de supòsits. El TEDH ha refusat d’establir paràmetres explícits de què constitueix una reunió, bo i constatant que s’hauria de definir àmpliament.⁴¹ Pot comprendre actuacions des de petites protestes espontànies fins a actes massius organitzats. Altres organismes europeus també han adoptat aquest enfocament. Les directrius de l’OSCE i de la Comissió de Venècia del Consell d’Europa ho defineixen com “la reunió intencionada d’un nombre d’individus en un lloc públicament accessible per una finalitat expressa comuna. Això inclou reunions planificades i organitzades, reunions no planificades i espontànies, així com reunions estàtiques i en moviment.”⁴²

A la Observació General 37, el Comitè de Drets Humans de l’ONU declara:

L'article 21 de la Convenció protegeix les reunions pacífiques allí on tinguin lloc: a l'aire lliure, a l'interior o en línia; en espais públics o privats; o una

35 *Kudrevičius i altres c. Lituània* [GC], dem. 37553/05 (TEDH, 26 de novembre de 2011), par. 91.

36 Comitè de Drets Humans de l’ONU, “General comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21)” (17 de setembre de 2021), Doc. ONU CCPR/C/GC/37, par. 1.

37 DUDH, art. 20.

38 PIDCP, art. 21.

39 *Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea*, OJ C 326, 26 d’octubre de 2012.

40 Unió Europea, “Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/02)”, OJ C 303/17, 14 de desembre de 2007.

41 *Navalnyy c. Rússia* [GC], dem. 29580/12 (TEDH, 15 de novembre de 2018), par. 98.

42 OSCE/OIDDH - Comissió de Venècia, “ODIHR-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3a ed.)”, CDL-AD(2019)017 (8 de juliol de 2019), par. 18.

combinació d'aquests. Aquestes reunions poden adoptar formes diverses, incloent-hi manifestacions, protestes, trobades, processons, comicis, assegudes, vetlles i mobilitzacions espontànies. Estan protegides per l'article 21, tant si són estàtiques, com piquets, o mòbils, com processons o marxes.⁴³

Les reunions també poden ser protegides en format virtual. El Comitè de Drets Humans ha afirmat que “la protecció de l'article 21 també és extensiva a la participació remota i a l'organització de reunions, per exemple en línia”,⁴⁴ La protecció també s'aplica a activitats relacionades, incloent-hi preparatius, comunicacions i desplaçaments.⁴⁵ Tampoc es poden impedir les comunicacions a través d'internet per limitar una reunió pacífica.

D'acord amb el Comitè de Drets Humans, són aplicables a totes les persones: “tant ciutadans com no ciutadans. Poden ser exercides, per exemple, per ciutadans estrangers, immigrants (documentats o indocumentats), demandants d'asil, refugiats i apàtrides.”⁴⁶ Les directrius de l'OIDDH i la Comissió de Venècia apunten que les proteccions també s'apliquen a les organitzacions que les organitzen:

El dret de llibertat de reunió pacífica pot ser gaudit i exercit per persones i grups (informals o ad hoc), persones i entitats jurídiques, així com associacions registrades o no registrades, inclosos sindicats, partits polítics i grups religiosos.⁴⁷

Els estats tenen una obligació positiva de facilitar les reunions. En especial, estan obligats a assegurar que les limitacions a les reunions de dret i de fet no discriminin tot un seguit de criteris, incloent-hi “l'opinió política o altra, la condició de minoria i l'origen nacional i social”.⁴⁸ Així ho reafirma la Convenció marc sobre la protecció de les minories nacionals del Consell d'Europa, que exigeix a tots els signataris que assegurin “el respecte del dret de tota persona que pertany a una minoria nacional a la llibertat de reunió pacífica”.⁴⁹

43 Comitè de Drets Humans de l'ONU, “General comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21)”, Doc. ONU CCPR/C/GC/37 (17 de setembre de 2021), par. 6.

44 *Ibid.*, par. 11.

45 *Ibid.*, par. 33.

46 *Ibid.*, par. 5.

47 OSCE/OIDDH - Comissió de Venècia, “ODIHR-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3a ed.)”, CDL-AD(2019)017 (8 de juliol de 2019), par. 43.

48 Observació General 37, par. 25.

49 Convenció marc, art. 7.

1. Definició de reunió pacífica

Per començar, les proteccions de la llibertat de reunió segons dret internacional només s'apliquen a la “reunió pacífica”, és a dir, quan la finalitat de la reunió és no violenta. En virtut del CEDH, el TEDH ha sentenciat que no s'apliquen si els organitzadors tenen intencions violentes, “inciten a la violència o refusen d'altra manera els fonaments d'una societat democràtica”.⁵⁰ El Comitè de Drets Humans de l'ONU ha afirmat que hi ha una “presumpció favorable a considerar les reunions pacífiques”⁵¹ i, malgrat no definir què és pacífic, ha apuntat que “una reunió ‘pacífica’ es troba contraposada a una reunió caracteritzada per una violència generalitzada i greu”.⁵² Defineix la violència en el sentit que “sol comportar l'ús de força física pels participants contra altri que pot causar ferides o la mort, o bé danys materials greus”.⁵³

El bloqueig de les activitats diàries no suspèn automàticament les proteccions de la reunió. Les activitats que poden violar lleis o regulacions, incloent-hi l'entrada a instal·lacions i el bloqueig de carreteres o d'edificis, poden ser protegides en funció de les circumstàncies.⁵⁴ El Comitè de Drets Humans ho ha aclarit en detall:

A vegades, les reunions pacífiques poden ser utilitzades per perseguir idees o objectius contenciosos. El seu abast o la seva naturalesa pot comportar perturbacions, per exemple del trànsit de vehicles o de vianants o de l'activitat econòmica. Aquestes conseqüències, tant intencionades com no, no qüestionen la protecció de què gaudeixen aquestes reunions.⁵⁵

El Comitè també ha constatat que “les meres empentes o la mera perturbació del trànsit de vehicles o de vianants o de les activitats diàries no suposen ‘violència’”.⁵⁶ Les directrius de l'OIDDH i de la Comissió de Venècia apunten:

Això també inclou conductes que dificulten, impedeixen o obstrueixen temporalment les activitats de tercers, per exemple el bloqueig temporal del trànsit. Com a tal, una reunió pot ser completament ‘pacífica’ encara que sigui ‘il·legal’ segons la legislació nacional.⁵⁷

50 TEDH, *Navalnyy*, par. 98.

51 Observació General 37, par. 17.

52 *Ibid.*, par. 15.

53 *Ibid.*

54 Per un resum detallat de casos del TEDH, vegeu Tribunal Europeu de Drets Humans, “Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights: Freedom of assembly and association” (31 d'agost de 2022).

55 Observació General 37, par. 7.

56 *Ibid.*, par. 15.

57 Directrius de l'OIDDH i la Comissió de Venècia, par. 19.

També és important anotar que el sol fet que alguns dels participants de la reunió hagin comès actes esporàdics de violència no és com a tal motiu de declarar tota la reunió il·legal o de fer els organitzadors responsables dels actes dels participants.⁵⁸ A més, el TEDH ha sentenciat que, “encara que hi hagi un risc real que una manifestació pública pugui resultar en aldarulls a conseqüència de desenvolupaments fora del control dels organitzadors, aquesta manifestació no resta com a tal fora de l'àmbit [de les proteccions]”.⁵⁹ Per altra banda, la violència contra la reunió, en especial la violència policial, no fa la reunió no pacífica. D'acord amb l'Observació General 37:

La violència de les autoritats, o per agents provocadors que actuen en nom seu, contra els participants d'una reunió pacífica no fa la reunió no pacífica. El mateix s'aplica a la violència exercida per membres de la societat contra la reunió o per participants de contramanifestacions.⁶⁰

2. Limitacions a la llibertat de reunió

Tal com la llibertat d'expressió, el dret de reunió també pot ser limitat si les restriccions passen la tradicional prova tripartida de drets humans, que exigeix que estiguin “previstes per la llei, constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica, per a la seguretat nacional, la seguretat pública, per a la defensa de l'ordre i per a la prevenció del crim, la protecció de la salut o de la moral o per a la protecció dels drets i les llibertats d'altri”.⁶¹ Les restriccions per motius de seguretat pública només es poden justificar si la reunió “crearia un risc real i significatiu per a la seguretat de les persones (per a la vida o la seguretat de les persones) o un risc similar de danys materials greus”.⁶² Les prohibicions de reunions només han de ser considerades com a “últim recurs”, i qualsevol restricció ha de fer servir les “mesures menys intrusives”.⁶³ Un concepte clau és que qualsevol restricció ha de ser “neutra de contingut”.

El TEDH ha conclòs que els requisits de notificació i d'autorització prèvia no violen el Conveni, però poden ser aplicats desproporcionadament, de manera que poden impedir la celebració de reunions.⁶⁴ Tanmateix, el dret de reunió pacífica s'aplica tant a reunions no registrades i espontànies com a reunions autoritzades oficialment.

58 *Laguna Guzmán c. Espanya*, dem. 41462/17 (TEDH, 6 d'octubre de 2020), par. 34.

59 *Taranenko c. Rússia*, dem. 19554/05 (TEDH, 15 de maig de 2014), par. 65.

60 Observació General 37, par. 18.

61 CEDH, art. 11.2. Una formulació gairebé idèntica es troba al PIDCP, art 21.

62 Observació General 37, par. 43.

63 Observació General 37, par. 37.

64 TEDH, *Navalnyy*, par. 100.

El Comitè de Drets Humans també ha constatat que les sancions per conductes il·legals que tenen lloc en una reunió pacífica han de ser “proporcionades i no discriminatòries per naturalesa i no es poden basar en delictes definits de manera ambigua o excessivament àmplia.”⁶⁵

3. Relació entre llibertat de reunió i llibertat d'expressió

Hi ha una relació estreta entre protestes i llibertat d'expressió. A la seva Observació General 34 sobre llibertat d'expressió, el Comitè de Drets Humans de l'ONU constata que la LdE és “inherent al gaudi dels drets de llibertat de reunió i d'associació”,⁶⁶ mentre que la llibertat de reunió és “essencial per a l'expressió pública dels punts de vista i de les opinions pròpies” i que “comporta una possibilitat de participar en una reunió pacífica amb la finalitat de donar suport o rebutjar una determinada causa”.⁶⁷ A la seva Observació General 37, el Comitè de Drets Humans reafirma la relació simbiòtica en incorporar les normes sobre la LdE a tota valoració dels límits de la reunió:

S'han de seguir les normes aplicables a la llibertat d'expressió en relació amb qualsevol element expressiu de les reunions. Per tant, no s'han d'aplicar restriccions a reunions pacífiques, explícitament o implícita, per sufocar l'expressió de l'oposició política a un govern, a l'autoritat, incloent-hi crides a un canvi democràtic de govern, a la constitució o al sistema polític o la cerca de l'autodeterminació. No s'han d'utilitzar per prohibir injúries a l'honor i a la reputació de càrrecs o d'òrgans de l'estat.⁶⁸

L'Organització per a la Seguretat i la Cooperació a Europa (OSCE) ha destacat la importància de la reunió per assegurar que els punts de vista minoritaris i dissidents puguin ser transmesos i debatuts, definint-los com a:

relacionats amb el dret de qüestionar els punts de vista dominants dins la societat, a presentar idees i opinions alternatives, a promoure els interessos i els punts de vista de grups minoritaris i col·lectius marginats de la societat i a donar a les persones una oportunitat per expressar els seus punts de vista i les seves opinions en públic, independentment del seu poder, la seva riquesa o la seva condició.⁶⁹

65 Observació General 37, par. 67.

66 *Ibid.*, par. 4.

67 *Praded c Bielorrússia*, Comitè de Drets Humans de l'ONU, punts de vista adoptats, 10 d'octubre de 2014, Doc. ONU CCPR/C/112/D/2029/2011, par. 7.4.

68 Comitè de Drets Humans de l'ONU, “General comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21)”, CCPR/C/GC/37, 17 de setembre de 2021, par. 49.

69 OSCE, “Handbook on Monitoring Freedom of Peaceful Assembly” (2011), p. 7.

El TEDH ha conclòs en nombrosos casos que les protestes són expressions d'opinió que es troben protegides per l'Article 10.⁷⁰ El Tribunal també ha remarcat la naturalesa complementària dels dos drets en un cas recent relacionat amb Catalunya:

dins l'àmbit del debat polític, les garanties dels Articles 10 i 11 són sovint complementàries [...] Malgrat la seva funció autònoma i el seu àmbit d'aplicació particular, l'Article 11 també ha de ser considerat a la llum de l'Article 10, en què la finalitat de l'exercici de la llibertat de reunió és l'expressió d'opinions personals, així com la necessitat d'assegurar un fòrum per al debat públic i l'expressió oberta de protesta.⁷¹

En casos en què es consideren ambdós drets, el Tribunal considera l'Article 11 com a *lex specialis*, però afirma que “també ha de ser considerat a la llum de l'Article 10, en què la finalitat de l'exercici de la llibertat de reunió és l'expressió d'opinions personals.”⁷²

En el context de la matèria d'aquest article, l'OSCE ha anotat que aquests drets “també poden ser una eina important de crida al canvi en contextos en què no es troben disponibles els mecanismes més institucionals per efectuar canvis socials”.⁷³ Segons el TEDH, això inclou els drets de demanar l'autonomia o la secessió en absència d'una intenció violenta:

El fet que un grup de persones reclami l'autonomia o fins i tot demani la secessió d'una part del territori estatal –tot demanant canvis constitucionals i territorials fonamentals– no pot justificar automàticament una prohibició de les seves reunions. Demanar canvis territorials en discursos i en manifestacions no suposa automàticament una amenaça a la integritat territorial i a la seguretat nacional de l'estat.

La llibertat de reunió i el dret d'expressar els punts de vista propis a través d'ella es troben entre els valors fonamentals d'una societat democràtica. L'essència de la democràcia és la seva capacitat de resoldre problemes mitjançant el debat obert. Les mesures radicals de caire preventiu per suprimir la llibertat de reunió i d'expressió fora de casos d'incitació a la violència o de rebuig dels principis democràtics –per xocants i inacceptables que certs punts de vista o formulacions emprades puguin semblar a les autoritats, i per il·legítimes que puguin ser les demandes– fan un mal servei a la democràcia i sovint fins i tot la posen en perill.

70 *Steel i altres c. Regne Unit*, dem. 24838/94 (TEDH, 23 de setembre de 1998).

71 *Forcadell i Lluís i altres c. Espanya*, dem. 75147/17 (TEDH, 7 de maig de 2019), par. 23.

72 *Kudrevičius i altres c. Lituània* [GC], dem. 37553/05 (TEDH, 15 d'octubre de 2015), par. 86.

73 Handbook on Monitoring Freedom of Peaceful Assembly, par. 7.

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

Dins una societat democràtica basada en l'estat de dret, les idees polítiques que qüestionen l'ordre existent i la realització de les quals és propugnada per mitjans pacífics han de gaudir d'una possibilitat adequada d'expressió mitjançant l'exercici del dret de reunió, així com per altres mitjans legals.⁷⁴

A més, no s'ha de recórrer a l'ús de lleis antiterroristes per limitar reunions pacífiques. Diu l'Observació General 37:

Si bé s'han de criminalitzar els actes de terrorisme d'acord amb el dret internacional, la definició d'aquests crims no ha de ser excessivament àmplia o discriminatòria i no es pot aplicar de manera que coarti o desanimi de l'exercici del dret de reunió pacífica. El mer acte d'organitzar o de participar en una reunió pacífica no pot ser criminalitzat segons les lleis antiterroristes.⁷⁵

També cal considerar la llibertat d'expressió en el context dels periodistes que cobreixen les protestes, ja siguin pacífiques o no. Els periodistes tenen el dret de seguir les protestes, d'enregistrar-les i d'informar de què hi ha passat.⁷⁶ Això inclou assegurar que els periodistes puguin accedir sense obstacles a les protestes independentment de l'acreditació, gaudeixin de protecció contra violència a mans de qualsevol part i tinguin el seu equipament protegit contra confiscació o danys.⁷⁷ El TEDH ha sentenciat que tot intent d'expulsar periodistes de les protestes està sotmès a un seguiment estricte.⁷⁸ A més, ha conclòs que la violència contra periodistes que cobreixen protestes constitueix una violació de l'Article 10.⁷⁹

74 *Stankov i Organització Macedònia Unida Ilinden c. Bulgària*, dem. 29221/95 i 29225/95 (TEDH, 20 d'octubre de 2005), par. 97.

75 Observació General 37, par. 68.

76 OSCE/OIDDH - Comissió de Venècia, "ODIHR-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly (3a ed.)", CDL-AD(2019)017 (8 de juliol de 2019), par. 34; Consell d'Europa, "Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Protecting Freedom of Expression and Information in Times of Crisis", CM/Del/Dec(2007)1005/5.3-appendix11 (2007).

77 Miklós Haraszti, "Special Report: Handling of the media during political demonstrations, Observations and Recommendations", Representant de l'OSCE per la llibertat dels mitjans de comunicació (juny 2007).

78 *Pentikäinen c. Finlàndia*, dem. 11882/10 (TEDH, 20 d'octubre de 2015), par. 89.

79 *Najafli c. Azerbaidjan*, dem. 2594/07 (TEDH, 2 d'octubre de 2012), par. 67.

IV. Desafiaments a la llibertat d’expressió a Espanya

La situació relativa a la llibertat d’expressió a Espanya és complexa. D’una banda, com a membre de la Unió Europea i del Consell d’Europa, ha accedit a adoptar normes que ofereixen la protecció més àmplia a la llibertat d’expressió del món. Figura al 36è lloc de l’Índex Mundial de Llibertat de Premsa de 2023 de Reporters Sense Fronteres (RSF),⁸⁰ mentre que l’índex d’Index on Censorship classifica el país com a “significativament obert”, al mateix nivell que Canadà i França i per damunt dels Estats Units.⁸¹

Tanmateix, abans i després del conflicte sobre el referèndum d’independència, s’han produït molts casos que han causat preocupació per la llibertat d’expressió.⁸² Els orígens d’aquests casos inclouen mesures antiterroristes, injúries a la corona i altres delictes tipificats pel Codi Penal. Aquests casos constitueixen el rerefons d’un conflicte sobre la independència, molts dels quals estan relacionats amb desafiaments a l’autoritat de l’estat i amb grups de minories nacionals, inclòs el poble català. El Centre Europeu per a la Llibertat de Premsa i dels Mitjans ha registrat a la seva base de dades més de 300 incidències des del 2014.⁸³ Aquest apartat presentarà una selecció de lleis i conflictes.

1. La llibertat d’expressió i la protesta sota pressió

Una de les lleis més polèmiques és la Llei Orgànica de Seguretat Ciutadana, coneguda generalment com a “Llei Mordassa”, que restringeix els drets de llibertat d’expressió i de reunió, adoptada el 2015 pel govern conservador.⁸⁴ Tipifica com a delicte greu la “desobediència o resistència a les autoritats o als seus agents en l’exercici dels seus deures”, així com l’ocupació d’espais públics. Una altra disposició atorga als informes policials una presumpció de veracitat. Les protestes poden ser prohibides a zones properes a organismes locals electes, fins i tot quan no estan constituïts en sessió. Amnistia Internacional ha

80 Reporters Sense Fronteres, Espanya (2023).

81 Index on Censorship, Índex (2023).

82 Vegeu p. ex. Carta de la Comissària de Drets Humans del Consell d’Europa al Ministre de Justícia, ref.: CommHR/DM/sf 015-2021 (11 de març de 2021); Article 19, “Espanya: Delitos relacionados con la Libertad de expresión en el Código Penal” (març 2020).

83 Centre Europeu per a la Llibertat de Premsa i dels Mitjans, Mapping Media Freedom. Accessible a <https://www.mappingmediafreedom.org>.

84 Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana; vegeu Tori Sparks, “Spain’s Gag Law: Watch What You Say”, Metropolitan Barcelona (19 d’abril de 2021).

denunciat que, fins el 2022, es van imposar més de 250.000 multes i altres sancions en virtut de la llei.⁸⁵ També ha denunciat que la llei ha tingut un efecte inhibidor en les protestes, atès que moltes persones estan preocupades per les dures sancions imposades per participar-hi.

Una disposició que prohibia l'ús "no autoritzat" d'imatges d'agents de policia va ser parcialment derogada pel Tribunal Constitucional, que va sentenciar que l'autorització no era necessària. La Comissària de Drets Humans del Consell d'Europa, el 2018,⁸⁶ i la Comissió de Venècia, el 2021, van instar Espanya a reformar la llei per aclarir millor els delictes i crear una presumpció de permetre reunions encara que no siguin notificades per avançat.⁸⁷ El govern actual s'ha compromès a reformar la llei, però això encara no s'ha traduït en cap canvi.

Una altra preocupació que ve de lluny és l'ús excessiu de les lleis antiterroristes. L'article 578 del Codi Penal tipifica com a delicte "l'enaltiment o la justificació públics dels delictes [de terrorisme] o dels que han participat en la seva execució, o la realització d'actes que comporten descrèdit, menyspreu o humiliació de les víctimes dels delictes terroristes o dels seus familiars". Les penes imposades són més altes "quan els fets s'hagin dut a terme per mitjà de la difusió de serveis o continguts accessibles al públic a través de mitjans de comunicació, Internet, o per mitjà de serveis de comunicacions electròniques o de l'ús de tecnologies de la informació".⁸⁸ La Comissària de Drets Humans del Consell d'Europa envià una carta pública al govern espanyol el 2021, reclamant una reforma de l'article, bo i anotant:

Algunes sentències dels tribunals espanyols no han establert adequadament si l'enaltiment del terrorisme comporta realment el risc d'un perill real, concret i imminent [...] Alguns tribunals espanyols també han interpretat el concepte d'intenció dels autors de manera abstracta, sense tenir en consideració cap altre element que la formulació en qüestió, i sense considerar adequadament el context que envoltava el discurs objecte d'acusació o les seves conseqüències.⁸⁹

El TEDH va concloure el 2021 que la condemna d'un ex-polític basc per apologia del terrorisme per parlar de la independència basca a l'homenatge d'un ex-company violava l'Article 10, atès que no donava suport a la lluita armada.⁹⁰ En canvi, el Tribunal va desestimar el 2023 la

85 Amnistia Internacional, "Derecho a la protesta en España: Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta pacífica en España" (novembre 2022).

86 Dunja Mijatovic, carta a Juan Carlos Campo, CommHR/DM/sf 015-2021 (11 de març de 2021).

87 Comissió Europea per a la Democràcia pel Dret (Comissió de Venècia), "Opinion on the Citizens' Security Law", Opinió 826/2015 (22 de març de 2021).

88 Article 578.2, Codi Penal espanyol.

89 Dunja Mijatovic, carta als líders del Congrés dels Diputats espanyol, CommHR/DMSf 087-2018 (20 de novembre de 2018).

90 *Erkizia Almandoz c. Espanya*, dem. 5869/17 (TEDH, 22 de juny de 2021).

demanda del raper espanyol Pablo Hasel contra la seva condemna penal per crítiques i una cançó relacionada amb diversos temes, inclosos el rei emèrit i la policia.⁹¹

També s’ha criticat durament el paper del Tribunal Constitucional i de l’Audiència Nacional, un tribunal especial amb competències en delictes contra l’estat. En almenys un cas que va arribar al Tribunal Europeu de Drets Humans, el tribunal va constatar una violació de l’Article 6 en relació al dret a un judici just per la condemna penal d’un diputat basc per injuriar el rei en criticar la seva presència a la inauguració d’una central elèctrica després de l’escorcoll d’un diari local i de la detenció de periodistes.⁹²

A més de les disposicions en matèria de terrorisme, el Codi Penal espanyol conté un seguit d’altres disposicions que afecten la llibertat d’expressió, de les quals s’ha conclòs que les autoritats les han fet servir de manera impròpia per fer callar veus dissidents.⁹³ L’article 543 del Codi Penal tipifica com a delicte les injúries “a Espanya, a les seves comunitats autònomes o als seus símbols o emblemes”. El juny de 2023, el TEDH va sentenciar que una condemna penal d’un sindicalista que cridava paraules ofensives en un acte d’hissar la bandera nacional durant una protesta violava l’Article 10 atès que no va causar cap desordre públic.⁹⁴

Altres disposicions, a saber els articles 490 i 491, prohibeixen les injúries a la corona. El TEDH va sentenciar el 2018 que la condemna penal de dues persones a Catalunya per cremar una foto de la família reial espanyola no podia ser considerada una incitació a l’odi i a la violència perquè era una crítica política i no personal de la institució de la monarquia, revocant una sentència del Tribunal Constitucional que havia conclòs que es tractava d’un discurs d’odi no protegit per la llibertat d’expressió.⁹⁵ A la seva carta de 2021, la Comissària de Drets Humans del Consell d’Europa també va recordar al govern espanyol la necessitat d’introduir garanties, bo i palesant la seva preocupació pel nombre d’artistes i d’activistes encausats als darrers anys.⁹⁶

El Tribunal també va sentenciar el 2022 que una decisió en un procés disciplinari militar que constituïa una amonestació per punts de vista crítics amb la constitució espanyola, expressats en un debat televisat, violava l’Article 10.⁹⁷

91 *Rivadulla Duró c. Espanya*, dem. 27925/21 (TEDH, 9 de novembre 2023), par. 32.

92 *Otegi Mondragon c. Espanya*, dem. 2034/07 (TEDH, 15 de setembre de 2011). Per un article de fons que repassa el cas, vegeu Solanes Mullor, Joan. “The Implications of the Otegi Case for the Legitimacy of the Spanish Judiciary: ECtHR 6 February 2019, Case Nos. 4184/15 and 4 Other Applications, Otegi Mondragon and Others v Spain.” *European Constitutional Law Review* 15, núm. 3 (2019): 574–88.

93 Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal.

94 *Fragoso Dacosta c. Espanya*, dem. 27926/21 (TEDH, 8 de juny de 2023).

95 *Stern Taulats i Roura Capellera c. Espanya*, dem. 51168/15 i 51186/15 (TEDH, 13 de març de 2018).

96 Carta als líders del Congrés dels Diputats espanyol, CommHR/DMSf 087-2018.

97 *Ayuso Torres c. Espanya*, dem. 74729/17 (TEDH, 8 de novembre de 2022).

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

Aquestes preocupacions també han sigut expressades en el context de l'Examen Periòdic Universal del Consell de Drets Humans de l'ONU. A la sessió de l'EPU de març de 2020, nombrosos estats, inclosos els EUA, Bèlgica, Suïssa, Txèquia i Itàlia, van recomanar que Espanya revisés les seves lleis en matèria de llibertat d'expressió i de reunió per complir les normes internacionals.⁹⁸ Espanya va acceptar moltes de les recomanacions.⁹⁹

2. Conflictes relacionats amb el debat sobre la independència

Aquest apartat considerarà alguns dels conflictes de llibertat d'expressió que han sorgit en el context del debat sobre la independència exposat anteriorment, amb vista a analitzar si hi ha hagut una discriminació o deficiències sistemàtiques que afecten un grup objectivament identificable segons la jurisprudència del TJE.

En primer lloc, val a anotar que les qüestions relacionades amb la llibertat d'expressió i la independència no van començar amb el referèndum d'independència. Hi ha informacions d'una investigació policial nacional codificada com a "Operació Catalunya" que va començar anys abans. Potser a rel d'això, el 2014, la policia va confeccionar secretament i filtrar a la premsa una llista de jutges que havien signat un document públic en suport del dret dels catalans a decidir sobre la independència. Un diari nacional va publicar els fitxers, inclosos fotos i dades personals, titulant-ho "La conspiració dels trenta-tres jutges separatistes". El TEDH va sentenciar que la llista no tenia base legal i que, per tant, violava l'Article 8 del CEDH, però en no haver-se imposat sancions als jutges, no va constatar cap violació de l'Article 10.¹⁰⁰ Tanmateix, fins i tot a falta de sancions oficials, caldria considerar la probabilitat d'un efecte inhibidor en els punts de vista dels jutges objecte d'investigació.

Diversos mandats de l'ONU també van contactar el govern el 2022 després de saber-se que 65 persones, sobretot líders catalans, havien sigut víctimes de programari espia per interceptar il·legalment les seves comunicacions.¹⁰¹ L'ús de programari espia també constitueix una violació de la llibertat d'expressió, a més d'afectar la protecció de la privacitat. L'ús de programari espia pot inhibir la llibertat d'expressió en dissuadir les

98 Consell de Drets Humans de l'ONU, "Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Spain", A/HRC/44/7, 18 de març de 2020.

99 Consell de Drets Humans de l'ONU, "Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Spain, Addendum", A/HRC/44/7/Add.1, 18 de març de 2020.

100 *M.D. i altres c. Espanya*, dem. 36584/17 (TEDH, 28 de juny de 2022).

101 Carta de "Mandatos del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías; de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; y del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación", ref.: AL ESP 8/2022 (24 d'octubre de 2022).

persones de fer servir els seus dispositius de comunicació personals per al lliure intercanvi d’idees i de pensaments amb altres i per a la lliure expressió dels seus plans.¹⁰²

El conflicte es va estendre substancialment amb la decisió de celebrar un altre referèndum d’independència el 2017. Segons tres relators especials de l’ONU, el govern espanyol empenqué un seguit d’actuacions que van afectar seriosament els drets de llibertat d’expressió, de reunió i de participació pública. El 2017, els tres relators es van adreçar al govern espanyol, bo i apuntant àmbits problemàtics i demanant més informació. Inclouen les següents qüestions:¹⁰³

- El web oficial del referèndum i molts altres van ser desconnectats seguint ordres de la policia.¹⁰⁴
- Es va escorcollar la seu del diari El Vallenc.
- Televisió de Catalunya (TV3) va rebre l’ordre del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de no debatre el referèndum.
- Es va prohibir una manifestació pública sobre el referèndum a Madrid.
- El Fiscal General de l’Estat va ordenar les fiscalies provincials d’investigar més de 700 alcaldes que havien donat suport públic al referèndum i de detallar quins es negaven a col·laborar.
- Les manifestacions contra la investigació dels alcaldes van desembocar en violència policial contra les protestes i els observadors.¹⁰⁵

L’apartat següent analitzarà amb més detall alguns dels casos.

102 Vegeu p. ex. Teresa Ribeiro, “Communiqué by the OSCE Representative on Freedom of the Media On the Use of Digital Surveillance Technology on Journalists”, Comunicat 1/2023 (7 de setembre de 2023).

103 Carta del Relator Especial sobre la promoció i la protecció del dret de llibertat d’opinió i d’expressió, de l’expert independent sobre la promoció d’un ordre internacional democràtic i equitatiu i del Relator Especial sobre els drets de llibertat de reunió pacífica i d’associació (22 de setembre de 2017).

104 Vegeu també Laurens Cerulus, Diego Torres, “Spanish authorities try to shutter Catalan referendum websites”, POLITICO (22 de setembre de 2017).

105 Carta del Relator Especial sobre la promoció i la protecció del dret de llibertat d’opinió i d’expressió, de l’expert independent sobre la promoció d’un ordre internacional democràtic i equitatiu i del Relator Especial sobre els drets de llibertat de reunió pacífica i d’associació (22 de setembre de 2017).

Detenció i judici de líders de la societat civil

Després del referèndum d'independència de Catalunya celebrat l'1 d'octubre de 2017 i de la declaració d'independència a finals del mateix mes, un seguit de líders polítics i de la societat civil catalana van ser acusats de rebel·lió, sedició i malversació de fons pel seu paper al referèndum, que també va incloure l'organització de manifestacions i de debats parlamentaris sobre el referèndum. El partit d'extrema dreta Vox va demanar, amb èxit, de presentar-se com a acusació particular del cas. Nou acusats van ser detinguts en presó preventiva poc després del referèndum.

El 2019, dotze líders, inclòs el Vice-President de la Generalitat de Catalunya i la Presidenta del Parlament de Catalunya, van ser declarats culpables i condemnats a llargues penes de presó pel Tribunal Suprem.¹⁰⁶ Molts d'ells també van ser inhabilitats per exercir càrrecs públics. Van ser absolts del delicte de rebel·lió. Nou d'ells van continuar empresonats fins al seu indult l'any 2021.¹⁰⁷

A partir d'una reforma del Codi Penal del 2022, el delicte de sedició va ser abolit i substituït per un nou delicte de desordres públics agreujats.¹⁰⁸ Les condemnes anteriors van ser modificades en aquest sentit, tot i que es va mantenir la inhabilitació per a càrrecs públics per a quatre dels acusats, malgrat el canvi legislatiu.¹⁰⁹ Les acusacions contra els tres líders exiliats, Puigdemont, Comín i Ponsatí, van ser modificades per reflectir la nova llei, segons ho va acordar el Tribunal Suprem el 2023.¹¹⁰

Tal com s'ha indicat a l'apartat anterior, el discurs polític és objecte d'una forta protecció pel dret internacional. Només pot ser restringit en casos de defensar la violència o de constituir discurs d'odi. En aquest cas, poc indica que la celebració del referèndum o la declaració política d'independència constituïssin cap d'aquests dos supòsits, una consideració compartida pels òrgans de l'ONU i pels mandatariis. Tal com detalla el Relator Especial de l'ONU sobre el dret de llibertat d'opinió i d'expressió, David Kaye, en una declaració sobre les acusacions:

El processament per “rebel·lió” que podria originar llargues penes de presó planteja un risc seriós de dissuadir el discurs totalment legítim, per polèmic i incòmode que sigui. [...] L'acusació de rebel·lió per actes que no comporten

106 Diego Torres, “Spain’s Supreme Court jails Catalan leaders for up to 13 years”, Politico (14 d'octubre de 2019).

107 “Spain pardons Catalan leaders over independence bid”, BBC (22 de juny de 2021).

108 LO 14/2022.

109 “El Supremo deja inhabilitados a los líderes del ‘procés’ pese a la reforma de la malversación”, The Objective (13 de febrer de 2023).

110 “El Tribunal Supremo rechaza aplicar el subtipo atenuado de malversación a los procesados en la causa del ‘procés’ Puigdemont, Comín y Ponsatí”, Poder Judicial de España (15 de juny de 2023).

violència o incitació a la violència pot limitar els drets de protesta pública i de dissidència. [...] El dret internacional dels drets humans adverteix que, sobretot en situacions que comporten dissidència política, només s’han d’imposar restriccions si són estrictament necessàries i proporcionades per protegir els interessos de l’estat.¹¹¹

A més, la detenció continuada d’alguns dels líders també va suscitar preocupacions per la llibertat d’expressió. Tres relators especials de l’ONU i el Vice-President del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l’ONU van adreçar el 2019 una carta al govern espanyol, en què palesaven la seva preocupació per la detenció del líder d’una organització no governamental destacada per rebel·lió a falta de proves de promoure la violència:

Expressem la nostra preocupació per la detenció i el processament del Sr. Cuixart pel delictes de rebel·lió, per actes que no semblen comportar violència o incitació a la violència per part del Sr. Cuixart, la qual cosa significaria una interferència en els seus drets de protesta pública i de llibertat d’expressió. En aquest sentit, recordem que el dret internacional dels drets humans adverteix que només s’han d’imposar restriccions d’aquests drets si són estrictament necessàries i proporcionades.¹¹²

El Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l’ONU va concloure el 2019 que la detenció de sis líders polítics i de la societat civil violava les normes internacionals sobre judicis justos.¹¹³ El Grup de Treball va constatar que els judicis estaven esbiaixats a causa de les declaracions públiques de càrrecs superiors i que la presó preventiva era arbitrària en basar-se en l’exercici del dret de la llibertat d’expressió i d’altres drets.¹¹⁴ No va trobar cap prova de violència relacionada amb les protestes instigada o promoguda pels acusats. En canvi, va declarar que creia que les acusacions eren un intent directe de limitar l’opinió dels sis líders. Un dels informes del Grup de Treball afirmava:

L’absència del factor de violència i d’informació creïble sobre qualsevol acte atribuïble als Srs. Cuixart, Sánchez i Junqueras que els relacionés amb la mena

111 ACNUDH, “UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia” (6 d’abril de 2018).

112 Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l’ONU, Relator Especial sobre la promoció i la protecció del dret de llibertat d’opinió i d’expressió, Relator Especial sobre els drets de llibertat de reunió pacífica i d’associació, Relator Especial sobre la situació dels defensors de drets humans, AL ESP 5/2018 (28 de gener de 2019).

113 Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l’ONU, “Opinion No. 6/2019 concerning Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol and Oriol Junqueras I Vies (Spain)”, A/HRC/WGAD/2019/6 (13 de juny de 2019); “Opinion No. 12/2019 concerning Joaquín Forn I Chiariello, Josep Rull I Andreu, Raül Romeva I Rueda and Dolores Bassa I Coll (Spain)”, A/HRC/WGAD/2019/12 (10 de juliol de 2019).

114 Grup de Treball, par. 129.

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

de conducta que constitueix els delictes dels quals se'ls acusa ha dut el Grup de Treball a creure que l'objecte dels delictes penals als quals s'enfronten és intimidar-los a causa dels seus punts de vista polítics sobre la independència de Catalunya i impedir-los de perseguir aquesta causa dins l'àmbit polític. El Grup de Treball està convençut que les acusacions penals presentades contra els Srs. Cuixart, Sánchez i Junqueras pretenen justificar la seva detenció per exercir els seus drets de llibertat d'opinió, d'expressió, d'associació, de reunió i de participació política [...]”¹¹⁵

L'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa va revisar el 2021 el processament dels càrrecs catalans i instà Espanya a reformar les lleis de rebel·lió i sedició i de malversació de fons públics per limitar la seva aplicació en casos polítics, a posar fi a la persecució penal i a les demandes d'extradició i a considerar un indult dels càrrecs.¹¹⁶

El juliol de 2022, el Comitè de Drets Humans de l'ONU va concloure que la suspensió dels diputats del Parlament de Catalunya acusats de rebel·lió abans de la seva condemna violava el dret de participació pública segons l'Article 25 del PIDCP. Afirmava que “una aplicació de la legislació nacional que permet la suspensió automàtica de càrrecs electes per suposats delictes que afecten actes públics pacífics abans de qualsevol condemna no permet una anàlisi individualitzada de la proporcionalitat de la mesura i, per tant, no pot ser considerat que compleixi els requisits de raonabilitat i d'objectivitat.”¹¹⁷ També anotava que els demandants havien fet una crida a manifestacions pacífiques i que, segons el dret internacional sobre la llibertat de reunió, “hi ha una presumpció favorable a considerar que les reunions són pacífiques” i que “els actes aïllats de violència d'alguns participants no haurien de ser atribuïts a altres, als organitzadors o a la reunió com a tal”.¹¹⁸

En resum, hi ha una convergència d'opinions i de decisions d'organismes i d'experts internacionals sobre la constatació d'una violació dels drets d'expressió, de reunió i de participació dels líders catalans en promoure protestes pacífiques sense defensar la violència.

115 Grup de Treball, par. 119-120.

116 Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, “Should politicians be prosecuted for statements made in the exercise of their mandate?” *Resolució 2381 (2021)*, par. 10.3.

117 Comitè de Drets Humans, “Opinion approved by the Committee pursuant to Article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol, regarding communication no. 3297/2019”, CCPR/C/135/D/3297/2019 (17 d'agost de 2023), par. 8.8.

118 *Ibid.*, par. 8.6.

Violència contra manifestants i votants

L'1 d'octubre de 2017, mentre tenia lloc el referèndum públic bo i contravenint l'ordre del Tribunal Constitucional, la policia va confiscar materials i va provar d'impedir que la gent votés. Centenars de persones van ser ferides i hi va haver acusacions generalitzades de violència policial. Amnistia Internacional va documentar que “la Policia Nacional (Unitat d'Intervenció Policial) i agents de la Guàrdia Civil van fer un ús excessiu de força contra manifestants pacífics i un ús inadequat de material antiavalots, com bales de goma o productes químics irritants contra persones que oposaven resistència pacífica”.¹¹⁹

Després de la condemna dels líders del referèndum d'independència, el 2019, les protestes a Barcelona i arreu del país també van causar enfrontaments i ferides, amb la policia fent servir municions antiavalots i altres mesures.¹²⁰ En aquestes protestes, molts periodistes també van ser ferits.¹²¹

La violència ve ser rebuda amb preocupació per diversos càrrecs de l'ONU, inclòs l'Alt Comissionat de Drets Humans¹²² i un seguit de procediments especials.¹²³ Al seu informe anual de 2018 als estats membres sobre preocupacions en matèria de drets humans, l'Alt Comissionat de Drets Humans va declarar:

A Espanya, vaig quedar consternat per la violència que va esclatar pel referèndum d'independència de Catalunya de l'octubre. Donat l'ús aparentment excessiu de la força per la policia, la descripció que el govern ha fet de l'acció policial l'1 d'octubre com a “legal, legítima i necessària” és qüestionable. Recordo a les autoritats que la presó preventiva hauria de ser considerada un últim recurs. Insto a la resolució d'aquesta situació mitjançant el diàleg polític.¹²⁴

119 Amnistia Internacional, “Actualización de la situación en Cataluña” (1 d'octubre de 2019).

120 Amnistia Internacional, “SPAIN: Authorities must de-escalate tensions and guarantee the right to public assembly” (18 d'octubre de 2019).

121 “Press says “enough” after 65 hurt covering Barcelona protests”, El Nacional (22 d'octubre de 2019); “Journalists covering Catalonia demonstrations attacked, harassed by police, protester”, CPJ (23 d'octubre de 2019).

122 “Comment by the UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra'ad Al Hussein on the situation in Catalonia, Spain”, Oficina de l'Alt Comissionat de Drets Humans (2 d'octubre de 2017).

123 Oficina de l'Alt Comissionat de Drets Humans, “UN experts urge political dialogue to defuse Catalonia tensions after referendum” (4 d'octubre de 2017).

124 Alt Comissionat de l'ONU de Drets Humans, Zeid Ra'ad Al Hussein, “High Commissioner's global update of human rights concerns” (7 de març de 2018).

3. David Banisar, Qüestions de llibertat d'expressió i de reunió en el conflicte sobre la independència de Catalunya

En una carta adreçada el 2023 al govern d'Espanya, cinc mandats especials de l'ONU van demanar informació a Espanya sobre 1983 casos notificats de persones ferides en reunions públiques entre el 2017 i el 2019 relacionades amb la qüestió de la independència.¹²⁵

Tsunami Democràtic

El Tsunami Democràtic va ser un grup en línia, descentralitzat i "sense líders" que promovia la independència mitjançant la protesta pacífica. Va aparèixer poc abans de les condemnes dels líders i va oferir aplicacions mòbils complexes per organitzar protestes contra el judici i la sentència penal.¹²⁶ El grup ara ha desaparegut en bona part.¹²⁷

No se sap qui coordinava el grup, però els mitjans de comunicació i la fiscalia afirmen que l'organització està relacionada amb diversos líders polítics i de la societat civil. El grup va organitzar un seguit de protestes, inclòs al Camp Nou durant un partit de futbol clau i a l'aeroport de Barcelona, que va causar la cancel·lació de dotzenes de vols i l'enfrontament directe amb la policia. Moltes persones van ser ferides i detingudes en relació amb aquests successos.

L'Audiència Nacional va començar a investigar el grup per terrorisme el 2019 després de les protestes de l'aeroport i va actuar contra el seu web¹²⁸ i contra el lloc de codis d'internet Github, que allotjava l'aplicació del grup.¹²⁹

El jutge instructor de l'Audiència Nacional va informar el novembre de 2023 que començaria a investigar formalment un seguit de líders polítics i socials catalans per delictes de terrorisme relacionats amb el Tsunami Democràtic, fins i tot després que la fiscalia considerés que el bloqueig de l'aeroport no va constituir un acte de terrorisme. El 2024, mentre el Congrés dels Diputats debatia una llei d'amnistia, el Tribunal Suprem va iniciar investigacions addicionals per terrorisme contra diputats del Parlament de Catalunya i del Parlament Europeu que l'Audiència Nacional no podia encausar.

¹²⁵ Carta dels mandats del Relator Especial sobre els drets de llibertat de reunió pacífica i d'associació, del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries, del Relator Especial sobre la promoció i la protecció del dret de llibertat d'opinió i d'expressió, del Relator Especial per a la independència de jutges i lletrats i del Relator Especial sobre la promoció i la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme, ref.: AL ESP 11/2022 (8 de febrer de 2023).

¹²⁶ "Catalonia has created a new kind of online activism. Everyone should pay attention", *Wired* (19 d'octubre de 2019).

¹²⁷ Vladyslav Zinichenko i Anna Udovenko, "'Democratic Tsunami' as an online stage of the Catalan independence movement", *Obraz*, 2023. Vol. 3 (43), p. 6-17.

¹²⁸ "Spanish judge orders closure of Tsunami Democràtic websites", *El País* (18 d'octubre de 2019).

¹²⁹ Cartes de la Guàrdia Civil a GitHub (octubre 2019), <https://github.com/github/gov-takedowns/tree/master/Spain/2019>.

V. Deficiències sistèmiques i grups objectivament identificables

D'acord amb la sentència del Tribunal de Justícia Europeu al cas *Puig Gordi i altres* (C-158/21), un estat membre es pot negar a aplicar una ordre de detenció si hi ha una violació de drets humans fonamentals “a causa de deficiències sistèmiques o generalitzades en aquest estat membre o de deficiències que afecten un grup de persones objectivament identificable al qual pertany l'afectat”.¹³⁰ Ha de tenir “informació objectiva, fiable, concreta i degudament actualitzada” sobre les deficiències. A més, “l'autoritat ha de comprovar, de manera concreta i precisa”, que hi ha un risc que es produeixi aquesta violació de drets humans fonamentals. Segons el Tribunal, la concreció d'aquest risc pot, si més no en part, basar-se en conclusions d'organismes de l'ONU com el Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries.

Tal com s'ha dit a l'apartat sobre dret internacional relacionat amb la llibertat d'expressió, les garanties de la Unió Europea per a la llibertat d'expressió segueixen les decisions del Tribunal Europeu de Drets Humans. Així doncs, la jurisprudència del Tribunal sobre llibertat d'expressió marca la pauta per a l'avaluació.

En aquest cas, sembla que hi ha una base raonable per concloure que hi ha hagut una discriminació sistemàtica contra les persones favorables a la independència de Catalunya per organismes polítics, jurídics i judicials. Els informes de diversos relators especials de l'ONU i del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries, així com d'organitzacions prestigioses com Amnistia Internacional han constatat nombroses violacions de les normes internacionals de llibertat d'expressió.

Concretament, han constatat repetidament una resposta desproporcionada a declaracions polítiques i protestes generalment pacífiques que han originat acusacions excessives de terrorisme i sedició contra càrrecs públics i líders de la societat civil. Finalment, s'ha impedit en diverses ocasions que els mitjans de comunicació informessin de les protestes. Així doncs, aquests problemes sistemàtics relacionats amb la llibertat d'expressió i de reunió s'entenen millor com a “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”.

Aquesta conclusió podria tenir implicacions importants més enllà de les ordres de detenció per entrar en el terreny de la llibertat d'expressió arreu de la Unió Europea. El TJUE ja està tractant un altre cas espanyol relacionat amb la llibertat d'expressió. Una opinió molt recent de l'Advocat General sobre la denegació dels tribunals francesos d'executar una multa considerable contra un diari i un periodista francesos imposada pels tribunals espanyols

130 Cas C-158/21 *Puig Gordi i altres*, OJ C 217 (7 de juny de 2023).

per difamació ha conclòs que l'efecte dissuasiu i inhibidor d'executar la sentència violaria la política pública de la Unió Europea (a causa del seu impacte en la llibertat d'expressió), la qual cosa en justifica la denegació.¹³¹

VI. Conclusió

El dret internacional dels drets humans marca un llistó molt alt per al processament de persones que practiquen el discurs polític, fins i tot sobre la qüestió contenciosa de la secessió i dels canvis de l'estructura constitucional d'un estat. L'exigència és particularment elevada per a càrrecs electes. Perquè les restriccions siguin justificables, el discurs, en el context de la situació, ha d'amenaçar l'ordre públic o la seguretat nacional, defensar la violència o constituir un discurs d'odi. El mateix nivell de protecció s'aplica a qui participa en protestes pacífiques.

En el cas del debat sobre la independència de Catalunya, sembla que hi ha poques proves públiques que sustentin la idea que els líders del referèndum d'independència o les persones que hi van donar suport defensessin la violència o l'odi. Els organismes internacionals, incloent-hi el Comitè de Drets Humans de l'ONU, el Grup de Treball de l'ONU sobre Detencions Arbitràries, l'Alt Comissionat de l'ONU de Drets Humans, el Relator Especial sobre la llibertat d'opinió i d'expressió i altres, han constatat tots que les actuacions de les autoritats espanyoles han violat drets humans internacionals fonamentals com la llibertat d'expressió, de reunió i d'associació, així com el dret a un judici just. Els tribunals nacionals d'Alemanya i de Bèlgica també han arribat a la mateixa conclusió. Per tant, no sorprèn que el Tribunal de Justícia de la Unió Europea donés resposta a aquestes preocupacions a la seva sentència del cas *Puig Gordi i altres* de 2023, bo i obrint la porta a “deficiències que afecten un grup objectivament identificable” com a motiu perquè els tribunals nacionals deneguin l'execució d'una Ordre de Detenció Europea.

131 Cas C633/22, *Real Madrid Club de Fútbol, AE c. EE, Société Éditrice du Monde SA*, Opinió de l'Advocat General Szpunar, 8 de febrer de 2024, par. 171, 193.

Capítol 4

La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

Frédéric Mégret

Catedràtic, Càtedra Hans & Tamar Oppenheimer
de Dret Públic Internacional, Codirector del Centre
for Human Rights and Legal Pluralism, Facultat de Dret,
McGill University, Montreal.

I. Introducció

L'encreuament entre l'Ordre de Detenció Europea i la vigilància suposa una superposició interessant que revela les tendències actuals en matèria de protecció dels drets humans internacionals, sobretot quan afecten determinats grups i minories. Ambdues palesen de manera diferent que fins i tot els estats democràtics als quals hom tendiria normalment a adreçar-se per una extradició poden seguir pràctiques profundament problemàtiques quant als drets. Aquest és el cas de la vigilància com a fenomen que presumiblement ha passat de ser una pràctica minoritària adreçada a grups criminals i terroristes a una que, com a resultat del recurs omnipresent a la tecnologia de comunicacions digitals i de la creixent sofisticació i disponibilitat d'eines cibernètiques per a controlar-la, inclou com més va més formes d'intercepció rutinària i massiva. A conseqüència d'això, fins i tot les democràcies poden caure fàcilment en la temptació de l'estat de vigilància. Paral·lelament, l'evolució legal ha posat de manifest els límits de la “confiança mútua” entre les democràcies europees que participen en l'Ordre de Detenció Europea (ODE) i també ha destacat les preocupacions reiterades que les democràcies, malgrat el seu compromís amb els drets, s'avinguin a un seguit de pràctiques que frenarien un impuls, altrament fort i legítim, de cooperació penal.¹

En aquest capítol, repassarem una expressió d'aquesta superposició en forma d'evolució recent dins la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu (TJE) sobre l'ODE en cas que l'execució d'aquesta ordre pugui originar l'extradició de persones a un país amb deficiències que afecten “un grup de persones objectivament identificable al qual pertany l'afectat”.² Concretament, em centraré en l'estat de la vigilància com a nou motiu que, per si mateix i juntament amb altres, podria constituir un indicatiu que els drets dels membres d'un grup poden patir conseqüències negatives de tal manera que un estat podria negar-se a executar una ODE. Aquest estudi sorgeix en un context de preocupació creixent sobre la vigilància a nivell mundial i d'intensificació dels esforços jurídics per regular i responsabilitzar els estats del seu compliment, així com d'idees col·laterals sobre els avantatges d'estratègies àmplies de “fluïdificació” de l'extradició.³ S'hi destacarà fins a quin punt es magnifiquen les preocupacions per la vigilància i pels límits adequats de la cooperació penal quan en són objecte grups concrets.

1 Rebecca Niblock, *Mutual Recognition, Mutual Trust: Detention Conditions and Deferring an EAW*, 7 New J. Eur. Crim. L. 250 (2016); Febe Inghelbrecht, *Limits to Mutual Trust: Which Role for the European Court of Human Rights?*, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/836/121/RUG01-002836121_2020_0001_AC.pdf (últim accés: 22.01.2024).

2 Sentència del Tribunal, 31 de gener de 2023, par. 102.

3 Vegeu, p. ex., Nicola Langille & Frédéric Mégret, *Red Notices and Transnational Police Practices*, a *International Practices of Criminal Justice* 108 (2017).

La primera part exposa el marc general dins el qual opera l’ODE, bo i destacant les intencions, però també cada vegada més els límits de la “confiança cega”, sobretot en relació amb determinats grups. La segona part se centra en el nivell fins al qual s’ha utilitzat la vigilància per adreçar-la contra grups amb intenció discriminatòria. A continuació, a la tercera part passarem a exposar amb més detall allò que hom podria entendre com la incidència *prima facie* dels drets negatius de la vigilància. Finalment, a la quarta part, plantejarem un seguit de dificultats addicionals que sorgeixen en valorar la legalitat i la legitimitat de la vigilància.

II. El rerefons de les Ordres de Detenció Europea en el cas català

1. El marc de l’Ordre de Detenció Europea i els límits de la confiança mútua

La Decisió Marc sobre l’Ordre de Detenció Europea del 13 de juny de 2002 és l’instrument que regeix les ODEs.⁴ Perquè siguin clares, i segons han destacat repetidament els Advocats Generals europeus, les Ordres de Detenció Europees han de ser ateses a priori d’acord amb la importància de la confiança mútua en què es basa tot el sistema.⁵ La competència del jutge que emet una ordre de detenció europea no pot restar sota cap ombra de dubte. La importància de la confiança mútua entre estats ha sigut repetidament destacada com el pilar central de l’eficàcia de les ordres de detenció europees. A més, l’execució d’una ODE no pot ser denegada per cap motiu llevat dels inclosos dins la Decisió Marc.

4 2002/584/JAI: Decisió Marc del Consell del 13 de juny de 2002 sobre l’ordre de detenció europea i els procediments de lliurament entre estats membres. Declaracions d’alguns estats membres sobre l’adopció de la Decisió Marc.

5 Ester Herlin-Karnell, *From Mutual Trust to the Full Effectiveness of EU Law: 10 Years of the European Arrest Warrant*, 38 EUR. L. REC. 79 (2013).

Dit això, la posició sovint descrita com a “confiança mútua”⁶ ha cedit gradualment espai a una altra que permet denegacions en circumstàncies excepcionals i molt ben documentades. La pròpia Decisió Marc sobre l’ODE diu especialment:

Cap element d’aquesta Decisió Marc podrà ser interpretat com una prohibició de denegar l’extradició d’una persona per a qui s’hagi emès una ordre de detenció europea si hi ha motius per creure, sobre la base d’elements objectius, que aquesta ordre de detenció ha sigut emesa per perseguir o castigar una persona per motius de gènere, raça, religió, origen ètnic, nacionalitat, llengua, opinions polítiques o orientació sexual, o bé que la posició d’aquesta persona es pugui veure perjudicada per qualsevol d’aquests motius.⁷

A més, l’ODE no s’anteposa a la prohibició de tractament inhumà o denigrant, i una autoritat judicial executora pot denegar l’extradició especialment si una persona “seria sotmesa a pena de mort, tortura o un altre tractament o càstig inhumà o denigrant”, per exemple perquè les condicions de detenció dins l’estat membre emissor violen l’Article 4 de la Carta. Tanmateix, es tracta d’excepcions rares a la regla que s’aplica sota un supòsit general de confiança mútua. Per exemple, la norma coneguda com a prova d’Aranyosi i Căldăraru⁸ exigeix una valoració de les condicions generals de detenció com a problemàtiques i que hi hagi “motius substancials per creure que l’afectat s’exposarà a aquest risc a causa de les condicions previstes per a la seva detenció a l’estat membre emissor”.

Tanmateix, el dret europeu ha evolucionat gradualment cap al reconeixement de la possibilitat de denegar una ODE fora de la casuística relativament limitada de la discriminació o del tractament inhumà o denigrant als centres de detenció, sobretot en relació amb el dret a un judici just. La Comissió Europea i el Fiscal General han afirmat prèviament que, per denegar una ODE a causa del risc de violar un dret, ha de constar “informació objectiva, fiable, concreta i degudament actualitzada per demostrar que hi ha un risc real de violació, a l’estat membre emissor, del dret fonamental a un judici just”. Això s’entenia principalment en relació amb “deficiències sistèmiques generalitzades al sistema judicial de l’estat que sol·licita una extradició” i amb proves que aquestes deficiències afectin la persona per qui s’emet una ODE. El Tribunal així ho ha afirmat en sentències

6 Ermioni Xanthopoulou, *Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust*, 55 *Common Market Law Review* (2018); Koen Lenaerts, *La Vie Après l’avis: Exploring the Principle of Mutual (yet Not Blind) Trust*, 54 *Common Market Law Review* (2017).

7 2002/584/JAI: Decisió Marc del Consell del 13 de juny de 2002 sobre l’ordre de detenció europea i els procediments de lliurament entre estats membres. Declaracions d’alguns estats membres sobre l’adopció de la Decisió Marc, par. 12.

8 Koen Bovend’Eerd, ‘The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?’ (2016) 32 112.

9 Pál Aranyosi i Robert Căldăraru c. Generalstaatsanwaltschaft Bremen, Sentència del Tribunal (Gran Cambra) del 5 d’abril de 2016, par. 94.

relacionades sobretot amb Polònia, on hi ha elements objectius que permeten de concloure que l’estat de dret no hi funciona adequadament.¹⁰ El llindar era evidentment alt.

En el cas de Lluís Puig Gordi, ex-Conseller de Cultura de la Generalitat de Catalunya exiliat a Bèlgica, els tribunals belgues van determinar que l’extradició per ser jutjat pel Tribunal Suprem espanyol violaria els drets de les persones afectades, perquè aquest no era el tribunal predeterminat per la llei, en violació del Conveni Europeu de Drets Humans, i, per tant, no tenia competència per emetre una ODE.¹¹ Això feu que el Tribunal Suprem espanyol s’adreçés al TJUE mitjançant una qüestió prejudicial. El TJUE va argumentar que no corresponia a l’estat requerit avaluar si els tribunals de l’estat sol·licitant eren competents en si mateixos, llevat que aquesta falta de competència causés un risc seriós de violació dels drets fonamentals de l’acusat. Tot i que el TJUE es va alinear finalment amb l’Advocat General en destacar la importància primordial de la cooperació, també va apuntar a la possibilitat que els estats membres de la Unió Europea podrien denegar excepcionalment l’execució d’una ODE per assegurar el respecte dels drets fonamentals.

Tanmateix, el Tribunal també va constatar, en una actuació generalment considerada com una evolució subtil de la seva jurisprudència, que les deficiències que afecten un sistema, oimés quan són “sistèmiques o generalitzades”, poden afectar solament “un grup de persones objectivament identificable al qual pertany l’afectat”.¹² Dit d’altra manera, en lloc d’apuntar a les condicions que prevalen generalment al país sol·licitant –i tot i ser evident que aquestes condicions generalitzades a vegades puguin prevaldre–, hom es pot preocupar per les condicions que afecten tan sols un grup concret. Així doncs, la qüestió és en quines circumstàncies hom pot determinar “mancances que afecten la protecció judicial d’un grup de persones objectivament identificable al qual pertany l’afectat”, sobretot com a resultat de la vigilància.

2. El cas de la vigilància a Catalunya

És clar que la vigilància a Catalunya pot ser rellevant per valorar les deficiències d’un sistema jurídic que afecten “grups objectivament identificables” i que, per tant, constitueixen un impediment per executar una ODE. També és una preocupació pels drets humans en si mateixa. Aprofito per presentar un breu resum dels fets del cas català, destacant la mena, l’abast i la intensitat de la vigilància exercida i contextualitzant-la dins

10 Tribunal de Justícia de la Unió Europea, NOTA DE PREMSA 32/22, Denegació d’executar una ordre de detenció europea: el Tribunal de Justícia especifica els criteris que permeten a una autoritat judicial executora de valorar si hi ha risc de violació del dret fonamental de la persona demandada a un judici just, 22 de febrer de 2022.

11 Kamer van Inbeschuldigingstelling (Tribunal d’Apel·lació de Brussel·les) 2021/79.

12 Sentència del Tribunal, 31 de gener de 2023, par. 102.

l'esforç de repressió general de les autoritats espanyoles. Tot i que no totes les sospites són igual de greus o han sigut provades concloentment -i, de fet, algunes han sigut fortament criticades a Espanya-, conformen plegades un patró sistemàtic de vigilància dels líders independentistes catalans que no està cobert íntegrament per la llei.

Sobretot l'anomenat Catalangate, posat al descobert pel Citizen Lab de Toronto, ha suscitat sospites que el programari espia Pegasus ha sigut àmpliament utilitzat contra els líders del moviment independentista català.¹³ Aquesta revelació feta el 2022 apunta a l'espionatge a tot un seguit de càrrecs electes, així com activistes i advocats, i en alguns casos també a les seves famílies. Es van punxar suposadament els telèfons de 65 persones pel cap baix, entre el 2017 i el 2020, la majoria d'elles relacionades amb partits independentistes catalans. Es tracta d'un nombre d'afectats més gran que els identificats per informes anteriors del Citizen Lab. Si bé no se n'ha determinat concloentment la responsabilitat, s'han trobat proves circumstancials evidents que apunten al govern espanyol. Part de la vigilància va ser posteriorment justificada amb l'emissió d'ordres judicials, tot i que per a la majoria d'afectats no se n'ha aportat cap prova.

Un cas relacionat és l'Operació Catalunya, una operació policial encoberta contra el procés d'independència de Catalunya sense autorització judicial. L'operació es va centrar en polítics independentistes, amb intents de la policia espanyola d'obtenir informació bancària a Andorra sota amenaces.¹⁴ Com a conseqüència, el Parlament de Catalunya va instituir una comissió d'investigació.¹⁵ El Tsunami Democràtic, un grup de desobediència civil favorable a un referèndum d'autodeterminació que estigué rere l'ocupació de l'aeroport de Barcelona el 2019, també fou objecte d'investigació pel govern espanyol amb càrrecs difusos de terrorisme, que ha dut almenys un diputat a

13 John Scott-Railton et al., *CatalanGate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru* (2022), <https://citizenlab.ca/2022/04/catalangate-extensive-mercenary-spyware-operation-against-catalans-using-pegasus-candiru/> (últim accés: 22.02.2024).

14 José Precedo, *El Gobierno de Rajoy investigó al margen de la ley a partidos independentistas durante al menos cinco años*, El Diario, 15.01.2024, https://www.eldiario.es/politica/gobierno-rajoy-investigó-margen-ley-partidos-independentistas-durante-cinco-anos_1_10827474.html (últim accés: 10.03.2024); José Precedo, *Las notas policiales que recibía Fernández Díaz en su despacho para montar campañas contra el independentismo*, El Diario, 15.01.2024, https://www.eldiario.es/politica/notas-policiales-recibia-fernandez-diaz-despacho-montar-campanas-indendentismo_1_10832806.html (últim accés: 10.03.2024).

15 Parlament de Catalunya, *Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre l'Operació Catalunya*, BOPC 498, 01.09.2017, <https://www.parlament.cat/document/bopc/232188.pdf> (últim accés: 10.03.2024); *Aprobadas conclusiones de la comisión investigación de "operación Cataluña"*, La Vanguardia, 09.09.2017, <https://www.lavanguardia.com/politica/20170907/431110548296/aprobadas-conclusiones-de-la-comision-investigacion-de-operacion-cataluna.html> (últim accés: 10.03.2024).

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

l’exili.¹⁶ Finalment, l’entitat catalana Òmnium Cultural ha sigut objecte d’intents d’infiltració i de vigilància electrònica.¹⁷

L’ús del programari Pegasus ha sigut un motiu continu de preocupació no sols a Espanya, sinó a nivell mundial. En el cas d’Espanya, tant el Consell d’Europa com Amnistia Internacional¹⁸ han expressat les seves preocupacions. També ha sigut instituïda una comissió d’investigació del Parlament Europeu per estudiar les violacions del dret comunitari a partir de l’ús de Pegasus i d’altres programaris espia.¹⁹

III. Vigilància de grups

Entendre la naturalesa de la vigilància i com encaixa la vigilància de l’entorn independentista català dins aquest ampli paradigma és un pas important. Tot i que hom pugui pensar que la vigilància és senyal d’una societat autoritària i fins i tot totalitària, cal matisar-ne qualsevol “excepció democràtica”. De fet, una de les característiques del fenomen actual de la vigilància és la seva tendència a superar divisòries superficials entre autoritarisme i democràcia, entre nacional i internacional i entre públic i privat. L’ampliació de la vigilància més enllà d’un seguit d’objectius habituals –definida, sobretot a rel de la pandèmia de Covid, com a “normalització” de la vigilància–²⁰ ha alertat la

16 Claudia Chiappa, *Spain opens terrorism probe into Puigdemont*, Politico, 29.02.2024, <https://www.politico.eu/article/spain-open-terrorism-probe-carles-puigdemont-catalonia/> (últim accés: 10.03.2024); Vicenç Pagès, *Catalan MP Ruben Wagensberg moves to Switzerland over judicial persecution in Tsunami case*, El Nacional, 31.01.2024, https://www.elnacional.cat/en/politics/catalan-mp-ruben-wagensberg-moves-switzerland-persecution-tsunami_1152791_102.html (últim accés: 10.03.2024).

17 Camille Pagella, *L’indépendantisme catalan sous cybersurveillance*, Le Temps, 09.04.2022, <https://www.letemps.ch/monde/europe/lindependantisme-catalan-cybersurveillance> (últim accés: 10.03.2024).

18 Spain: EU must act to end spyware abuse after prominent Catalans targeted with Pegasus, Amnesty International (2022), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/04/spain-pegasus-spyware-catalans-targeted/> (últim accés: 22.02.2024).

19 Oficina de l’Alt Comissariat de les Nacions Unides, *Spain: UN experts demand investigation into alleged spying programme targeting Catalan leaders*, 02.02.2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/spain-un-experts-demand-investigation-alleged-spying-programme-targeting> (últim accés: 10.03.2024); Parlament Europeu, ‘Investigation of the use of Pegasus and equivalent surveillance spyware’, Recomanació del 15 de juny de 2023, P9_TA(2023)024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0244_EN.pdf (s’adoptà una recomanació).

20 Christian Powell Sundquist, *Surveillance Normalization*, 58 Harv. CR-CLL Rec. 117 (2023); Evan Selinger & Hyo Joo (Judy) Rhee, *Normalizing Surveillance*, 22 SATS 49 (2021).

societat civil sobre la seva prevalença i omnipresència, oimés quan grups vulnerables han continuat sent en molts sentits objecte prioritari de vigilància. Això exigeix una crònica dels patrons de vigilància que destaca com la vigilància de grups concrets és amplificada seguint patrons generals de vigilància de tothom.²¹

1. Vigilància general contra vigilància específica de grups

La jurisprudència del TJUE apunta a “deficiències sistemàtiques o generalitzades” que tanmateix “afecten un grup objectivament identificable”.²² De fet, la vigilància pot ser general en societats autoritàries, però la qüestió és si també es pot adreçar a un “grup objectivament identificable” dins un sistema altrament democràtic. Això és d’interès, perquè des d’una perspectiva dels drets humans, a primera vista pot semblar contrari al sentit comú. En general, s’entén que un estat és autoritari o no ho és, i que si ho és, se suposa que farà una aplicació àmplia del seu autoritarisme. És clar que això no exclou que sigui més despòtic amb els dissidents o els opositors, però alguns estats semblen certament cercar de vigilar la seva població *en general*. En canvi, sovint se suposa que els estats democràtics no adopten formes d’interferència si més no il·legals i generalitzades.

Tanmateix, la hipòtesi que ens interessa aquí és que un estat pot ser específicament autoritari envers un grup concret, i aquest és de fet l’escenari històric i més plausible en sistemes altrament democràtics i respectuosos amb la llei. En societats dividides, no és una possibilitat escabellada. Sense anar més lluny, la vigilància de grups concrets està arrelada a moltes societats i fins i tot pot suscitar una anàlisi interseccional que destaca com certes persones tenen una probabilitat més alta de ser-ne objecte.²³ També en societats altrament i generalment autoritàries, la vigilància pot ser especialment estricta i sistemàtica en el cas de certes minories ètniques o nacionals, com el uigurs a Xinjiang.²⁴ La qüestió és que la vigilància té un “impacte desigual” en grups concrets i que, de fet, la tendència dels defensors de les llibertats civils de plantejar la vigilància com una qüestió general de privacitat “que perjudica tothom” i “conculca els drets de la ciutadania en general” origina

21 Mary Anne Franks, *Democratic Surveillance*, 30 *Harc. J. L. & Tech.* 425 (2016).

22 La sentència conté una certa ambigüitat. A vegades, sembla indicar que aquestes deficiències han d’existir i que han d’afectar el grup, però al par. 114, el Tribunal parla de “deficiències sistemàtiques o generalitzades dins el funcionament del sistema judicial de l’estat membre emissor o deficiències que afecten la protecció judicial d’un grup de persones objectivament identificable”, la qual cosa sembla indicar que les deficiències només han de ser sistemàtiques o generalitzades pel que fa a aquest grup. Subratllat per l’autor.

23 Sundquist, vegeu nota 20 a V.

24 Paul Mozur, *One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority*, *The New York Times*, 14.04.2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> (últim accés: 13.12.2023).

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

“arguments universalistes [que] tapen la topografia del poder”.²⁵ A la pràctica, gairebé sempre succeeix que certs grups (dissidents, minories, etc.) són objecte de més vigilància que altres. Sobra dir que això fa aquesta vigilància tan o més problemàtica.

De fet, les democràcies tenen la seva pròpia història de desplegament de vigilància contra grups considerats subversius, encara que en general s’abstinguin de fer servir aquests mètodes de manera més generalitzada. Això podria apuntar si més no a “deficiències sistèmiques o generalitzades” (per exemple, quant a supervisió i solucions), oimés quan aquestes deficiències “afecten” sobretot un grup objectivament identificable. La relació històrica entre les pràctiques de vigilància i la discriminació o, si més no, el control policial desproporcionat de certs grups és forta i ve de lluny.²⁶ A la fi de la dècada de 1960, l’FBI va fer una forta vigilància dels activistes de drets civils negres, inclòs Martin Luther King, dins el COINTELPRO (Programa de Contraespionatge). Això es pot fer fàcilment extensiu a grups racials o ètnics sencers, sobretot en societats que arrossegueu una història i una realitat contínua de discriminació sistèmica. La vigilància ha caracteritzat especialment l’experiència històrica dels afroamericans, des d’informants que avortaven rebel·lions d’esclaus fins la persecució d’“agitadors racials” a partir de l’inici del segle XX.²⁷

Privacitat Internacional recorda que “les minories ètniques corren un risc més gran de vigilància excessiva després de protestes.”²⁸ De fet, en relació amb els Estats Units, s’ha destacat que “la vigilància ha sigut una tàctica governamental per oprimir, intimidar i criminalitzar grups sencers de nord-americans, practicada sovint en nom de la ‘seguretat nacional’”.²⁹ Als darrers anys, això també ha afectat sobretot els musulmans de la zona de Nova York, on la policia (NYPD) “s’ha infiltrat en grups d’estudiants musulmans i ha vigilat empreses, restaurants i organitzacions comunitàries dominades per musulmans, fins al punt de crear equips juvenils de futbol i criquet patrocinats per l’NYPD amb la intenció d’espia els joves que hi jugaven”.³⁰ Aquestes tàctiques s’han fet extensives a moltes ciutats

25 Barton Gellman & Sam Adler-Bell, *The Disparate Impact of Surveillance*, The Century Foundation (21.12.2017), <https://tcf.org/content/report/disparate-impact-surveillance/> (últim accés: 13.12.2023).

26 Dahaba Ali Hussen, ‘Dystopian’ Surveillance ‘Disproportionately Targets Young, Female and Minority Workers’, The Guardian, 26.03.2023, <https://www.theguardian.com/global-development/2023/mar/26/dystopian-surveillance-disproportionately-targets-young-female-minority-workers-ippr-report> (últim accés: 13.12.2023).

27 Mass Surveillance and Black Legal History | ACS, (18.02.2020), <https://www.acslaw.org/expertforum/mass-surveillance-and-black-legal-history/> (últim accés: 13.12.2023).

28 Ethnic minorities at greater risk of oversurveillance after protests | Privacy International, <http://privacyinternational.org/news-analysis/3926/ethnic-minorities-greater-risk-oversurveillance-after-protests> (últim accés: 22.02.2024).

29 October 4 & 2016, *Impact of Government Surveillance on Muslim Americans and Communities of Color* | Friends Committee On National Legislation, Friends Committee on National Legislation, <https://www.fcnl.org/updates/2016-10/impact-government-surveillance-muslim-americans-and-communities-color> (últim accés: 13.12.2023).

30 *Ibid.*

dels Estats Units. El “color de la vigilància”³¹ inclou una munió de comunitats, incloent-hi minories religioses i immigrants. La vigilància és reforçada pel “control policial predictiu”, els algorismes del qual reforcen constantment la idea de grups sospitosos.

A més, el propi fet que aquests grups practiquin la dissidència els converteix en objectiu d’una vigilància específica i renovada. Per tant, hi ha un vincle estret entre minoria ètnica, activisme polític i vigilància. Per exemple, s’ha destacat que “les persones negres i altres persones de color han conviscut durant segles amb pràctiques de vigilància destinades a mantenir una jerarquia racial”.³² En comentar el moviment Black Lives Matter, l’informe indica:

[...] la participació en una protesta comporta una vigilància contínua i injustificada d’alguns manifestants fins molt després d’acabar la protesta, i a més, [...] aquestes activitats de vigilància post-protesta solen afectar sobretot persones negres i altres minories racials. [...] A la pràctica, això constitueix una forma de control policial predictiu que es nodreix del control policial excessiu, en aquest cas d’individus de comunitats minoritàries i ètniques que organitzen protestes o que hi participen.³³

Dit d’altra manera, sovint hi ha una relació entre discriminació generalitzada de grups i vigilància de la comunitat activista dins els grups.

La singularitat de la vigilància en el cas dels líders independentistes catalans deixa poc marge al dubte. Es tracta d’una operació extremament específica. No s’està dient que Espanya vigili la seva població de manera rutinària o massiva. L’operació del programari espia endegada a través de Pegasus i Candiru va afectar unes 65 persones, totes elles amb vincles estrets amb el moviment independentista català, entre les quals hi havia eurodiputats i membres d’entitats de la societat civil com l’Assemblea Nacional Catalana (ANC) i Òmnium Cultural. La naturalesa de les operacions de phishing dutes a terme, sobretot a través d’SMS, indica un alt nivell de voluntat, preparació i determinació.

De fet, un grup de relators especials de l’ONU que s’ha adreçat al govern espanyol en relació amb la vigilància a través de Pegasus ha expressat la seva preocupació especial perquè aquesta actuació contra aquest grup s’adreçava i afectava la “minoria” constituïda pel poble català:

També expressem una preocupació especial pel fet que les persones afectades esmentades anteriorment són totes membres de la minoria del poble català i que

31 Alvaro M. Bedoya, *Privacy as Civil Right*, 50 NML Rec. 301 (2020).

32 Malkia Amala Cyril, *Black America’s State of Surveillance*, Progressive.org, Mar. 2015, <https://progressive.org/%3Fq%3Dnode/188074/> (últim accés: 13.12.2023).

33 Ethnic minorities at greater risk of oversurveillance after protests | Privacy International, vegeu nota 28.

el seu atac sembla estar relacionat amb les seves activitats pacífiques a favor de la minoria catalana. Aquest enfocament específic sembla interferir en el dret dels grups minoritaris d’afirmar i de promoure lliurement la seva identitat, la seva cultura i els seus punts de vista. A més, aquesta orientació selectiva sembla ser un perfil d’una minoria, i aquesta pràctica està prohibida per les normes internacionals i regionals de drets humans.³⁴

En aquest context, val a recordar que el TEDH no exigeix de cap manera que tota una població sigui objecte de vigilància per concloure que s’ha violat el dret a la intimitat de persones concretes. De fet, ha anotat concretament que una de les maneres de provar una possible vigilància (més endavant tornarem a parlar de per què la norma és efectivament la mera possibilitat de vigilància) és que el demandant “formi part d’un grup de persones objecte de la legislació en qüestió”.³⁵

2. La constitució de grups “objectivament” identificables mitjançant la vigilància

Així doncs, la vigilància pot ser aplicable concretament i particular a grups objectivament identificables, però com cal entendre aquest concepte en general? Val a destacar que el concepte de “grup objectivament identificable” és relativament recent dins el context de les ODEs, i de les pròpies paraules no emana un significat evident. La delimitació de grups és des de fa temps un exercici complex a efectes de dret internacional dels drets humans, protecció de minories o dret penal internacional. En el cas de Catalunya, hom es pot preguntar si els catalans en general, els nacionalistes catalans (“el camp independentista”) o les persones concretes atacades pel programari espia complirien els requisits per constituir un grup objectivament identificable.

Cal destacar que el criteri per determinar un grup objectivament identificable no ha de ser especialment estricte. Concretament, el grup podria estar objectivament constituït no pas per algun tret “cultural” inherent, sinó per com és tractat per l’estat. Per exemple, les ONGs de drets humans denuncien repetidament la vigilància de “defensors dels drets humans”, incloent-hi periodistes i membres de la societat civil,³⁶ sense insinuar que aquestes persones formin part d’una minoria directament identificable (a vegades són descrites

34 Mandatos del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías; de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; y del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Ref.: AL ESP 8/2022v, 24 d’octubre de 2022, p. 5.

35 *Roman Zakharov c. Rússia*, demanda 47143/06, sentència, 4 de desembre de 2015, par. 171.

36 Demand an end to the targeted surveillance of Human Rights Defenders, Amnesty International, <https://www.amnesty.org/en/petition/targeted-surveillance-human-rights-defenders/> (últim accés: 20.01.2024).

com a “col·lectius objectiu compromesos en activitats protegides”).³⁷ Existeixen com a grup objectivament identificable, en certa manera pel sol fet de compartir la característica de ser vigilades. En el cas de Catalunya i de la vigilància, el grup són els individus que són objecte de vigilància, i hi ha ben poc a afegir-hi.

Dit això, no sembla irrellevant que el grup objecte de vigilància no sols es defineixi funcionalment per aquesta vigilància (en el sentit que un grup qualsevol de “delinqüents” podria ser definit com a grup objectivament identificable, encara que no mantinguin relacions entre si ni presentin cap tret compartit), però és que també es tracta d’un grup de persones que pertany a una minoria nacional o ètnica, compromès en un seguit d’activitats polítiques comunes. En tot cas, això reforça la idea que el grup és realment un grup i no sols una “categoria” intercanviable. La protecció de les minories és evidentment una figura del dret internacional que ve de lluny i, tot i que possiblement tingui menys pes que durant el període d’entreguerres, s’ha integrat al dret internacional dels drets humans, sobretot en virtut de l’Article 27 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i de la Declaració sobre els drets de les persones pertanyents a minories nacionals o ètniques, religioses i lingüístiques.³⁸ A més, la protecció de minories certament no és aliena al context europeu, amb l’Article 2 del Tractat de Lisboa com a bandera.

Definir minories o grups protegits ha resultat sempre difícil en dret internacional, i els instruments internacionals de drets humans sovint semblen partir de suposicions sobre l’existència d’aquests grups per identificar els drets de membres individuals. Això ha permès que alguns estats neguin amb vehemència que al seu territori hi hagi qualsevol grup objectivament identificable entès si més no com a minoria. Per deixar-ho clar, un cop més, la jurisprudència del TJE com a tal no remet a la necessitat d’argumentar que els activistes catalans constitueixen per exemple una minoria en sentit nacional o ètnic. Em limito a indicar que aquest darrer argument reforça la idea que són un grup objectivament identificable, definit no sols per com són tractats per l’estat, sinó també per tot un seguit de característiques (ètniques, culturals, religioses o lingüístiques) compartides que en poden determinar –en aquest cas, de manera problemàtica– una vigilància intensificada.

Amb el temps, la llei ha evolucionat clarament quant a com defineix l’objectivitat en relació amb la identificació de grups. A nivell més intuïtiu, l’enfocament clàssic és que les minories es defineixen per uns trets ètnics, religiosos o lingüístics que les distingeixen clarament de la resta de la població.³⁹ Per exemple, el Tribunal Permanent de Justícia Internacional va determinar que una minoria és una forma de “comunitat” i que una comunitat és un

37 The Geneva Declaration on Targeted Surveillance & Human Rights, Access Now, <https://www.accessnow.org/press-release/geneva-declaration-on-targeted-surveillance-and-human-rights/> (últim accés: 20.01.2024).

38 Joshua Castellino, *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples in International Law: A Comparative Temporal Analysis*, 17 *International Journal on Minority and Group Rights* 393 (2010).

39 Informe anual de 2019 a l’Assemblea General, A/74/160, par. 53.

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

“grup de persones que viuen en un país o en una localitat determinada, unides per [la seva] identitat de raça, religió, llengua i tradicions”.⁴⁰

Al mateix temps, la tendència ha consistit en destacar la construcció social, en especial les percepcions subjectives, d’aquests grups. El TPJI ja parlava del tret definitori de les minories, definint-les com a “unides per aquesta identitat de raça, religió, llengua i tradicions en un sentiment de solidaritat, amb vista a preservar les seves tradicions, mantenir la seva forma de culte, assegurar la instrucció i pujar els seus fills d’acord amb l’esperit i les tradicions de la seva raça i prestar-se ajut mutu”. Dit d’altra manera, el sentiment de pertinença fa tant o més una minoria que les seves característiques inherents. Per al nostre objectiu, la construcció social mitjançant la identificació de si mateix i entre subjectes continua sent susceptible de validació objectiva (tal com existeix objectivament al procés subjectiu), però no arriba a ser ben bé el mateix que l’objectivitat en el sentit que un grup presenta uns trets inherents irrefutables. L’enfocament passa d’una qualitat intrínseca dels membres del grup a un cert nivell d’identificació pròpia i per altri.

Una evolució paral·lela es fa palesa dins l’àmbit relacionat, si bé força diferent, del dret penal internacional. Pensem, per exemple, en el cas dels tutsis a efectes de la Convenció sobre el Genocidi davant el TPIR.⁴¹ Hi ha un ampli consens que els tutsis no són objectivament una raça i ni tan sols un grup ètnic. Tanmateix, el tractament rebut pels colonitzadors i després per la Ruanda independent ha vingut a equivaldre “com si” fossin una raça o un grup ètnic. En qualsevol cas, és la discriminació patida que ha forjat el seu tret diferencial com a grup. De fet, és per això que el govern ruandès posterior al genocidi ha cercat de prohibir l’“eticisme” com la pròpia ideologia de considerar que els ruandesos són d’ètnies diferents. Dit d’altra manera, és la discriminació ètnica la que crea grups ètnics, i no pas els grups ètnics que creen l’eticisme. A més, la definició dels tutsis com a grup segons la Convenció sobre el Genocidi apunta, a més d’un sentiment de destí compartit, a una certa coincidència de tractament, sobretot a mans de l’estat.

Això significa que, malgrat que la vigilància pugui emanar de l’existència d’un grup de dissidents catalans que s’identifiquin com a tal de manera més o menys difusa, la pròpia vigilància d’aquest grup concret contribueix a crear-lo (un grup de “víctimes” que a més poden compartir lligams comuns). De fet, la pròpia negació de la identitat diferenciada i de

40 “Comunitats” greco-búlgares (1930), TPJI Sèrie B núm. 17, 19.

41 William A. Schabas, *Groups Protected by the Genocide Convention: Conflicting Interpretations from the International Criminal Tribunals for Rwanda*, 6 ILSA J. Int’l & Comp. L. 375 (1999); Carola Lingaas, *Defining the Protected Groups of Genocide through the Case Law of International Courts* (2015), https://www.academia.edu/download/44863281/ICD_Brief_Defining_the_Protected_Groups_of_Genocide.pdf (últim accés: 22.01.2024); Alison Hopkins, *Defining the Protected Groups in the Law of Genocide: Learning from the Experience of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 19 Dalhousie Journal of Legal Studies 2 (2010); Andreas Henriksson, *The Interpretation of the Genocide Convention’s Protected Groups Definition* (2004), <https://lup.lub.lu.se/student-papers/record/1558257/file/1564593.pdf> (últim accés: 22.01.2024).

les agendes polítiques dels grups (per exemple, afroamericans, pobles indígenes, etc.) els ha dut sovint a reivindicar aquesta identitat amb més motiu. Quedi clar que dins el context limitat d'una ODE, aquesta determinació no revesteix en absolut un caràcter tan dramàtic. La qüestió no és si els catalans (per no parlar dels nacionalistes catalans o de determinats líders catalans) són un grup ètnic o fins i tot una minoria pròpia.

Ara bé, sí que és rellevant que la manera com un grup és tractat constitueix molt més els contorns objectivament constatables d'aquest grup que qualsevol tret previ a aquest tractament. Dit d'altra manera, allò que fa un grup objectivament identificable és el seu tractament com a tal, inclosa la manera com això pot marcar l'existència continuada d'aquest grup en la seva interacció amb l'estat. L'esmentat grup pot arribar a no autoidentificar-se sistemàticament com a tal. En aquest context, la vigilància pot no ser l'únic procés mitjançant el qual es constitueixen els grups (que pot incloure, per exemple, formes de persecució més directes), però és presumiblement un acte continu, més sistemàtic i preliminar dins tota persecució. Per exemple, a la Xina, les eines de vigilància digital no sols serveixen per vigilar els uigurs, sinó també per “identificar”-los mitjançant eines de reconeixement facial, sobretot quan viatgen a les grans ciutats de l'est del país.⁴² Tal com destaquen els Principis Internacionals sobre l'Aplicació dels Drets Humans a la Vigilància de les Comunicacions, és important que “no es [pugui] aplicar cap mesura [de vigilància] de tal manera que discrimini per raons de raça, color, sexe, llengua, religió, opinió política o altra, origen nacional o social, propietat, naixement o qualsevol altra condició”.⁴³ Caldria analitzar la vigilància juntament amb altres indicadors de discriminació, com la manca relativa de protecció de llengües minoritàries a Espanya o les campanyes de “denigració” de la minoria catalana i la persecució d'algunes de les seves figures polítiques.⁴⁴

42 Mozur, vegeu nota 24.

43 Electronic Frontier Foundation, *International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance* (2013), <https://www.eff.org/files/necessaryandproportionatefinal.pdf> (últim accés: 09.03.2024)

44 Informe del Relator Especial sobre qüestions de les minories, visita a Espanya, A/HRC/43/47/Add.1, 9 de març de 2020.

IV. La incidència de la vigilància en els drets humans generals, de grups i de l’individu

Així doncs, quina és la transcendència general de la vigilància per avaluar la mena de tractament que un grup objectivament identificable pot esperar rebre dins el sistema judicial? La vigilància ha sigut objecte d’una observació més minuciosa com a mínim des que les revelacions d’Edward Snowden van insinuar que l’Agència de Seguretat Nacional dels Estats Units estava duent a terme un ampli seguiment de les comunicacions a nivell mundial. Això dugué a tot un seguit de respostes que van molt més enllà del cas dels independentistes catalans a Espanya. Per exemple, el Relator Especial de les Nacions Unides sobre la promoció i la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme va presentar un “Compendi de bones pràctiques sobre marcs legals i institucionals i mesures per assegurar el respecte dels drets humans per les agències d’intel·ligència en la lluita contra el terrorisme, inclosa la seva supervisió.”⁴⁵ Posteriorment, el Relator Especial de les Nacions Unides sobre la protecció i la promoció del dret a la llibertat d’opinió i d’expressió i el Relator Especial per la llibertat d’expressió de la Comissió Interamericana de Drets Humans van adoptar una “Declaració conjunta sobre programes de vigilància i el seu impacte en la llibertat d’expressió.”⁴⁶ Aquestes fonts han ajudat a cristal·litzar gradualment una idea clara de l’efecte no desitjat de les mesures de vigilància i del règim estricte que han de complir per ser legals.

1. La vigilància com a violació dels drets humans

Els efectes perniciosos de la vigilància en els drets humans són ben documentats i intuïtivament entenedors. Han sigut palesats per un seguit d’instruments internacionals, que inclouen especialment la Resolució de l’Assemblea General de les Nacions Unides 68/167 sobre el “Dret de privacitat a l’era digital” (18 de desembre de 2013). S’ha destacat especialment el caràcter problemàtic de la “vigilància massiva”, diferent de la situació catalana, si bé hi està relacionada.

⁴⁵ “Compilation of good practices on legal and institutional frameworks and measures that ensure respect for human rights by intelligence agencies while countering terrorism, including on their oversight,” 17 de maig de 2010 (A/HRC/14/46).

⁴⁶ United Nations Special Rapporteur on the Protection and Promotion of the Right to Freedom of Opinion and Expression Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights, Joint Declaration on Surveillance Programs and their Impact on Freedom of Expression, 21 de juny de 2013.

La vigilància massiva, per exemple mitjançant la recollida i retenció sistemàtica de dades de comunicacions, així com a través de CCTV, té una afectació profundament erosiva en el dret a la privacitat, en part perquè la seva justificació, en ser extremament genèrica, també és especialment dèbil i en part a causa del risc de desviar-se d'uns objectius potencialment legítims per decaure en uns d'il·legals. Tal com determinà el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) en el cas Szabó i Vissy c. Hongria, “l’abast de les mesures podria incloure virtualment qualsevol [i] les noves tecnologies permeten al govern d’interceptar fàcilment quantitats massives de dades que fins i tot afecten persones fora de l’abast inicial de l’operació.”⁴⁷

De retruc, les implicacions per als drets són més àmplies i més profundes, bo i comportant possibles violacions de llibertats fonamentals, com les d’expressió i d’opinió. El seu efecte és generalment paralitzador. Tal com apunta l’Alt Comissionat de les Nacions Unides, la vigilància massiva pot, més enllà del dret a la privacitat, afectar la llibertat d’opinió i d’expressió, el dret a cercar, rebre i difondre informació o el dret de reunió pacífica i d’associació i el dret a la vida familiar.⁴⁸ Fins i tot hi ha indicis segons els quals la vigilància massiva com a tal és il·legal. Com indicà al seu moment el Relator Especial sobre la promoció i la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme:

Els estats que duen a terme vigilància massiva fins ara no han sigut capaços de presentar una justificació pública detallada i basada en proves de la seva necessitat [...]. Des de la perspectiva de l’article 17 del Pacte, això s’acosta a l’abolició del dret a la privacitat en general pel que fa a les comunicacions digitals. Per tots aquests motius, la vigilància massiva de continguts digitals i de dades de comunicacions suposa un desafiament seriós d’una norma establerta en dret internacional. [...] La pròpia existència de programes de vigilància massiva constitueix una interferència potencialment desproporcionada en el dret a la privacitat.⁴⁹

Fins i tot s’ha sostingut que el caràcter endèmic i sistemàtic de la vigilància massiva podria arribar a suposar un crim de lesa humanitat.⁵⁰

Catalunya no constitueix un cas de vigilància massiva, sinó un cas de vigilància molt concreta. En qualsevol cas, això fa que sigui encara més problemàtic. Quan s’adreça a grups relativament reduïts, la vigilància té essencialment els mateixos efectes: tots els altres aspectes es mantenen iguals, llevat que aquí presenta una dimensió afegida i encara més

47 Cas Szabó i Vissy c. Hongria (demanda 37138/14), 12 de gener de 2016, par. 89.

48 A/HRC/27/37, par. 24-27.

49 Doc. ONU A/69/397, par. 18.

50 Michael Bohlander, “*The Global Panopticon: Mass Surveillance and Data Privacy Intrusion as a Crime against Humanity?*”, a *Justice Without Borders* 73 (2018).

condemnatòria de persecució d’un grup concret. S’ha destacat especialment, per exemple en dret internacional dels drets humans, l’efecte nefast de la vigilància de defensors dels drets humans com a forma concreta de vigilància específica.

En el cas dels independentistes catalans, els relators especials de les Nacions Unides han destacat especialment que la vigilància sembla:

[...] una interferència en el seu dret a tenir i expressar lliurement els seus punts de vista, a intercanviar i difondre informació i idees, a reunir-se pacíficament i participar en associacions, a tenir vida privada i privacitat en la correspondència i a ser iguals davant la llei i amb dret a la mateixa protecció de la llei i sense cap mena de discriminació.⁵¹

Entre les seves conseqüències més destacades, es troba un efecte paralitzador que duu a l’“autocensura”, amb el consegüent “efecte inhibitori del gaudi del dret a la llibertat d’opinió i d’expressió a Catalunya en general”.

Un àmbit interessant on ha aflorat la qüestió de la vigilància de grups és el dret d’asil. La qüestió, relativament hipotètica en aquest moment, és si la vigilància i la consegüent violació del dret a la intimitat són susceptibles de constituir una forma de persecució en l’accés a l’asil. Segons Liane M. Jarvis Cooper, les violacions de la intimitat poden ajudar a identificar una persecució prèvia o a preveure una persecució futura, però també poden ser “considerades persecució, encara que no estiguin acompanyades per altres danys, amenaces, actes o successos”.⁵² Això és si més no cert si certs “danys per manca de control, per l’efecte paralitzador i per manipulació [són] prou greus en si mateixos per incrementar el nivell de persecució”.⁵³ Tot i que és massa aviat per saber fins on arribarà aquesta tendència, les violacions sistemàtiques del dret a la privacitat tendeixen clarament a ser preses com més va més seriosament com a violacions dels drets humans i, per tant, com a forma de persecució.

2. El règim jurídic de la vigilància

Provar que la vigilància és il·legal és la clau de qualsevol pretensió de desestimar una ODE a causa de deficiències de l’estat sol·licitant. Val a dir que la vigilància no és il·legal en si i que es pot justificar dins una societat democràtica. Tal com indica l’Alt Comissionat de Drets Humans:

51 Mandatos del Relator Especial, vegeu nota 29, p. 5.

52 Liane M. Jarvis Cooper, *Privacy Harms and Persecution*, 31 S. Cal. Interdisc. L.J. 469, 470 (2021).

53 *Ibid.*, 491.

Atès que les tecnologies de comunicacions digitals poden ser i han sigut utilitzades per individus amb objectes criminals (inclosos el reclutament, el finançament i l'encàrrec d'actes terroristes), la vigilància específica legal de les comunicacions digitals pot constituir una mesura necessària i eficaç per als cossos d'intel·ligència i/o policials.⁵⁴

De la mateixa manera, aquest reconeixement bàsic no suposa un xec en blanc per cap mesura de vigilància. El risc és que s'invocarien habitualment unes preocupacions formulades de manera molt àmplia per justificar la interferència en drets d'una manera que va molt més enllà del que es considerava acceptable tot just fa pocs anys. El TEDH i el Consell d'Europa han determinat les circumstàncies que permetrien la vigilància, en essència d'acord amb el règim recollit a l'Article 8 (dret de respectar la vida privada i familiar, el domicili i la correspondència). El principi bàsic és:

No hi pot haver cap interferència per una autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, llevat allò previst per la llei i segons les necessitats dins una societat democràtica en interès de la seguretat nacional, de la seguretat pública o del benestar econòmic del país, per prevenir desordres o crims, per protegir la salut o la moral o per protegir els drets i les llibertats d'altri.

Els Principis Internacionals sobre l'Aplicació dels Drets Humans a la Vigilància de les Comunicacions, signats per més de 400 entitats de la societat civil, també són un bon exemple d'iniciativa de baix cap amunt en matèria de dret tou per donar cos a un règim mundial de vigilància bo i destacant l'aplicabilitat del “dret internacional dels drets humans”. Estableixen que la vigilància sigui prescrita per llei, que persegueixi un objectiu legítim i que sigui “necessària estrictament i demostrada”, adequada i proporcional.⁵⁵ El Comitè de Drets Humans també ha destacat la importància de la interferència en el dret a la privacitat en compliment dels principis de legalitat, proporcionalitat i necessitat.⁵⁶

Val a dir que alguns casos de suposada vigilància han sigut desestimats atès que estaven “manifestament mal fonamentats”, donada l'existència de garanties adequades i eficaces contra l'abús dins les lleis impugnades.⁵⁷ És també el cas de la fase d'examen del fons, en què el Tribunal Europeu s'ha alineat a vegades amb els estats. Per exemple, a *Breyer c. Alemanya*, el Tribunal va sentenciar que les esmenes de la Llei de Telecomunicacions alemanya que exigien a les companyies la recollida i l'emmagatzematge de les dades personals de tots els seus clients, inclosos els usuaris de targetes SIM de prepagament, no suposaven una violació de l'Article 8 per part d'Alemanya. En especial, el Tribunal va

54 A/HRC/27/37, par. 24.

55 International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance.

56 Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth report of the United States of America under the ICCPR, 26 de març de 2014.

57 Vegeu p. ex.: TEDH, *Weber i Saravia c. Alemanya*, 29 de juny de 2006.

remetre al “marge d’apreciació” d’Alemanya en l’exercici de la seva discreció, dictaminant que la mesura era “necessària dins una societat democràtica” i que hi havia garanties adequades.⁵⁸

Dit d’altra manera, la il·legalitat de la vigilància no és una conclusió anticipada, encara que la pràctica sigui objecte de preocupacions legítimes de drets humans. Tot i així, algunes queixes de gran repercussió sobre la interferència il·lícita han dut a sentències que conclouen que els estats en qüestió havien violat les seves obligacions en matèria de drets humans, algunes de les quals es debaten més avall. En el cas de Kennedy, el Tribunal va acabar per concloure que la llei contenia prou garanties per justificar la vigilància.⁵⁹ D’acord amb el redactat de l’Article 8 i amb el seu enfocament general de les limitacions dels drets, el Tribunal ha sentenciat habitualment que la investigació criminal o motius de seguretat nacional poden justificar mesures de vigilància, però ha insistit en un seguit de garanties mínimes per evitar abusos de poder. Tanmateix, hi ha diversos factors que per si sols permeten concloure que s’ha produït una violació del dret a la privacitat.

En primer lloc, qualsevol limitació de l’Article 8 ha d’estar prescrita per llei i la interferència resultant ha de ser “conforme a la llei”. Aquesta llei ha d’indicar amb prou claredat com serà exercida la discreció de les autoritats. Tal com diu el Tribunal:

[...] la previsió en el context especial de les mesures secretes de vigilància, com la intercepció de comunicacions, no pot significar que un individu sigui capaç de preveure quan les autoritats interceptaran possiblement les seves comunicacions, de manera que hi pugui adaptar la seva conducta [...]. Tanmateix, i sobretot si un poder atorgat a les forces policials és exercit en secret, els riscos d’arbitrarietat són evidents [...]. Per tant, és essencial comptar amb normes clares i detallades sobre la intercepció de converses telefòniques, sobretot a mesura que la tecnologia disponible per al seu ús esdevé com més va més sofisticada [...]. La legislació nacional ha de ser prou clara en els seus termes per donar als ciutadans una idea adequada de les circumstàncies i de les condicions en què les autoritats públiques estan facultades a recórrer a qualsevol d’aquestes mesures.⁶⁰

Endemés:

[...] atès que la implantació pràctica de mesures de vigilància secreta de les comunicacions no resta oberta al control pels individus afectats o per la societat en general, seria contrari a l’estat de dret que la discreció legal atorgada a les forces policials o a un jutge s’expressi en forma de poder il·limitat. Per tant, la llei ha de marcar l’abast d’aquesta discreció atorgada a les autoritats competents i la

58 TEDH, *Breyer c. Alemanya*, demanda 50001/12, 30 de gener de 2020.

59 TEDH, *Kennedy c. Regne Unit*, demanda 26839/05, 18 de maig de 2010.

60 Association for European Integration and Human Rights i Ekimzhiev, par. 93.

forma del seu exercici amb prou claredat per assegurar una protecció adequada de l'individu contra una interferència arbitrària [...]”⁶¹

Algunes sentències han arribat a la conclusió que l'Article 8 només ha sigut violat en aquesta primera fase d'anàlisi. Al cas *Liberty i altres c. Regne Unit*, per exemple, el Tribunal va constatar:

La legislació nacional al moment en qüestió [no indicava] amb prou claredat, de manera que protegís adequadament contra abús de poder, l'abast o la manera d'exercir la pròpia discreció àmplia atorgada a l'estat per interceptar i analitzar les comunicacions externes. En especial, no facilitava al públic d'una manera accessible, tal com exigeix la jurisprudència del Tribunal, cap indicatiu sobre el procediment a seguir per seleccionar material interceptat perquè sigui analitzat, compartit, emmagatzemat i destruït.⁶²

Al cas *Ekimdzhiiev i altres c. Bulgària*, el Tribunal també va sentenciar que la llei no complia el requisit de “qualitat de la llei”.⁶³

En segon lloc, la vigilància ha de ser “necessària dins una societat democràtica” i proporcionada per constituir un objectiu legítim. Al cas *Roman Zakharov c. Rússia*, el demandant, redactor en cap d'una editorial, denunciava que el sistema rus d'interceptar les comunicacions de telefonia mòbil no complia els requisits de l'Article 8 de la Convenció. El Tribunal va sentenciar per unanimitat que la llei de vigilància era publicada i accessible, però excessivament àmplia, atès que cobria un seguit de delictes i també afectava persones que no són sospitoses o acusades. A més, la llei no “dona cap indicatiu de les circumstàncies en què les comunicacions poden ser interceptades a causa de successos o d'activitats que posen en perill la seguretat nacional, militar, econòmica o ecològica de Rússia”.

En canvi, atorgava a les autoritats una discreció gairebé il·limitada per determinar quins successos o actes constituïen tal amenaça i si l'amenaça era prou seriosa per justificar una vigilància secreta. Això obria possibilitats per a l'abús. A més, la possible durada de les mesures no oferia prou garanties contra la interferència arbitrària, i el control judicial restava massa limitat. En aquest sentit, el Tribunal va sentenciar que es violava el dret a la intimitat del demandant, atès que el procediment d'autorització segons la legislació russa no era “capaç d'assegurar que les mesures secretes de vigilància no fossin ordenades de manera capriciosa, irregular i sense la deguda consideració”.⁶⁴ Altres casos, especialment aquells relacionats amb la vigilància massiva, han destacat com el poder quasi il·limitat

61 *Association for European Integration and Human Rights i Ekimzhiev*, par. 94.

62 *Cas Liberty i altres c. Regne Unit*, demanda 58243/00, 1 de juliol de 2008.

63 *Cas Ekimdzhiiev i altres c. Bulgària*, 11 de gener de 2022.

64 *Cas Roman Zakharov c. Rússia*, demanda 47143/06, 5 de desembre de 2015.

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

comporta una interferència arbitrària, bo i violant l’estat de dret,⁶⁵ o problemes relacionats amb l’emmagatzematge de dades i els consegüents riscos per a la privacitat.⁶⁶

En el cas de Catalunya, el problema rau en part en què la vigilància s’ha produït al marge de la llei i en part en què es basa en una lectura problemàtica de la llei. Espanya ha adduït que la vigilància d’un mínim de 18 persones comptava amb l’autorització del Tribunal Suprem i que aquests casos poden cridar l’atenció en matèria de drets humans, tot i que val a dir que les ordres judicials mai s’han arribat a publicar. Igualment, això continua deixant molts casos (prop d’una cinquantena) de hackeig relacionat amb Pegasus al marge del marc judicial. A més, no queda clar i és ben poc plausible que aquest ampli hackeig es dugués a terme amb autorització judicial. De fet, la naturalesa indiscriminada del mètode de vigilància –l’ús del programari espia Pegasus– podria apuntar a una operació que no comptava amb un estrict control judicial o que s’havia fet solament amb finalitat d’investigació. Apunta més aviat a una operació policial d’espionatge que no pas dins un marc judicial, possiblement de naturalesa “irrestringida” i, per consegüent, ni necessària ni proporcional.⁶⁷

A més, encara que la vigilància fos exercida dins un marc judicial o si més no jurídic en sentit ampli, podria ser igualment abusiva. Una de les preocupacions en el cas de Catalunya és que, malgrat que la vigilància pugui haver sigut efectivament ordenada judicialment, es basava en acusacions genèriques de “sedició” i “rebellió”,⁶⁸ per si mateixes vagues i antiquades, així com en càrrecs per delictes d’amplíssima definició relacionats amb el “terrorisme”.⁶⁹ Les autoritats espanyoles han adduït repetidament el secret i la seguretat nacional per negar-se a explicar per què es va produir la vigilància, però és certament possible que els polítics i els activistes en fossin objecte, no pas per haver comès delictes, sinó a conseqüència de les seves activitats polítiques. Tampoc hi ajuda que el Tribunal Suprem hagi desestimat les demandes per obtenir accés a les ordres judicials a partir de les quals es dugué suposadament a terme la vigilància.⁷⁰ Les investigacions d’ofici realitzades pel Defensor del Poble espanyol indiquen que es va donar per satisfet amb què es presentés la justificació exigida per autoritzar la vigilància, però no ha revelat en què s’ha basat per

65 *Cas Haščák c. Eslovàquia*, 23 de juny de 2022.

66 *Cas Ekimdzhiev i altres c. Bulgària*, 11 de gener de 2022.

67 John Scott-Railton et al., *Catalangate: Extensive Mercenary Spyware Operation against Catalans Using Pegasus and Candiru*, 2023 24 (2022), <https://joan.domenechmilan.com/wp-content/uploads/2022/04/citizenlab.ca-CatalanGate-Extensive-Mercenary-Spyware-Operation-against-Catalans-Using-Pegasus-and-Candiru.pdf> (últim accés: 18.01.2024).

68 Sentència 459/2019 del 14 d’octubre, dictada per la Sala Penal del Tribunal en la causa especial 20907/2017.

69 Amnistia Internacional, *Tweet... If You Dare. How Counter-Terrorism Law Restrict Freedom of Expression in Spain* (2018).

70 Pieter Omtzigt, *Pegasus and Similar Spyware and Secret State Surveillance*, 41 (2023).

arribar a aquesta conclusió.⁷¹ Malgrat que es pogués produir una autorització judicial en aquests casos, continua sense superar la prova dels drets, per exemple per manca de proporcionalitat.

3. Invocació de vigilància il·legal i de drets humans

La dificultat de demostrar la vigilància és que, per definició, sovint és secreta i els demandants poden tenir poc més que sospites de ser vigilats. Això pot fer que els resulti molt difícil de provar que els seus drets han sigut violats, sobretot en estats que els exigeixen provar la naturalesa exacta de la interferència de la qual han sigut objecte. A Espanya, els denunciants de vigilància il·legal, com els membres d'Òmnium Cultural, han tingut moltes dificultats per demostrar la infecció dels seus telèfons mòbils, especialment perquè la informació d'intel·ligència és classificada. Al mateix temps, el Tribunal no sol permetre la impugnació de lleis en abstracte. Això suposa d'entrada un autèntic impediment per als demandants i una possible situació complicada per a la protecció de drets. En absència de qualsevol prova disponible que Kennedy havia sigut objecte concret de vigilància, el TEDH va sentenciar igualment que pot examinar en general si hi ha hagut una “probabilitat raonable” que les comunicacions fossin interceptades.⁷²

Segons el Tribunal, això atorga a la Convenció el seu “efecte útil”, car altrament, les seves garanties estarien “substancialment debilitades” i les garanties de l'Article 8 es veurien “àmpliament reduïdes a la nul·litat”.⁷³ Tal com indica el Tribunal en el cas de *Klass*:

Per consegüent, el Tribunal admet que, en determinades condicions, un individu pot afirmar ser víctima d'una violació ocasionada per la mera existència de mesures secretes o de legislació que permet mesures secretes, sense haver de demostrar que aquestes mesures li hagin sigut aplicades efectivament. Les condicions rellevants han de ser determinades a cada cas, d'acord amb el dret o amb els drets de la Convenció suposadament violats, el caràcter secret de les mesures objectades i la relació entre el demandant i aquestes mesures.⁷⁴

Això assegura que les mesures de vigilància no esdevinguin pràcticament “incontestables” i fora de tota supervisió nacional o internacional concebible. Per tant, un demandant pot al·legar excepcionalment ser víctima de la mera existència d'un règim de vigilància

71 Antonio M. Díaz-Fernández, *Reining in Pegasus: The Oversight of the Spanish Intelligence Service in the Catalangate*, 1 *Études françaises de renseignement et de cyber* 101 (2023).

72 *Kennedy c. Regne Unit*, demanda 26839/04, 18 de maig de 2010.

73 *Klass i altres c. Alemanya*, par. 34.

74 *Klass i altres c. Alemanya*, par. 34.

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

o d’una legislació que permet aquestes mesures encara que no pugui aportar proves concloents d’haver sigut vigilat personalment sobre aquesta base. A més, i d’acord amb l’Alt Comissionat de l’ONU de Drets Humans, la “càrrega recau en les autoritats que cerquen limitar el dret de demostrar que la limitació està relacionada amb un objectiu legítim”.⁷⁵ El Tribunal prendrà en consideració l’abast de la legislació i si el demandant en pot estar afectat, sobretot considerant si el demandant pertany a un grup en risc d’estar sotmès a tals mesures.⁷⁶

A més, el tribunal valorarà l’existència de recursos a nivell nacional. Si, en general, no n’hi ha disponibles, “no es pot dir que estiguin injustificades la sospita i la preocupació generalitzades entre la societat que s’està produint un abús dels poders de vigilància secreta”. Una mera amenaça de vigilància serà suficient. En canvi, si hi ha recursos jurídics disponibles, serà difícil invocar una sospita generalitzada. De fet, el règim que permet als individus de denunciar violacions dels seus drets de privacitat en abstracte no arriba a modificar la norma habitual d’esgotament dels recursos locals. En el cas *Privacitat Internacional i altres c. Regne Unit*, el Tribunal va sentenciar que no era admissible que diverses ONGs denunciessin el hackeig pels serveis d’intel·ligència britànics perquè l’estat contractant no havia tingut la possibilitat d’abordar o de corregir les violacions denunciades.⁷⁷ Tanmateix, també s’avaluarà l’eficàcia dels recursos quant al fons; per exemple, el fet que els recursos només estiguin a disposició de persones capaces de presentar proves d’haver sigut objecte d’intercepció serà decididament considerat contrari a la seva eficàcia.⁷⁸

4. Vigilància i dret a un judici just

La vigilància pot tenir un efecte particularment perniciosos sobretot en el context judicial, i especialment en relació amb el dret a un judici just, per exemple mitjançant la revelació d’informació protegida. Això és evidentment important en el context concret de l’admissió d’ODEs. El problema principal de la vigilància és que interfereix en la confidencialitat de les comunicacions entre un client i el seu advocat. Tal com diu el TEDH:

El dret d’un acusat de comunicar-se amb el seu representant legal fora de l’abast de tercers forma part dels requisits bàsics d’un judici just dins una societat democràtica i emana de l’Article 6.3.c de la Convenció. Si un advocat no fos capaç de consultar el seu client i de rebre’n informació confidencial sense aquesta

75 AHRC/27/37, par. 23.

76 *Marie Ringler c. Àustria*, demanda 2309/10, 12.05.2020, par. 49.

77 *Privacitat Internacional i altres c. Regne Unit*, 7 de juliol de 2020. Vegeu també *Marie Ringler c. Àustria*, demanda 2309/10, 12.05.2020.

78 *Cas Roman Zakharov c. Rússia*, demanda 47143/06, 5 de desembre de 2015, par. 286-301.

vigilància, la seva assistència perdria bona part de la seva utilitat, mentre la Convenció pretén garantir drets pràctics i eficaços.⁷⁹

És clar que això no vol dir que mai no pugui tenir lloc una vigilància d'un advocat, però sí que s'ha de produir dins el context concret d'unes investigacions judicials de naturalesa penal. Evidentment, l'estatus dels advocats “com a defensors no els eximeix de les responsabilitats i dels deures de tot ciutadà, ni tampoc els ha de protegir del control dels agents de seguretat”.⁸⁰ Però hi ha proves clares que la vigilància ha excedit habitualment els límits de la investigació penal, ni que sigui per la naturalesa indiscriminada i omnipresent de bona part de la vigilància actual, per exemple dins el sensible context penitenciari, així com per la vulnerabilitat de totes les converses digitals.⁸¹

De fet, el problema rau actualment no tant en l'abús del marc penal vigent per a la vigilància, relativament limitat pels procediments, sinó en el seu esquivament per la recollida de dades ordinària i l'espionatge generalitzat. En qualsevol cas, ho han exacerbat els discursos de seguretat nacional que destaquen la importància de prevenir crims. Les filtracions i el pirateig de dades en massa també han incrementat la possibilitat de revelar converses confidencials.⁸² Algunes persones o grups han sigut objecte especial de vigilància en les seves converses amb els seus advocats, sobretot els presos de Guantánamo.⁸³ Els advocats també són com més va més víctimes tant a l'Índia⁸⁴ com a Jordània.⁸⁵ Hauria de preocupar que el programari Pegasus no tingui una manera d'excloure les converses protegides dels activistes catalans amb els seus advocats, per la qual cosa presenta un problema inherent. És molt probable que les converses privilegiades fossin objecte de vigilància.

De fet, l'existència de vigilància massiva i rutinària ha suscitat temors que, a la pràctica, pugui quedar ben poc del privilegi client-advocat, afectant considerablement els advocats

79 S. c. Suïssa, demandes 12629/87 i 13965/88 (28 de novembre de 1991), par. 48.

80 Ronald Goldstock & Steven Chananie, *Criminal Lawyers: The Use of Electronic Surveillance and Search Warrants In the Investigation and Prosecution of Attorneys Suspected of Criminal Wrongdoing*, 136 U. Pa. L. Rec. [1878], 1858 (1987).

81 Jonathan Stribling-Uss, *Legal Cybersecurity in the Digital Age* (2020).

82 Jordan Smith & Micah Lee, *Massive Hack of 70 Million Prisoner Phone Calls Indicates Violations of Attorney-Client Privilege*, *The Intercept* (11.11.2015), <https://archive.ph/MHC2m> (últim accés: 14.12.2023); Paul H. Beach, *Viewing Privilege through a Prism: Attorney-Client Privilege in Light of Bulk Data Collection Note*, 90 *Notre Dame L. Rec.* 1663 (2014).

83 Ian Kysel, *Guantanamo Dispatch: New Revelations of Attorney-Client Surveillance*, *American Civil Liberties Union* (14.06.2013), <https://www.aclu.org/news/national-security/guantanamo-dispatch-new-revelations-attorney-client-surveillance> (últim accés: 14.12.2023).

84 Siddhart Varadarajan, *Supreme Court Registrars, Lawyers of Key Clients, Justice Arun Mishra's Old Number on Pegasus Radar*, *The Wire*, agost 2021, <https://thewire.in/law/supreme-court-registrars-lawyers-of-key-clients-and-old-number-of-an-sc-judge-on-pegasus-radar> (últim accés: 22.02.2024).

85 *Journalists and Lawyers Hacked With Pegasus Spyware in Jordan – Probe*, *Time*, Feb. 2024, <https://time.com/6590855/jordan-pegasus-spyware-hack/> (últim accés: 22.02.2024).

4. Frédéric Mégret, La vigilància i el concepte de “grup de persones objectivament identificable” a la jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu sobre l’Ordre de Detenció Europea

pel que fa a les seves obligacions ètiques envers els seus clients.⁸⁶ Per exemple, la National Association of Criminal Defense Lawyers es queixava a través d’un amicus curiae que “si cada forma de comunicació moderna raonable sembla estar sotmesa a la cerca i a la retenció massives rutinàries pel govern, el dret a consultar un advocat sota la protecció del privilegi advocat-client senzillament desapareix”.⁸⁷ En efecte, en alguns països, els advocats han hagut de recórrer a mètodes extrems per assegurar la confidencialitat de les seves comunicacions, com “el recurs a tecnologies com l’encriptació, ordinadors aïllats d’internet o telèfons ‘cremadors’ d’un sol ús”.⁸⁸ No poder garantir la confidencialitat pot impedir la feina dels advocats i “dificultar molt més la generació de confiança envers els seus clients, i predisposar [...] els clients a parlar menys de manera íntegra i franca, cosa que complica els esforços de dissenyar una estratègia jurídica eficaç”.⁸⁹

Aquesta sensibilitat envers els perills de la vigilància per als drets humans en el context del judici ha suscitat preocupacions especials sobre el règim que autoritza aquesta vigilància. És cert que es pot autoritzar el control de les comunicacions entre advocat i client, però només si és “estrictament necessari” dins una societat democràtica i en circumstàncies especials. En el cas de *Klass i altres c. República Federal d’Alemanya* (6 de setembre de 1978), els demandants eren quatre advocats i un jutge que qüestionaven l’aplicació de la Llei del 13 d’agost de 1968 sobre Restriccions del Secret de Correspondència, Correu i Telecomunicacions (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*), en violació de l’Article 10 de la Llei Fonamental alemanya que garantia el secret com a “inviolable.”

D’acord amb la possibilitat de les limitacions previstes per la Llei Fonamental, la llei permetia d’imposar restriccions per protegir contra “perills imminents” que amenassin “l’ordre constitucional democràtic lliure”, “l’existència o la seguretat de la Federació o d’un Land” o “la seguretat de les forces armades [aliades]” estacionades al territori de la República. A més, aquestes mesures només podien ser adoptades si hi havia indicis concrets (*tatsächliche Anhaltspunkte*) que una persona estava planificant o cometent o havia comès determinats crims tipificats segons el Codi Penal, com delictes contra la pau o la seguretat de l’estat, l’ordre democràtic, la seguretat exterior o la seguretat de les forces

86 Sadikov Ruslan, *Challenges and Opportunities for Legal Practice and the Legal Profession in the Cyber Age*, 1 International Journal of Law and Policy (2023), <https://irshadjournals.com/index.php/ijlp/article/view/59> (últim accés: 14.12.2023).

87 Government Surveillance Undermines Attorney-Client Privilege | Brennan Center for Justice, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/government-surveillance-undermines-attorney-client-privilege> (últim accés: 22.02.2024).

88 Alex Sinha, *How US Government Surveillance Threatens Attorney-Client Privilege* (15.08.2014), <https://www.jurist.org/commentary/2014/08/alex-sinha-attorney-client-privilege/> (últim accés: 14.12.2023). També Peter Micek Stribling-Uss Esq, Jonathan, *Why Encryption Is Vital to Attorney-Client Privilege*, Access Now (11.01.2021), <https://www.accessnow.org/encryption-attorney-client-privilege/> (últim accés: 14.12.2023).

89 Sinha, vegeu nota 88.

armades aliades. A més, només es podia recórrer a aquestes mesures si l'escatiment dels fets mitjançant un mètode diferent no tenia perspectiva de reeixir o resultava considerablement més difícil. Les mesures havien de ser immediatament revocades així que es deixessin de donar les condicions exigides o que les pròpies mesures ja no fossin necessàries.

El Tribunal no va constatar cap violació de l'Article 8 de la Convenció en aquest cas concret a causa de les amenaces a les que estava fent front Alemanya, sobretot d'espionatge i terrorisme a càrrec d'elements subversius, però sí que va destacar que manté un nivell elevat de preocupació per la confidencialitat de les comunicacions entre client i advocat quan aquestes circumstàncies no es donen. Tal com anotà el magistrat Pinto de Albuquerque al cas *Big Brother*:

La legislació nacional hauria d'oferir un règim concret de protecció per a les comunicacions professionals privilegiades de parlamentaris, metges, advocats i periodistes. Atès que la recollida massiva de comunicacions indiscriminada i sense sospita frustraria la protecció de la informació legalment protegida i confidencial, això només pot ser eficaçment garantit mitjançant l'autorització judicial de la intercepció d'aquestes comunicacions en presentar proves que facin sospitar raonablement de l'existència de delictes o conductes greus d'aquests professionals que perjudiquin la seguretat nacional. A més, s'ha de destruir immediatament qualsevol comunicació interceptada per error d'aquestes categories de professionals cobertes pel seu secret professional.⁹⁰

La denúncia actual de la Llei d'Espionatge francesa davant el Tribunal Europeu de Drets Humans insisteix particularment en què la llei està mancada de garanties adequades per protegir el secret de les converses entre advocat i client.⁹¹ Una sentència del Tribunal Constitucional Federal alemany expressa una preocupació semblant.⁹² Aquestes preocupacions són susceptibles de magnificar-se si les persones de qui s'intercepten les converses amb els seus advocats també formen part d'un grup identificable que és objecte de vigilància generalitzada. Efectivament, els programes espia Pegasus i Candiru poden haver atacat, entre altres, els advocats que representaven els líders catalans presos, i els relators especials de l'ONU han denunciat aquest fet concret, apuntant que, si aquesta pràctica es confirma, “constituïria un atac a la independència dels advocats i dels defensors dels drets humans”.⁹³

90 Opinió parcialment concurrent i parcialment discrepant del jutge Pinto de Albuquerque, par. 25.

91 Demanda 49526/15, *Association confraternelle de la presse judiciaire c. França*, 26 d'abril de 2017.

92 Sentència del Tribunal Constitucional Federal alemany de 19 de maig de 2020 (1 BvR 2835/17).

93 Mandatos del Relator Especial, vegeu nota 29.

V. Possibles factors de complicació en valorar l’efecte de la vigilància en els drets humans

En aquest apartat final, repassarem alguns factors de complicació en valorar la incidència de la vigilància en els drets humans.

1. La validesa dubtosa de la vigilància basada en el grup

Una qüestió que sorgeix és si la vigilància d’un grup pot ser mai legal en general. La vigilància de grups pot emanar simplement del fet que molts integrants d’un grup siguin com a tals objecte de vigilància, cosa que, en el seu conjunt, significa que hom pugui dir que un grup està sent vigilat; però també es pot basar en la vigilància del grup com a tal, en què els individus són controlats com a mera conseqüència de formar part del grup. Com més hom parteix d’un model de vigilància individual, més preocupacions pels drets humans es desencadenaran, per exemple per comportar alguna forma de “pesca de dades” exploratòria, i aquestes preocupacions creixeran si un grup és vigilat com a tal, sobretot d’una manera estretament relacionada amb característiques minoritàries concretes.

La vigilància de grups ha sigut causa de preocupació a partir de la idea que “els individus no són objectes aïllats de vigilància”⁹⁴ i que, a la pràctica, la vigilància individual s’entrellaça com més va més amb la vigilància col·lectiva. En alguns casos, la vigilància de grups és, dins el seu caràcter indiscriminat, més propera a la “vigilància massiva”, sobre la qual el TEDH ha expressat el seu major recel. Per exemple, al cas Szabó i Vissy c. Hongria, el Tribunal va sentenciar que “l’ordre es produeix plenament dins l’àmbit de les forces de seguretat i sense cap valoració de necessitat estricta, [...] i donada l’absència de qualsevol mesura correctiva eficaç, i encara menys judicial”, es va produir una violació de l’Article 8.⁹⁵ En canvi, en el cas de Kennedy, precisament perquè la legislació britànica no permetia la “recollida indiscriminada de grans quantitats de comunicacions”, el Tribunal va concloure que no hi havia cap violació de l’Article 8. En qualsevol cas, el Tribunal va insistir en el cas Big Brother que la vigilància massiva ha de ser objecte d’un règim específic amb “garanties integrals”, des de l’adopció de mesures d’intercepció a gran escala fins a la possibilitat de permetre una intercepció concreta, bo i assegurant

94 Kirstie Ball et al., *Regulating Surveillance. The Importance of Principles*, in *Routledge Handbook of Surveillance Studies*, 377 (2012).

95 *Cas Szabó i Vissy c. Hongria* (demanda 37138/14), 12 de gener de 2016, par. 89.

la possibilitat d'una revisió a posteriori, cap de les quals van resultar satisfactòries en aquest cas.⁹⁶

El problema amb la vigilància àmplia per grups com a tipologia a cavall entre les vigilàncies massiva i individualitzada és potencialment triple: primer, pot ser de fet més propera a la vigilància massiva que a la individual, bo i adoptant-ne tots els trets problemàtics i la major preocupació legal; segon, pot indicar un ànim discriminatori pel qual presumiblement només alguns grups són vigilats en un context en què, com hem vist, els grups vulnerables han sigut sovint atacats històricament; i tercer, en confondre el que invariablement és un grup divers d'individus, deixa de distingir entre els membres d'aquests grups i incrementa el risc que una persona caigui accidentalment en la vigilància. Per tant, l'enfocament en la vigilància de grups planteja els límits del model de privacitat individual altrament influent dins un context en què desencadena un seguit molt més ampli de violacions de drets.⁹⁷ És cert que si tots els integrants d'un grup són sospitosos d'haver comès delictes (per exemple, una banda criminal), aleshores poden ser objecte d'intercepcions com a tals en certes circumstàncies. En matèria de seguretat nacional, els grups que ordeixen atemptats terroristes poden ser objecte de vigilància, però aquesta pràctica és molt més dubtosa si els grups no estan involucrats en amenaces violentes contra l'estat.

A més, el recel envers la vigilància de grups augmenta en relació amb certes categories de persones. A França, per exemple, una llei preveu que les comunicacions electròniques de diputats, magistrats, advocats o periodistes en exercici de les seves funcions no poden ser objecte de mesures de vigilància dels serveis d'intel·ligència, excepte si són controlades estretament pel ple de la *Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement*, que s'encarrega, entre altres, del control jurisdiccional del Consell d'Estat per garantir la proporcionalitat d'aquestes mesures.⁹⁸ Al mateix temps, el Consell Constitucional francès es dona per satisfet amb què aquest règim no constitueixi en si mateix “un atac manifestament desproporcionat al dret al respecte de la vida privada, a la inviolabilitat del domicili i al secret de correspondència”.⁹⁹ Tanmateix, la llei és actualment objecte de demanda al Tribunal Europeu de Drets Humans atès que està mancada de sancions adequades i que no és estrictament necessària per preservar les institucions democràtiques.

96 Vegeu també cas *Centrum För Rättvisa c. Suècia* (demanda 35252/08), 25 de maig de 2021.

97 Ball et al., vegeu nota 94 a 378.

98 Article L. 821-7.

99 Conseil constitutionnel, decisió 2015-713-DC de 23 de juliol de 2015. Traducció de l'autor.

2. La (ir)rellevància de les noves tecnologies

Un factor emergent que complica la valoració de les respostes a la vigilància és el fet que la vigilància és com més va més facilitada per els pròpies tecnologies que permeten les comunicacions digitals. En el cas de l’anomenat “CatalanGate”, l’ús del programari espia Pegasus constituïa suposadament el nucli de la vigilància encoberta. Molts dels casos recentment presentats al TEDH corroboren la centralitat d’aquestes noves formes de vigilància que empenyen els límits de la seva realització, així com la incomoditat ocasional dels tribunals internacionals sobre algunes dificultats que planteja. Tal com diu el TEDH:

Mentre les capacitats tecnològiques han incrementat enormement el volum de comunicacions a la internet global, també han proliferat les amenaces a les quals s’enfronten els estats contractants i els seus ciutadans, que inclouen, sense limitar-s’hi, terrorisme global, tràfic de drogues, tràfic de persones i explotació sexual infantil. Moltes d’aquestes amenaces provenen de xarxes internacionals d’actors hostils amb accés a tecnologia cada vegada més sofisticada que els permet de comunicar-se sense ser detectats. L’accés a aquesta tecnologia també permet a actors estatals i no estatals hostils de pertorbar la infraestructura digital i fins i tot el funcionament correcte dels processos democràtics mitjançant atacs cibernètics, una amenaça seriosa a la seguretat nacional que per definició només existeix dins l’àmbit digital i que, com a tal, només pot ser detectada i investigada allí. Per consegüent, el Tribunal ha de realitzar la seva valoració dels règims d’intercepció a gran escala dels estats contractants, una capacitat tecnològica valuosa per identificar noves amenaces dins l’àmbit digital, per al compliment de la Convenció quant a l’existència de garanties contra l’arbitrarietat i l’abús, sobre la base d’informació limitada sobre la manera d’actuar d’aquests règims.¹⁰⁰

Això dugué el Tribunal a reblar que, “per tant, les garanties són fonamentals i tot i així evasives”.¹⁰¹

En principi, en una de les seves primeres sentències sobre la vigilància digital “moderna”, el TEDH va constatar que “és una conseqüència natural de les formes adoptades pel terrorisme actual que els governs recorrin a tecnologies d’avantguarda per evitar aquests atacs, inclosa la vigilància massiva de les comunicacions susceptibles de contenir indicis d’incidències imminents”. Per tant, no hi ha res en principi contrari al fet que els estats adaptin les seves pràctiques de vigilància a l’evolució de les tecnologies; afirmar el contrari seria anar contra la finalitat de la vigilància (legal).

100 Cas *Big Brother Watch i altres c. Regne Unit*, demandes 58170/13, 62322/14 i 24960/15, 25 de maig de 2021, par. 323.

101 *Ibid.*, par. 322.

De la mateixa manera, el Tribunal va sentenciar que ha d’“analitzar la qüestió sobre si el desenvolupament de mètodes de vigilància que comporten la recollida massiva de dades ha sigut acompanyat per un desenvolupament simultani de garanties jurídiques que facin respectar els drets dels ciutadans segons la Convenció”. En efecte, això significaria:

qüestionar l’objecte dels esforços del govern de contenir el terrorisme i de recuperar la confiança ciutadana en la seva capacitat de mantenir la seguretat pública si l’amenaça terrorista fos substituïda paradoxalment per una amenaça percebuda de la intrusió d’un poder executiu sense límits dins l’àmbit privat dels ciutadans mitjançant tècniques i prerrogatives de vigilància descontrolades i d’ampli abast.¹⁰²

El temor que la llei no pugui mantenir el ritme de l’evolució tecnològica és una constant entre els organismes internacionals. Per exemple, l’Oficina del Relator Especial per la llibertat d’expressió de la Comissió Interamericana de Drets Humans ha expressat la seva preocupació perquè “la legislació sobre la recollida d’intel·ligència i d’informació de seguretat nacional ha restat inadequada davant el progrés de les tecnologies, bo i permetent un accés indiscriminat sense precedents a la informació relacionada amb la comunicació entre individus”.¹⁰³

Aquí, una de les preocupacions és que els governs han exigut cada vegada més als proveïdors d’internet, per exemple, l’emmagatzematge i la possible transmissió de metadades de les comunicacions dels seus clients. Aquestes metadades poden ser posteriorment explotades per les forces de seguretat i les agències d’intel·ligència, encara que “les mesures de vigilància que puguin ser necessàries i proporcionades per una finalitat legítima no ho siguin per una altra”. Dit d’altra manera, no es pot suposar directament que la vigilància justificada dins el marc limitat de supòsits per al context de la investigació penal també ho sigui per al treball general d’intel·ligència, malgrat que la manca de “limitacions de l’ús” de les dades a gran escala i la seva transmissió “difumini significativament” la “línia entre la justícia penal i la protecció de la seguretat nacional”.¹⁰⁴

102 Cas *Szabó i Vissy c. Hongria* (demanda 37138/14), 12 de gener de 2016, par. 68.

103 The Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights Calls on the United States to Introduce Strong Reforms to the NSA Telephone Metadata Collection Program, R50/15, 14 de maig de 2015.

104 ACNUDH, The right to privacy in the digital age, A/HRC/27/37, 30 de juny de 2014, par. 27.

3. Vigilància a càrrec o significativament mitjançada per actors privats

Una complicació significativa en molts casos de vigilància és que, de fet, no queda clar que la vigilància sigui el resultat de l’activitat del propi estat. Si més no, pot resultar difícil provar concloentment que l’estat hi hagi estat involucrat a falta de constatar l’existència d’agents estatals involucrats o de grups que actuen en nom de l’estat o amb la seva aquiescència. Podria ser el cas que en la vigilància estigui involucrat un estat estranger o una empresa, a vegades fins i tot de manera exterritorial. De fet, els estats poden arribar a estar prou disposats a externalitzar la vigilància a actors privats amb qui serà difícil de relacionar-los. Per complicar encara més les coses, “fins i tot els grups no estatals sembla que estan desenvolupant capacitats sofisticades de vigilància digital”, possiblement a risc que “la vigilància digital escapi al control governamental”.¹⁰⁵ Tal com destaca Mary Ann Franks, una de les limitacions del “relat dominant de la privacitat” és el seu “enfocament limitat en el govern com a principal amenaça per a la privacitat i font principal de vigilància”, fins i tot quan els poders “formidables” de vigilància del govern “estan ara íntimament lligats al sector privat”.¹⁰⁶ Res d’això hauria d’eximir les empreses de la seva obligació de no participar en la vigilància il·legal i de no ser còmplices de violacions de drets humans.¹⁰⁷

La dificultat d’identificar l’origen de la vigilància pot ser certa en el cas de la vigilància dels independentistes catalans, malgrat que alguns indicis apuntin al marc estatal com el més rellevant. El govern espanyol ha admès trobar-se al darrere de si més no les 18 persones objecte de vigilància legalment sancionada, però això deixa una zona grisa de vigilància adreçada de manera semblant que encara no ha sigut escatida. Aquesta manera de difuminar les línies entre públic i privat ha dificultat més l’atribució de responsabilitats. Tanmateix, un estat pot violar igualment les seves obligacions en matèria de drets humans, inclòs contra un “grup objectivament identificable”, encara que no es pugui provar que hagi participat directament en aquesta vigilància a través dels seus agents. Segons el dret internacional dels drets humans, els estats tenen l’obligació de protegir les persones dins la seva jurisdicció contra les violacions que puguin patir a mans de tercers.¹⁰⁸ En efecte, s’ha constatat amb més freqüència que els estats tenen l’obligació de protegir contra la vigilància transnacional, sobretot en el cas de la diàspora pel seu estat d’origen. Així doncs, raó de més perquè els estats tinguin l’obligació d’aturar la vigilància il·legal que es produeix íntegrament al seu territori.

105 A/HRC/27/37, par. 3.

106 Franks, vegeu nota 21 a 429.

107 Vegeu NSO Group, NSO, Pegasus and Human Rights, document de posició, maig 2022.

108 Siena Anstis, *Regulating Transnational Dissident Cyber Espionage*, 73 *International & Comparative Law Quarterly* 259 (2024).

En qualsevol cas, malgrat que l'informe sobre el “Catalangate” del Citizen Lab no atribuís concloentment l'operació de hackeig a cap govern concret, sí que indica que hi ha sospites fortes que recauen en l'estat espanyol, que certament hauria de tenir coneixement d'aquestes operacions dutes a terme sota els seus auspicis. En alguns casos de vigilància, el TEDH ha destacat la importància dels deures de supervisió. Per exemple, en el cas de Zakharov, el Tribunal mostrava preocupació perquè la legislació russa ni tan sols permet que les autoritats supervisores descobreixin la intercepció feta sense la deguda autorització judicial. El control judicial era massa superficial i consistia bàsicament en una autorització inicial, lliurant a continuació la supervisió a les forces de seguretat en unes condicions molt poc clares. Fins i tot la fiscalia podia fer-hi poc, donada la seva escassa independència, la poca informació que tenia sobre els detalls de la vigilància o la manca de facultat de destruir material interceptat il·legalment. Les preocupacions per la privatització desenfrenada de la vigilància i la tendència dels estats de posar-se en una situació en què no poden “vigilar la vigilància” dugué l'Alta Comissionada de l'ONU de Drets Humans Michelle Bachelet a fer una crida a una “moratòria de la venda i la transferència de tecnologia de vigilància, [...] un règim d'exportació i de control [i] l'impuls de marcs legals que assegurin la privacitat”.¹⁰⁹

109 Comitè d'Affers Legals i Drets Humans, Assemblea Parlamentària, Consell d'Europa. Audiència sobre les implicacions del programari espia Pegasus, ACNUDH, <https://www.ohchr.org/en/statements/2021/09/committee-legal-affairs-and-human-rights-parliamentary-assembly-council-europe> (últim accés: 14.12.2023).

VI. Conclusió

La sentència del Tribunal del 31 de gener de 2023 encara deixa obertes algunes qüestions. Continua centrant-se molt en els termes de la qüestió prejudicial del Tribunal Suprem espanyol, concretament en la qüestió de si el Tribunal és fins i tot competent per enjudiciar i demanar una ODE. Tanmateix, considerant la jurisprudència general del Tribunal sobre excepcions de la “confiança mútua” quan sorgeixen qüestions bàsiques de drets humans, apunta a la possibilitat d’un motiu ampli per denegar l’extradició si hi ha en joc el dret a un judici just a causa de “deficiències sistemàtiques o generalitzades”, sobretot si aquestes deficiències afecten un “grup objectivament identificable”.

En aquest capítol, he apuntat que la vigilància adreçada contra aquest grup que pugui sorgir de “deficiències sistemàtiques o generalitzades” en la supervisió sobretot dels serveis d’intel·ligència possiblement erosioni el dret a un judici just, en especial la confidencialitat de les comunicacions amb advocats. També pot apuntar a un element discriminatori i fins i tot persecutori general, que per si sol pot suscitar dubtes sobre la pròpia possibilitat d’un judici just, tot i que s’hauria de basar en sospites concretes que afectin, per exemple, la independència o la imparcialitat dels jutges.

Ras i curt, els patrons de vigilància de certs grups que també estan estretament relacionats amb certes minories que constitueixen aquests grups pot ser un precedent interessant per a la jurisprudència en evolució del TJE en matèria d’ODEs. Donada la ubiqüitat i el caràcter nefast de la vigilància, això planteja altres qüestions potents sobre la possibilitat de la confiança mútua en el context de les extradicions, fins i tot entre estats altrament democràtics.

Capítol 5

Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

Nico Krisch

Professor de dret internacional i cap del Departament
de Dret Internacional, Graduate Institute of International
and Development Studies, Ginebra.

I. Introducció

En una època de declivi democràtic, els drets polítics es troben especialment amenaçats. Per poder-se mantenir al poder, els governants autoritaris torcen les normes electorals, cerquen d'inhabilitar els candidats de l'oposició i sovint intenten influir en els mitjans de comunicació. Els desafiaments als drets polítics inclouen des de mesures subtils –per exemple, normes sobre el finançament d'organitzacions no governamentals– fins atacs directes, com la prohibició de determinats partits polítics. Els autòcrates contemporanis no solen ordir cops d'estat o abolir eleccions, sinó que canvien les condicions i el funcionament de les eleccions per assegurar-s'hi la victòria.¹

Els grups vulnerables fan front a riscos especials pel que fa als drets polítics. Fins i tot a països nominalment democràtics, s'han enfrontat durant temps a mesures discriminatòries. Les dones van restar marginades a molts països fins ben entrat el segle XX. En un dels feus de la democràcia, als Estats Units, els negres van topat durant molt temps amb obstacles formals o pràctics a la participació efectiva en política i en eleccions. Els grups indígenes han sigut sovint exclosos dels processos polítics, mentre altres minories ètniques, religioses i lingüístiques han maldat durant molt temps per assolir una representació eficaç arreu del món.

Amb aquest rerefons, aquest capítol indaga les formes particulars d'amenaçar els drets polítics de “grups objectivament identificables”. Si el nostre interès se centra en les “deficiències de drets humans que afecten un grup de persones objectivament identificable” –tema d'enfocament d'aquest volum–, els drets polítics mereixen especial atenció, ja que són fonamentals perquè aquests grups puguin fer-se sentir al procés polític, influir en la presa de decisions polítiques i, per consegüent, evitar també la discriminació en altres àmbits. A l'apartat II, el capítol delinearà com aquestes deficiències es reflecteixen en la jurisprudència internacional en drets humans, amb la vista a aclarir els tipus de reptes als quals s'enfronten els grups vulnerables.

A l'apartat III, el capítol tractarà el cas concret del moviment independentista català, bo i fent un repàs dels diferents tipus d'interferències en els drets polítics a les quals s'enfronten els membres del moviment des del referèndum d'independència del 2017. Aquestes interferències inclouen des de limitacions per a celebrar referèndums i la dissolució del Parlament de Catalunya fins a obstacles pràctics a l'expressió política i la inhabilitació de líders polítics. A continuació, l'apartat IV analitzarà aquests reptes des de la perspectiva del dret internacional i europeu dels drets humans, per tal de valorar fins a quin punt podem parlar, en aquest àmbit, de deficiències en matèria de drets humans que

¹ Vegeu Nancy Bermeo, “On Democratic Backsliding” (2016), 27 *Journal of Democracy* 5; Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism” (2018), 85 *University of Chicago Law Review* 545.

afecten el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”. El panorama que es presenta aquí és, en efecte, de violació sistemàtica i discriminatòria dels drets polítics de molts membres del grup, especialment dels seus líders. Per consegüent, no cal contemplar les violacions individuals de manera aïllada, sinó que aquestes haurien de donar peu a un major grau de sospita i de seguiment pel que fa a les restriccions generalitzades imposades als membres del moviment.

II. Drets polítics i grups vulnerables a la jurisprudència internacional

En dret internacional de drets humans, els “drets polítics” s’estructuren en dos grups.² Un afecta els drets polítics en sentit estricte: dret a votar, a presentar-se a eleccions i a ocupar càrrecs públics. Aquests estan relacionats amb les garanties democràtiques bàsiques; en paraules de la Declaració Universal dels Drets Humans, “la voluntat del poble [com a] fonament de l’autoritat de l’Estat” i “eleccions autèntiques, que hauran de fer-se periòdicament per sufragi universal i igual i per vot secret o per altre procediment equivalent que garanteixi la llibertat del vot”. Hi ha variacions en els drets protegits per diferents instruments internacionals: així, per exemple, el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics garanteix el dret de participar en la direcció dels assumptes públics i de tenir accés a les funcions públiques en sentit ampli, mentre el Conveni Europeu de Drets Humans es limita al dret de votar i ser elegit al cos legislatiu. La Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea protegeix els darrers drets en relació amb les eleccions municipals i al Parlament Europeu, un àmbit limitat a causa de la naturalesa particular de la Carta, en fer sobretot referència a les activitats de la pròpia Unió Europea.

Tanmateix, aquests drets centrals només tenen sentit si també son garantits altres drets: drets polítics en un sentit més ampli, que inclouen en especial la llibertat d’opinió i d’expressió, la llibertat de reunió i la llibertat d’associació. Estan protegits de manera similar per instruments internacionals i regionals de drets humans, amb algunes variacions pel que fa a l’àmbit precís de protecció i als requisits per a les limitacions. En la majoria de contextos, tanmateix, aquestes limitacions només són admissibles si compleixen requisits estrictes de necessitat i proporcionalitat, sobretot en relació amb el discurs polític.³ A continuació, ens centrarem en els drets polítics en sentit estricte, si bé també hi contemplarem la llibertat d’expressió i de reunió.

2 Vegeu, en general, Walter Kälin i Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection* (2a ed., Oxford University Press 2019), cap. 17.

3 Vegeu David Banisar, cap. 3 d’aquest volum.

A la jurisprudència dels tribunals i òrgans quasi-judicials internacionals de drets humans, com el Comitè de Drets Humans de l'ONU, les qüestions de drets polítics suposen una part relativament reduïda quantitativament parlant, però els casos en què es plantegen són sovint rellevants. Això es palesa particularment en el context d'un ampli declivi democràtic –a Europa, als EUA i a altres parts del món– en què les violacions dels drets polítics esdevenen indicadors de les grans preocupacions en matèria de processos democràtics. La decisió del Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides del 2022 sobre l'ex (i ara de nou) president del Brasil Lula da Silva n'és potser el millor exemple: el Comitè va concloure que la condemna penal i la posterior exclusió de Lula de les eleccions presidencials del 2018 van ser arbitràries i violaven els seus drets civils i polítics, bo i plantejant qüestions generals sobre el paper de la fiscalia i de la judicatura dins el sistema polític del Brasil.⁴

Mentre la jurisprudència en matèria de drets polítics versa en part sobre problemes que afecten particulars –per exemple, restriccions del dret de vot per processos penals o requisits de residència–,⁵ molts casos tracten problemes sorgits per a grups concrets. Dins la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, una línia de decisions destacada afecta els drets de vot de presoners, un tema que va prendre molta volada amb el cas *Hirst* al Regne Unit.⁶ Per altra banda, un seguit de sentències importants afecta la pèrdua de drets de vot de ciutadans amb discapacitat psíquica, especialment els que es troben sota tutela.⁷

Tanmateix, la jurisprudència més rellevant dins el nostre context afecta els drets polítics de membres de grups concrets que es distingeixen –o són distingits– de la societat majoritària per determinades característiques socials, ètniques, religioses o polítiques. En aquest sentit, molts casos de violacions dels drets polítics davant el Tribunal Europeu de Drets Humans estan relacionats amb el fet de formar part d'un d'aquests grups, tant pel que fa al dret de vot com pel que fa al dret a ser elegit. El cas més destacat en aquest context és *Sejdic i Finci c. Bòsnia i Hercegovina* (2009), en què els ciutadans que no declaraven la seva afiliació a un dels tres pobles constituents de Bòsnia i Hercegovina no podien ser elegits a una cambra parlamentària. El Tribunal ho va considerar una violació del dret a ser elegit, bo i destacant que el marge d'apreciació dels estats membre –habitualment força ampli pel que fa al dret a ser elegit– era molt més restrictiu en el cas de grups concrets:

4 Comitè de Drets Humans de l'ONU (Comitè DH), decisions de 17 de març de 2022, Com. 2841/2016, *Lula da Silva c. Brasil*.

5 Vegeu, p. ex., Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), Sentència d'1 de juliol de 2004, Rec. 36681/97, *Vito Sante Santoro c. Itàlia*; Sentència de 7 de maig de 2013, Rec. 19840/09, *Shindler c. Regne Unit*.

6 TEDH [GC], Sentència de 6 d'octubre de 2005, Rec. 74025/01, *Hirst c. Regne Unit* (núm. 2). Vegeu també TEDH [GC], Sentència de 22 de maig de 2012, Rec. 126/05, *Scoppola c. Itàlia* (núm. 3).

7 Vegeu, p. ex., TEDH, Sentència de 20 de maig de 2010, (Rekurs 38832/06), *Alajos Kiss c. Hongria*.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

“quan una diferència de tractament es basa en la raça, el color o l’ètnia, el concepte de justificació objectiva i raonable ha de ser interpretat de la manera més estricta possible”⁸

Aquest nivell incrementat de seguiment també esdevé visible en casos de sistemes de votació especials per a minories. Per exemple, a *Bakirdzi c. Hongria* (2022), el Tribunal va constatar una violació del dret de vot, juntament amb el dret a no ser discriminat, com a conseqüència d’un sistema de votació a Hongria que limitava els votants de minories registrades a determinats partits, bo i establint un llindar excessivament alt perquè obtinguin un escó.⁹ En canvi, al cas *Die Friesen c. Alemanya* (2016), un llindar mínim per entrar al parlament no era considerat discriminatori atès que situava els partits de les minories al mateix nivell que els altres. Segons el Tribunal, el Conveni Europeu de Drets Humans –fins i tot en conjunció amb la Convenció marc sobre la protecció de les minories nacionals– no conté cap obligació d’emprendre mesures de discriminació positiva a favor de grups minoritaris.¹⁰

Molts casos de violacions de drets individuals també estan vinculats –tot i que de manera menys explícita– a la pertinença a un determinat grup (ètnic, religiós o lingüístic). Això esdevé visible en el cas *Selahattin Demirtas c. Turquia* (núm. 2), jutjat per la Gran Cambra del Tribunal el 2020. El demandant era diputat al parlament turc pel partit pro-kurd HDK i havia sigut detingut per ser suposat membre d’una organització terrorista. El Tribunal va sentenciar que es tractava d’una violació del seu dret a ser elegit, de la seva llibertat d’expressió i del seu dret a un procés just, bo i palesant el vincle estret entre llibertat d’expressió i drets polítics en sentit estricte, i reiterant l’alt llindar que l’estat ha de respectar per sancionar l’expressió dels representants polítics:

“Si bé la llibertat d’expressió de representants del poble no és de naturalesa absoluta, és particularment important protegir les declaracions que fan, sobretot si són membres de l’oposició. En aquest sentit, el Tribunal admet, tanmateix, que hi pot haver límits, particularment per impedir crides directes o indirectes a la violència. Dit això, el Tribunal sempre realitzarà una revisió estricta per comprovar que es continuï assegurant la llibertat d’expressió.”¹¹

8 TEDH [GC], Sentència de 22 de desembre de 2009, Rec. 27996/06 i 34836/06 *Sejdić i Finci c. Bòsnia i Hercegovina*, par. 44.

9 TEDH, Sentència de 10 de novembre de 2022, Rec. 49636/14 i 65678/14, *Bakirdzi c. Hongria*.

10 TEDH, Sentència de 28 de gener de 2016, Rec. 65480/10, *Partei Die Friesen c. Alemanya*.

11 TEDH [GC], Sentència de 22 de desembre de 2020, Rec. 14305/17, *Selahattin Demirtas c. Turquia* (núm. 2), par. 384.

El Tribunal també ha destacat que els tribunals nacionals han de ponderar curosament els interessos en joc i considerar “si els càrrecs tenen fonament polític” per privar els representants electes de llibertat.¹²

Uns principis similars valen per a les restriccions i àdhuc les prohibicions de partits polítics. El Tribunal Europeu de Drets Humans sol tractar-les com a restriccions de la llibertat d'associació, i només després com a restriccions del dret a ser elegit, tot i que tendeix a destacar la imbricació entre ambdues. Només accepta restriccions severes d'un partit si aquest fa servir o cerca mitjans il·legals o violents, o bé si persegueix un programa que té com a objectiu una societat no democràtica. En diversos casos, el Tribunal ha constatat una violació del Conveni quan les autoritats han considerat el programa d'un partit una amenaça a la integritat territorial de l'estat i una crida al separatisme d'un grup de la població. Segons el Tribunal, no hi pot haver cap justificació per restringir el treball d'un grup polític que satisfaci els principis democràtics fonamentals pel sol fet de criticar l'ordre constitucional i jurídic del país i de cercar un debat públic al terreny polític.¹³ Segons el Tribunal,

“forma part de l'essència de la democràcia permetre la proposta i el debat de diversos programes polítics, fins i tot d'aquells que qüestionen la forma com un estat està organitzat, sempre que no perjudiquin la pròpia democràcia”.¹⁴

La jurisprudència del Comitè de Drets Humans de l'ONU és més limitada en termes quantitativus, però segueix essencialment unes línies similars. El dret a la participació política segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP) –que el Comitè té per tasca d'interpretar i de supervisar– és més ampli que dins el Conveni europeu, en part perquè inclou un dret a prendre part en els assumptes públics i perquè el dret de vot i a ser elegit no es limita al cos legislatiu, sinó que també es fa extensiu a altres càrrecs. El Comitè ja va definir les línies mestres d'interpretació el 1996, a la seva Observació General 25.¹⁵

Molts casos presentats al Comitè de Drets Humans afecten mesures preses contra polítics o partits opositors per impedir que desafiiïn les autoritats estatals o càrrecs titulars. A causa de l'abast geogràfic de la seva jurisdicció –que cobreix els 174 estats que són parts signatàries del PIDCP, 116 dels quals per a comunicacions individuals–, els casos presentats engloben un ventall de mètodes repressius molt més ampli que el Tribunal

12 *Ibíd.*, par. 389.

13 TEDH [GC], Sentència de 30 de gener de 1998, Rec. 133/1996/752/951, *Partit Comunista Unit de Turquia i altres c. Turquia*, par. 57.

14 Vegeu TEDH [GC], Sentència de 25 de maig de 1998, Rec. 20/1997/804/1007, *Partit Socialista i altres c. Turquia*, par. 47. Vegeu també TEDH [GC], Sentència de 8 de desembre de 1999, Rec. 23885/94, *Partit de la Llibertat i la Democràcia (ÖZDEP) c. Turquia*, Sentència de 20 d'octubre de 2005, Rec. 59489/00, *Organització Macedònia Unida l'inden - PIRIN i altres c. Bulgària*.

15 Comitè DH, *Observació General 25*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 27 d'agost de 1996.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

Europeu de Drets Humans. N'és un bon exemple el cas de Mohamed Nasheed, ex-president de les Maldives, que va ser forçat a dimitir i a qui es va impedir que es presentés de nou a les eleccions, a conseqüència d'una condemna per terrorisme en un judici ràpid sense garanties adequades, en què el Comitè va concloure que es van violar els drets polítics del demandant.¹⁶ Altres casos recents inclouen la dissolució de partits de l'oposició a Corea del Sud i a Djibouti, entre altres, o l'empresonament de polítics dissidents a Bielorússia.¹⁷

Una particularitat dels drets polítics segons el Pacte parteix del fet que s'entenen com a “relacionats, però diferents del dret d'autodeterminació dels pobles”;¹⁸ el propi dret d'autodeterminació és garantit per l'Article 1 del Pacte. Mentre l'autodeterminació és interpretada com un dret col·lectiu dels “pobles”, els drets polítics segons el Pacte són drets individuals, i només es poden presentar queixes davant el Comitè de Drets Humans sobre la base d'aquests drets individuals. Tanmateix, els dos afecten en general les mateixes qüestions, i la seva estreta relació s'ha fet palesa en casos recents relacionats amb els sami de Finlàndia. En aquest cas, el Comitè els va vincular, bo i sostenint que les sentències judicials en qüestió, que definien l'àmbit de la comunitat sami, afectaven els drets dels demandants “i de la comunitat sami a la qual pertanyen a participar en el procés electoral sobre la institució pretesa per la part estatal per assegurar l'autodeterminació interna efectiva dels membres del poble indígena sami, així com el dret a la seva pròpia llengua i cultura”.¹⁹ Com a qüestió de principi, el Comitè ha remarcat:

“L'Article 27 del Pacte [protecció de minories], interpretat segons la Declaració de les Nacions Unides sobre els drets dels pobles indígenes i l'Article 1 del Pacte, consagra un dret inalienable dels pobles indígenes a determinar lliurement el seu estatus polític i a perseguir lliurement el seu desenvolupament econòmic, social i cultural.”²⁰

Pel que fa als pobles indígenes, el Comitè també ha derivat drets polítics dels membres de comunitats concretes a partir de la protecció de les minories segons el Pacte, llegit en conjunt amb el dret d'autodeterminació, d'abast més aviat col·lectiu, i de la Declaració de l'ONU. En aquest sentit, ha constatat que “és d'importància vital que les mesures que

16 Comitè DH, decisions de 4 de maig de 2018, Com. 2270/2013 i 2851/2016, *Nasheed c. Maldives*.

17 Vegeu, p. ex., Comitè DH, decisions de 17 de juny de 2021, Com. 2809/2016, *Lee i altres v. Corea*; decisions de 4 de novembre de 2020, Com. 3593/2019, *Farah c. Djibouti*; decisions de 26 d'octubre de 2021, Com. 2619/2015, *Adamovich c. Bielorússia*. Des d'aleshores, Bielorússia ha retirat la seva acceptació de comunicacions individuals.

18 Observació General 25, nota 14, par. 2.

19 Comitè DH, decisions de 2 de novembre de 2018, Com. 2950/2017, *Klemetti Käkkäläjärvi et al. c. Finlàndia*, 2018, par. 9.11. Vegeu també Comitè DH, decisions d'1 de novembre de 2018, Com. 2668/2015, *Sanila-Aikio c. Finlàndia*.

20 *Klemetti Käkkäläjärvi et al. c. Finlàndia*, ibíd., par. 9.8; *Sanila-Aikio c. Finlàndia*, ibíd., par. 6.8.

comprometen o interfereixen en les activitats econòmiques culturalment significatives d’una comunitat indígena siguin preses amb el consentiment lliure, previ i informat dels membres de la comunitat”.²¹

En conjunt, i malgrat les diferències en els detalls, la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans i del Comitè de Drets Humans de l’ONU han dotat de molta concreció els drets polítics protegits pel dret internacional dels drets humans, i també han esdevingut com més va més sensibles a la varietat de possibles amenaces –tant formals com informals– per aquests drets. També han mostrat una major disposició a fer un seguiment més estricte de casos en què les restriccions dels drets polítics semblen adreçar-se de manera discriminatòria a determinats grups religiosos, lingüístics o ètnics. En general, aquests òrgans internacionals han parat especial atenció a casos que afecten l’oposició política i a mesures empreses per limitar-ne la capacitat d’operar eficaçment, també en conjunció amb interferències en la llibertat d’expressió, de reunió o d’associació.

III. Restriccions de drets polítics i el moviment independentista català

En el context del moviment independentista català, els drets polítics han patit una forta pressió política a conseqüència dels esforços de l’estat espanyol per impedir un referèndum d’independència. Si bé els estats potser no estan generalment obligats a permetre referèndums sobre qüestions d’interès públic, hom podria dir que aquesta obligació emana del dret de participació política, llegit juntament amb el dret d’autodeterminació dels pobles quan aquest hi està involucrat.²² Tanmateix, en el context català, a la darrera dècada ha sorgit una munió d’altres aspectes en matèria de drets polítics. Tot i que no arriben a la prohibició formal de partits polítics, en el seu conjunt, s’hi acosten. A la fi de 2017, la vice-presidenta del govern espanyol va proclamar que l’objectiu del govern era “escapçar”

21 Comitè DH, decisions de 21 de setembre de 2022, Com. 2552/2015, *Pereira i els altres membres de la comunitat indígena de Campo Agua’ẽ c. Paraguai*, par. 8.7. Vegeu també Comitè DH, decisions de 27 de març de 2009, Com. 1457/06, *Poma Poma c Perú*.

22 Per un repàs del debat, vegeu Daniel Moeckli i Nils Reimann, “Independence Referendums in International Law”, *Research Handbook on Secession* (Edward Elgar Publishing 2022).

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

i “liquidar” el moviment independentista català,²³ i la multitud de mesures repressives endegades per l'estat espanyol van imposar, en efecte, severes restriccions en la capacitat d'individus, de partits polítics i d'associacions de la societat civil per fer activisme polític per la independència de Catalunya.²⁴

A continuació, presentaré en primer lloc un repàs de les diferents restriccions dels drets polítics, abans de passar, a l'apartat següent, a valorar aquests drets segons el dret internacional dels drets humans. Per motius d'espai, em centraré en els fets més importants que van succeir després del referèndum d'independència de l'1 d'octubre de 2017.²⁵ No entraré en qüestions de vigilància, que també afecten l'exercici dels drets polítics, atès que són objecte d'una anàlisi detallada en un altre capítol d'aquest volum.²⁶

1. Dissolució del Parlament de Catalunya

El 27 d'octubre de 2017, el govern espanyol va aplicar –amb l'aprovació del Senat– l'Article 155 de la Constitució espanyola en resposta a la declaració d'independència de Catalunya i va dissoldre el Parlament de Catalunya. L'Article 155 disposa que, en casos en què “una Comunitat Autònoma no complia les obligacions que la Constitució [...] li [imposa], o actuava de forma que atemptés greument contra l'interès general d'Espanya, el Govern [...] podrà adoptar les mesures necessàries per tal d'obligar-la al compliment forçós de les dites obligacions o per tal de protegir l'interès general esmentat”.²⁷ El govern va interpretar la disposició en el sentit que li permetia d'assumir les competències de la Generalitat i dissoldre el Parlament; aquesta interpretació fou ratificada més tard pel Tribunal Constitucional espanyol.²⁸ Amb aquesta dissolució, el govern va interferir en el dret de vot i en el dret de ser elegit al Parlament de Catalunya, atès que va anul·lar el resultat de les eleccions.

23 “Sáenz de Santamaría dice que Rajoy ha dejado a ERC y JxCat ‘descabezados’”, *El País*, 16 de desembre de 2017.

24 Per un repàs dels fets i de les mesures repressives, vegeu Torbisco Casals, cap. 1 d'aquest volum.

25 Per una anàlisi dels esdeveniments previs, sobretot la consulta de 2014, vegeu Jean-Paul Costa et al., “Judicial Controls in the Context of the 1 October Referendum” (2017), <https://www.parlament.cat/document/intrade/263211>.

26 Vegeu Mégret, cap. 4 d'aquest volum.

27 Constitució espanyola, Article 155: “1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.”

28 Tribunal Constitucional, Sentència de 2 de juliol de 2019, STC 89/2019.

2. Obstacles a les candidatures al Parlament de Catalunya

L'octubre i el novembre de 2017, poc després del referèndum i de la declaració d'independència, diversos polítics i líders de la societat civil van ser acusats de rebel·lió i detinguts en presó preventiva. Després de convocar noves eleccions al Parlament de Catalunya per la fi de desembre de 2017, alguns dels detinguts van anunciar la seva candidatura i van provar de fer campanya per la seva elecció o reelecció. Tanmateix, les seves sol·licituds per sortir de la presó per poder participar en mítings van ser denegades, i fins i tot se'ls va refusar la possibilitat de participar en campanya a través de mitjans en línia, a causa d'un suposat risc de seguretat, sobretot de reincidir en els delictes de què eren acusats. Aquestes decisions de les autoritats penitenciàries van ser confirmades pels tribunals competents²⁹ i van constituir una interferència en el dret de ser elegit.

3. Obstacles a l'elecció a la presidència de la Generalitat

Després de les eleccions, guanyades pels partits independentistes, el Parlament de Catalunya constituït de nou assistí a diversos intents d'elegir el president de la Generalitat, avortats per mesures preses per diferents òrgans de l'estat espanyol.

Primer, a petició del govern espanyol, el Tribunal Constitucional va prohibir al Parlament de celebrar una sessió per reelegir Carles Puigdemont, que havia sigut president abans de ser destituït quan el govern va assumir l'administració directa a la fi d'octubre de 2017. Tal com altres membres del govern català, havia marxat a l'exili a Brussel·les (Bèlgica), en ser acusat de rebel·lió, bo i enfrontant-se a una detenció imminent si tornava a Espanya. El Tribunal Constitucional va prohibir la sessió parlamentària en què anava a ser elegit, argumentant que aquesta elecció exigia la presència física del candidat, encara que aquest requisit no constés explícitament a l'Estatut d'Autonomia ni al reglament del Parlament.³⁰

L'elecció del següent candidat presentat per la majoria parlamentària, Jordi Sànchez, també va ser impossibilitada per les autoritats espanyoles. Sànchez, ex-líder de l'ONG Assemblea Nacional Catalana, havia sigut detingut l'octubre de 2017 pel seu paper en una manifestació independentista i es trobava en presó preventiva. La seva sol·licitud per poder sortir de la presó i assistir a la sessió parlamentària d'investidura –per complir amb el requisit de presència física establert pel Tribunal Constitucional– va ser denegada per les

29 P. ex., Tribunal Suprem, Ordre de 15 de febrer de 2018, Causa especial 20907/2017.

30 Tribunal Constitucional, Ordre 5/2018 de 27 de gener de 2018. Vegeu Sam Jones i Stephen Burgen, “Catalan parliament delays vote on leader but backs Puigdemont”, *The Guardian*, 30 de gener de 2018.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

autoritats penitenciàries, denegació confirmada pels tribunals competents.³¹ La situació ni tan sols va canviar després que el Comitè de Drets Humans de l'ONU reclamés mesures cautelars, exigint que Espanya respectés els drets polítics del sol·licitant d'acord amb el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics.³²

També es va avortar un tercer intent d'elegir un president de la Generalitat. Jordi Turull, ex-conseller de la Generalitat, es trobava entre els detinguts després de la declaració d'independència, però havia sigut alliberat al principi de desembre de 2017. A mitjan març 2018, quan va quedar clar que ni Puigdemont ni Sánchez podrien ser elegits, va ser presentat com a candidat. A la primera votació, el 22 de març, no va assolir per poc la majoria necessària; la segona ronda estava prevista per al dia 24. Tanmateix, el jutge instructor del Tribunal Suprem espanyol va citar-lo a comparèixer el 23 de març, on va ser detingut en presó preventiva.³³ Tal com havia passat amb Sánchez, això li impossibilitava de ser físicament present a la següent sessió parlamentària, per la qual cosa la seva candidatura també va fracassar.³⁴

En tots tres casos, les mesures de les institucions espanyoles van constituir una interferència greu en el dret dels candidats a participar en la direcció dels assumptes públics, tal com ho garanteix l'Article 25a del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics.

4. Suspensió de diputats del Parlament

El març de 2018, el jutge instructor del Tribunal Suprem va decidir imputar formalment tretze acusats per rebel·lió i altres delictes, entre ex-consellers de la Generalitat i activistes de la societat civil. D'acord amb això, el juliol de 2018 també va ordenar al Parlament de Catalunya que suspengués del seu càrrec els sis acusats que n'eren diputats.³⁵ Aquesta suspensió era prevista per la Llei d'enjudiciament criminal com a conseqüència automàtica d'una imputació per rebel·lió en casos en què l'acusació formal pel delictes de

31 Tribunal Suprem, Ordre de 9 de març de 2018, Causa especial 20907/2017. Vegeu Sam Jones, “Catalan leader cannot leave jail to attend debate, court rules”, *The Guardian*, 9 de març de 2018.

32 Comitè de Drets Humans, decisió de 23 de març de 2018, Com. 3160/2018, *Jordi Sánchez c. Espanya*. Les mesures cautelars són considerades majoritàriament irrellevants a la següent ordre del jutge instructor: Tribunal Suprem, Ordre de 12 d'abril de 2018, Causa especial 20907/2017.

33 Tribunal Suprem, Ordre de 23 de març de 2018, Causa especial 20907/2017.

34 Vegeu Sam Jones, “Spanish court remands Catalan presidential candidate in custody”, *The Guardian*, 23 de març de 2018.

35 Tribunal Suprem, Ordre de 9 de juliol de 2018, Causa especial 20907/2017.

rebel·lió comportava presó preventiva de l'acusat.³⁶ Per consegüent, els acusats afectats eren suspesos del seu càrrec, una interferència en el seu dret de ser elegits (que inclou l'exercici del càrrec pel qual han sigut elegits) i en els drets dels votants que els van elegir.

5. Obstacles a l'exercici del càrrec de diputats al Parlament Europeu

Diversos ex-membres de la Generalitat es van presentar a les eleccions al Parlament Europeu el maig de 2019, entre ells l'ex-president Puigdemont, l'ex-vice-president Junqueras i dos ex-consellers, Antoni Comín i Clara Ponsatí. Van ser elegits per vot popular, però la Junta Electoral es va negar a inscriure'ls a la llista de candidats electes en no haver comparegut davant la Junta per prestar jurament a la Constitució espanyola.³⁷ Aquesta compareixença era impossible en el cas de Junqueras perquè continuava en presó preventiva; i també ho era en els casos de Puigdemont i Comín –ambdós a l'exili– perquè haurien sigut detinguts en entrar en territori espanyol. Tanmateix, el Parlament Europeu els va tractar com a diputats des del moment de la seva elecció, amb Puigdemont i Comín participant al seu treball. Tanmateix, a Junqueras li fou denegat un permís per sortir de la presó per assistir a les sessions parlamentàries.³⁸ L'octubre de 2019, el Tribunal Suprem espanyol va condemnar Junqueras a tretze anys de presó i el va inhabilitar durant el mateix període, impedit-li d'assumir el seu escó al Parlament Europeu.³⁹

Pel que fa a Puigdemont i Comín, el jutge instructor va sol·licitar el gener de 2020 al Parlament Europeu que en suspengués la immunitat perquè poguessin ser jutjats per tribunals espanyols. El març de 2021, el Parlament va accedir a la sol·licitud.⁴⁰ El recurs contra la decisió del Parlament va ser rebutjat pel Tribunal General de la Unió Europea el juliol de 2023,⁴¹ l'apel·lació encara està pendent de resolució pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

36 Llei d'enjudiciament criminal espanyola, Article 384 bis: “Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.”

37 Anabel Díez i Javier Casqueiro, “La Junta Electoral confirma que Puigdemont, Junqueras y Comín no pueden ser eurodiputados”, *El País*, 21 de juny de 2019.

38 Sam Jones, “Spanish court blocks jailed Catalan leader from joining EU parliament”, *The Guardian*, 14 de juny de 2019.

39 Tribunal Suprem, Sentència 459/2019 de 14 d'octubre de 2019.

40 Parlament Europeu, Decisió de 9 de març de 2021, 2020/2024(IMM).

41 Tribunal General de la Unió Europea, Sentències de 5 de juliol de 2023, Casos T-115/20 i T-272/21, *Puigdemont i Casamajó i altres c. Parlament Europeu*.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

En aquests diferents aspectes, l'actuació de la Junta Electoral espanyola i del Tribunal Suprem –a més del Parlament Europeu en suspendre la immunitat– van interferir en el dret de ser elegits, que inclou l'exercici del càrrec parlamentari un cop electes. Tal com ha aclarit el Tribunal Europeu de Drets Humans, la garantia del dret de vot i de ser elegit segons el Conveni Europeu de Drets Humans es fa extensiva al Parlament Europeu, atès que compleix funcions legislatives, d'acord amb les disposicions de l'Article 3 del Protocol Núm. 1 del Conveni.⁴²

6. Inhabilitacions relacionades amb el referèndum

Amb la sentència penal d'octubre de 2019, el Tribunal Suprem espanyol va condemnar dotze polítics i activistes de la societat civil catalana a penes de fins a tretze anys de presó, onze dels quals també van ser inhabilitats per exercir càrrecs públics durant un període comprès entre un i tretze anys.⁴³ Les sentències es basaven en els delictes de sedició, malversació de fons públics i desobediència. En tots casos, els delictes imputats es basaven en la participació dels acusats en la campanya i l'organització del referèndum d'independència i en l'intent d'assolir la independència de Catalunya. El tribunal va considerar que el desenvolupament i l'execució conjunts d'un pla per crear pressió pública per la independència, bo i efectuant un canvi de l'ordre constitucional espanyol, constituïa sedició. També va considerar desobediència el fet que els càrrecs públics acusats prosseguissin la seva participació en el referèndum malgrat que hagués sigut declarat il·legal pel Tribunal Constitucional. I va considerar malversació de fons públics les despeses originades per l'organització del referèndum, malgrat que els fons utilitzats per aquest objectiu tinguessin –en la seva totalitat o, si més no, majoritàriament– un origen privat. Aquestes sentències van interferir en els drets de les persones condemnades de forma diversa: des del dret de llibertat personal al dret de llibertat d'expressió, d'associació i de reunió pel que fa als actes que fonamenten la condemna. A més, les inhabilitacions també van constituir una interferència en els drets polítics dels afectats, atès que els impossibilitava de presentar-se a eleccions durant un període de temps considerable.

Les inhabilitacions no van ser incloses a l'indult concedit pel govern espanyol el 2021 a nou líders independentistes, car només afectaven les penes de presó –després de més de tres anys de detenció–, però no les altres mesures punitives.⁴⁴ De la mateixa manera, la revisió del Codi Penal espanyol, que eliminava el delictes de sedició (però en canvi incrementava les penes per altres delictes contra l'ordre públic), només afectava algunes

42 TEDH, Sentència de 18 de febrer de 1999, Rec. 24833/94, *Matthews c. Regne Unit*, par. 44.

43 Tribunal Suprem, vegeu nota 35.

44 La Moncloa, “Concesión de indultos a condenados en el juicio del procés”, 22 de juny de 2021, accessible a <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220621-enlace-indultos.aspx>

de les restriccions dels drets polítics.⁴⁵ Per a quatre líders independentistes, el Tribunal Suprem espanyol va confirmar la sentència per suposada malversació de fons públics i va mantenir la inhabilitació en la seva durada original, impedit que alguns d'ells es tornin a presentar a eleccions fins el 2031.⁴⁶

7. Inhabilitació per actuacions en campanya electoral

El desembre de 2019, l'aleshores president de la Generalitat, Quim Torra, va ser inhabilitat per desobediència, en un context diferent, per una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. Es va mantenir al càrrec fins el setembre de 2020, quan el Tribunal Suprem espanyol va desestimar el seu recurs.⁴⁷ Aquesta inhabilitació de 18 mesos va tenir l'origen en la negativa de Torra a retirar símbols d'edificis de la Generalitat que suposadament violaven la deguda neutralitat de l'administració pública en campanya electoral, tal com li ho havia ordenat la Junta Electoral Central espanyola abans de les eleccions legislatives d'abril de 2019. Entre aquests símbols hi havia estelades, la bandera independentista catalana, i grans llaços grocs i pancartes que reivindicaven l'alliberament dels líders independentistes catalans com a presos polítics. Els tribunals van refusar l'argument de Torra que aquests símbols no violaven la neutralitat en limitar-se a fer una crida a respectar els drets humans.

Aquesta inhabilitació va interferir en el dret de Torra a ser elegit i a participar en els assumptes públics, així com en el seu dret de llibertat d'expressió.

8. L'efecte de la llei d'amnistia de 2023

En cas d'aprovar-se, la llei d'amnistia presentada el novembre de 2023 al Congrés de Diputats espanyol suprimirà la responsabilitat penal pels actes esmentats. A diferència dels indults i de la revisió del Codi Penal, no sols afectarà les condemnes de presó o les multes, sinó també les inhabilitacions. Tanmateix, la llei d'amnistia tindrà vigor al futur,

45 Llei orgànica 14/2022, 22 de desembre de 2022, *Boletín Oficial del Estado* 2022, Apartat I, p. 179570.

46 Tribunal Suprem, Ordre 20107/2023 de 13 de febrer de 2023.

47 Tribunal Suprem, Sentència de 28 de setembre de 2020, Recurs de cassació 203/2020.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

però no podrà reparar el dany greu infligit en els drets polítics al passat, ni tampoc preveu indemnitzacions o altres formes de reparació per violacions passades.⁴⁸

IV. Violació dels drets polítics en el cas català: valoració i jurisprudència

En el seu conjunt, les restriccions imposades per l'estat espanyol en resposta al referèndum d'independència de Catalunya constitueixen una interferència massiva en els drets polítics. Entre elles es troba la dissolució del Parlament de Catalunya, la supressió de la Generalitat de Catalunya, l'impediment de l'elecció dels tres candidats a la presidència de la Generalitat, la inhabilitació d'un altre president de la Generalitat, la inhabilitació de bona part de la cúpula política catalana durant una dècada o més, així com una interferència greu en la possibilitat dels candidats catalans a presentar-se i exercir el càrrec al Parlament Europeu. Com veurem, la justificació principal –el suposat atac a l'ordre constitucional espanyol– és insuficient per justificar aquestes interferències segons el dret internacional dels drets humans. Això també es reflecteix en tot un seguit de decisions d'òrgans internacionals de drets humans, així com de tribunals d'altres països europeus.

1. El fracàs de la justificació principal

Segons el Comitè de Drets Humans de l'ONU, l'exercici dels drets polítics segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics “no pot ser suspès o exclòs excepte per motius establerts per les lleis que siguin objectius i raonables i que incloguin procediments justos”.⁴⁹ La justificació de les restriccions dels drets segons l'Article 25 –sobretot els drets a prendre part en assumptes públics, a votar i a ser elegit– ha de ser especialment sòlida

⁴⁸ En el moment d'escriure aquest capítol, la llei d'amnistia ha sigut aprovada pel Congrés de Diputats i resta pendent de debat al Senat. Vegeu Congreso de los Diputados, “El Pleno aprueba la Ley Orgánica de amnistía para la normalización política, social e institucional en Cataluña y la remite al Senado”, 14 de març de 2024, accessible a https://www.congreso.es/es/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view¬asprensa_mvcPath=detalle¬asprensa_notaid=46509

⁴⁹ Vegeu Observació General 25, nota 14, par. 15; i Comitè de Drets Humans, Comunicació 2155/2012, *Paksas c. Lituània*, decisions de 25 de març de 2014, par. 8.3.

si les restriccions afecten directament els guanyadors d’unes eleccions, bo i distorsionant la “lliure expressió de la voluntat dels electors” protegida pel Pacte. Les restriccions són especialment sospitoses si, més enllà d’un representant individual, s’adrecen al lideratge de grups polítics com a tal.

El Conveni Europeu de Drets Humans planteja requisits semblants per restringir els drets polítics sota la seva protecció. La disposició rellevant del Conveni –Article 3 del Protocol Núm. 1– no esmenta la possibilitat de restriccions, però el Tribunal Europeu de Drets Humans ha reconegut que els drets polítics estan sotmesos a “limitacions implícites”,⁵⁰ En examinar el compliment de l’Article 3, el Tribunal s’ha centrat principalment en dos criteris: si hi ha hagut arbitrarietat o manca de proporcionalitat, i si la restricció ha interferit en la lliure expressió de l’opinió de la població. Quant a l’aspecte passiu –el dret a ser elegit–, el Tribunal ha conclòs que els estats gaudeixen d’un marge d’apreciació més ampli que en l’aspecte actiu, el dret de vot.⁵¹ Tanmateix, com ja s’ha esmentat a l’apartat II, també és d’aplicació la prohibició de discriminació segons l’Article 14 del Conveni. Encara que el marge d’apreciació atorgat als estats pel que fa al dret a ser elegit sol ser ampli, quan una diferència de tractament es basa en la raça, el color o l’ètnia, el concepte de justificació objectiva i raonable ha de ser interpretat de la manera més estricta possible.⁵²

Per part de les institucions estatals espanyoles, i especialment dels tribunals, la justificació principal de la restricció dels drets polítics –així com de la criminalització de l’activisme independentista en general– ha sigut l’amenaça a l’ordre públic sorgit del moviment independentista català. En decisions anteriors –i també en aquelles que van dur a la inhabilitació descrites al punt III.4–, les manifestacions i els actes de desobediència civil generalment pacífics abans, durant i després del referèndum d’independència van ser qualificats com a actes de “rebellió”. Hom considerava que l’element de violència, necessari per aquesta qualificació, consistia en la pressió exercida sobre les autoritats públiques a conseqüència de la mobilització pública i també (de manera prou paradoxal) en la violència emprada per les autoritats estatals per dominar la desobediència civil.⁵³ En decisions posteriors, el Tribunal Suprem va abandonar aquest enfocament, passant a dictar condemnes en virtut del delicte de sedició, bo i considerant la mobilització al voltant del referèndum un “alçament públic i tumultuós”. Per això, segons argumentava, no calia violència o força com a tal, sinó que n’hi havia prou amb actuacions “fora de les vies legals”, actuacions que es van trobar en la resistència (pacífica) per una multitud a l’execució d’ordres judicials per part de la policia, com els escorcolls de conselleries de la Generalitat

50 Vegeu William Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (Oxford University Press 2015), 1023–1026.

51 Vegeu TEDH, Sentència de 30 de juny de 2009, Rec. 35579/03, 35613/03, 35626/03 i 35634/03, *Etxebarria i altres v. Espanya*, par. 50.

52 Vegeu nota 7.

53 Tribunal Suprem, vegeu nota 31.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

o l'impediment del referèndum, amb l'objectiu d'obstaculitzar el funcionament normal de les institucions i l'execució de lleis i decisions estatals.⁵⁴

Si la mobilització de la gent mitjançant manifestacions i actes de desobediència civil amb l'objectiu de pressionar l'estat per efectuar un canvi constitucional –argument en el qual es basen els tribunals espanyols– fos prou per restringir greument els drets polítics, els governs podrien buidar-ne completament les garanties, bo i apuntant a tots els grups que cerquin un canvi constitucional fonamental, encara que ho facin per mitjans completament democràtics, especialment el debat polític i la mobilització de la ciutadania. Això seria contrari a la idea central de la jurisprudència internacional en matèria de drets humans, segons la qual una democràcia es caracteritza pel lliure exercici d'idees, incloses les que són contràries a l'opinió majoritària i que poden semblar problemàtiques, xocants o molestes a determinades parts de la població.⁵⁵ En el cas català, també ignoraria el fet que el Pacte protegeix concretament el dret d'autodeterminació dels pobles que, en el seu component intern, permet l'expressió d'un punt de vista de la gent sobre el sistema polític, en què i a través del qual és governada.⁵⁶ La simple mobilització de ciutadans per al canvi pacífic –i l'organització de l'expressió política d'un poble autodeterminat– no pot constituir un motiu per restringir drets polítics o per imposar sancions penals.

Per consegüent, les mesures restrictives s'han de prendre amb moderació si corren risc d'interferir en el procés polític. La jurisprudència internacional en matèria de drets humans ha definit un llinar alt per aquestes mesures, sobretot pel que fa a la llibertat de reunió i d'associació en el context de restriccions imposades a partits polítics. El Comitè de Drets Humans ha deixat clar que “l'existència i el funcionament d'una pluralitat d'associacions, incloses aquelles que promouen pacíficament idees no rebudes favorablement pel govern o per la majoria de la població, constitueixen un dels fonaments d'una societat democràtica” i que “l'existència de qualsevol justificació raonable i objectiva per limitar la llibertat d'associació no és suficient”, sinó que un govern ha de “demostrar que la prohibició de l'associació [és] de fet necessària per impedir un perill real, i no sols hipotètic, per a la seguretat nacional o l'ordre democràtic i que unes mesures menys intrusives serien insuficients per assolir aquest objectiu”.⁵⁷ En aquest mateix sentit, el Tribunal Europeu de Drets Humans ha conclòs que s'obre un ventall de restriccions per a partits polítics

⁵⁴ Tribunal Suprem, vegeu nota 35, p. 276-285.

⁵⁵ Vegeu Tribunal Europeu de Drets Humans [GC], Sentència de 8 de juliol de 1999, Rec. 23556/94, *Ceylan c. Turquia* [GC], par. 32; Cort Interamericana de Drets Humans, *Perozo et al. c. Veneçuela*, Sentència de 28 de gener de 2009, par. 116.

⁵⁶ Encara que el Comitè no pugui rebre comunicacions basades únicament en l'Article 1, pot prendre en consideració el dret d'autodeterminació en interpretar altres disposicions del Pacte; vegeu CDH, *Gillot et al. c. França*, decisions de 15/07/2002, núm. 932/2000, par. 13.4 i 13.16.

⁵⁷ Comitè de Drets Humans, decisions de 20 de juliol de 2005, Com. 1119/02, *Lee c. República de Corea*, par. 7.2.

sobretot si “hi ha hagut una crida a l’ús de la violència, un alçament o qualsevol altra forma de rebuig dels principis democràtics”, o bé una “incitació a la violència contra una persona o un càrrec públic, o contra un sector de la població”.⁵⁸

La restricció de drets polítics en què se centra aquest capítol equival a les limitacions del funcionament de partits polítics quan gira al voltant de la suspensió i la inhabilitació per exercir càrrecs públics –així com la imposició d’obstacles pràctics i legals a l’exercici del càrrec– de bona part del lideratge dels grups polítics independentistes.⁵⁹ En tal situació, la inhabilitació és una amenaça a la llibertat d’associació comparable a una prohibició formal, i aquí s’apliquen les mateixes normes estrictes. A falta d’una incitació a la violència, la inhabilitació del lideratge de grups polítics clau viola, per tant, el dret de llibertat d’associació, el dret de llibertat d’expressió i els drets polítics per ser elegit i exercir càrrecs públics, protegits pel Pacte Internacional i pel Conveni Europeu de Drets Humans.

2. Les violacions de drets en el cas català en jurisprudència internacional

La falta de justificació de les mesures repressives aplicades per l’estat espanyol s’ha reflectit de manera creixent en la jurisprudència dels organismes internacionals de drets humans. Aquesta jurisprudència abasta des de les primeres preocupacions plantejades per ONGs internacionals de drets humans i experts en drets humans de l’ONU, inclòs el Relator Especial de l’ONU sobre el dret de llibertat d’opinió i d’expressió, que va apuntar que la persecució penal afecta actes que “estaven directament relacionats amb crides a la mobilització i a la participació pública fetes en el context del referèndum”.⁶⁰ També va expressar la seva preocupació sobre el fet que

“l’acusació de rebel·lió per actes que no comporten violència o incitació a la violència pot limitar els drets de protesta pública i de dissidència. El dret internacional dels drets humans adverteix que, sobretot en situacions que comporten dissidència política, només s’han d’imposar restriccions si són

58 Vegeu TEDH, Sentència de 2 d’octubre de 2001, Rec. 29221/95 i 29225/95, *Stankov i Organització Macedònia Unida Ilinden c. Bulgària*, par. 90.

59 Vegeu, p. ex., l’equació de la dissolució d’un partit i la inhabilitació dels seus líders a TEDH [GC], Sentència de 13 de febrer de 2003, Rec. 41340/98, 41342/98, 41343/98 i 41344/98, *Refah Partisi i altres c. Turquia*, par. 100: “Només en els casos més seriosos es poden prendre mesures dràstiques, com la dissolució d’un partit polític sencer i la inhabilitació dels seus líders per exercir qualsevol activitat similar durant un període definit.”

60 Relator Especial de l’ONU sobre la promoció i la protecció el dret de llibertat d’opinió i d’expressió, AL ESP 1/2018.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

estrictament necessàries i proporcionades per protegir els interessos de l'estat.”⁶¹

Les primeres decisions internacionals importants relacionades amb els casos catalans van ser les del Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l'ONU, en relació amb sis líders polítics i de la societat civil en presó preventiva, el 2019. El GTDA va considerar que aquestes detencions eren arbitràries i violaven tot un seguit de drets, inclosos els drets polítics protegits per l'Article 25 del Pacte. En aquest context, afirma:

“L'absència del factor de violència i d'informació creïble sobre qualsevol acte atribuïble [als demandants] que els pogués relacionar amb la mena de conducta que constitueix els delictes pels quals se'ls acusa ha dut el Grup de Treball a creure que el propòsit dels càrrecs penals presentats contra ells és intimidar-los a causa dels seus punts de vista polítics pel que fa a la independència de Catalunya i impedir que puguin perseguir aquesta causa dins l'àmbit polític.”⁶²

Segons el Grup de Treball, la detenció era “arbitrària atès que sorgeix de l'exercici del dret de llibertat d'opinió, d'expressió, d'associació, de reunió i de participació”.⁶³

Aquest enfocament reflecteix el de l'Oberlandesgericht de l'estat alemany de Schleswig, que, el 2018, va haver de decidir sobre l'extradició del president català exiliat Carles Puigdemont com a conseqüència d'una Ordre de Detenció Europea emesa pel Tribunal Suprem espanyol. El tribunal alemany va destacar que “l'acusat va cercar d'obtenir la secessió precisament per mitjans democràtics” i que “hi havia un acord tàcit per no fer servir la violència”.⁶⁴ Per consegüent, i segons la sentència, les actuacions per les quals s'acusava el demandant no constituïen un delictes penal comparable en dret alemany.⁶⁵ El principal motiu era que, a diferència de l'enfocament dels tribunals espanyols, la llei alemanya marca un llindar alt per considerar la mobilització política com a violència punible, influïda per la constitució i pels drets humans com a garants de la llibertat d'expressió i de reunió. Tal com va destacar el tribunal alemany, “dins un ordre democràtic, i seguint el dret constitucional, el dret penal ha de mantenir-se

61 Oficina de l'Alt Comissionat de Drets Humans de l'ONU, “UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia”, 6 d'abril de 2018, accessible a <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/04/un-expert-urges-spain-not-pursue-criminal-charges-rebellion-against>.

62 Grup de Treball sobre Detencions Arbitràries de l'ONU, Observació 6/2019 sobre Jordi Cuixart i Navarro, Jordi Sánchez i Picanyol i Oriol Junqueras i Vies (Espanya), Doc. ONU A/HRC/WGAD/2019/6, 13 de juny de 2019, par. 119.

63 Ibid., par. 130.

64 Oberlandesgericht Schleswig, Ordre de 12 de juliol de 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), p. 9.

65 Ibid., p. 9-17.

moderat davant disputes polítiques”.⁶⁶ Per consegüent, el tribunal va decidir desestimar l'extradició pel delictes de rebel·lió.

El Comitè de Drets Humans de l'ONU va adoptar un enfocament similar. Tal com s'ha esmentat anteriorment, ja havia emprès mesures provisionals –el març de 2018, en una actuació excepcional– per salvaguardar els drets polítics de Jordi Sánchez pel que fa a la seva elecció a la presidència de la Generalitat.⁶⁷ I va anar més enllà, en decisions de fons adoptades el 2022 i el 2023 sobre la inhabilitació de cinc polítics independentistes com a diputats al parlament, inclosos l'ex-president i l'ex-vice-president de la Generalitat, Carles Puigdemont i Oriol Junqueras.⁶⁸ El Comitè va destacar que els demandants havien fet una crida a la ciutadania perquè es mantingués escrupolosament pacífica i no violenta, que hi havia una presumpció a favor de les manifestacions pacífiques i que els actes aïllats d'alguns participants no podien ser atribuïts als organitzadors o a una reunió com a tal. També destacava que el llindar de restriccions imposat abans de les condemnes penals finals, com en el cas de les inhabilitacions, era especialment alt. Vist des d'aquesta perspectiva, va concloure:

“Una aplicació de la llei nacional que duu automàticament a la inhabilitació de càrrecs electes per suposats delictes basats en actes públics i pacífics, abans d'una condemna penal, [...] no es pot considerar que compleixi els requisits de raonabilitat i d'objectivitat.”⁶⁹

Per consegüent, el Comitè va considerar que la inhabilitació violava l'Article 25 del PIDCP.

Els drets polítics també van ser reafirmats pel Tribunal de Justícia Europeu que, en una decisió de la Gran Cambra de finals de 2019, va haver de decidir sobre la immunitat parlamentària –i, per tant, l'estatus parlamentari– de l'ex-vice-president de la Generalitat Oriol Junqueras. Aquest havia sigut mantingut en presó preventiva després de ser elegit al Parlament Europeu i, com s'ha dit abans, les autoritats espanyoles no li van permetre d'ocupar el seu càrrec bo i assistint a les sessions parlamentàries. El TJUE va destacar que la immunitat “serveix per assegurar l'efectivitat del dret a presentar-se a les eleccions, garantit a [...] la Carta de Drets Fonamentals, que constitueix l'expressió dins la Carta del principi de sufragi universal directe en una votació lliure i secreta”.⁷⁰ Per complir el principi de democràcia representativa, la composició del Parlament “ha

66 *Ibid.*, p. 10.

67 Vegeu nota 31. El cas fou posteriorment retirat i no va arribar a la fase de fons.

68 Comitè de Drets Humans, decisions de 30 d'agost de 2022, Com. 3297/2019, *Junqueras et al. c. Espanya*; decisions de 26 d'octubre de 2023, Com. 3165/2018, *Puigdemont c. Espanya*.

69 *Ibid.* (*Junqueras et al. c. Espanya*), par. 8.8.

70 Tribunal de Justícia Europeu, Sentència de 19 de desembre de 2019, C-502/19, *Junqueras Vies*, par. 86.

5. Nico Krisch, Violacions de drets polítics i el moviment independentista català com a “grup objectivament identificable”

de reflectir fidelment i completa la lliure expressió de la tria feta pels ciutadans de la Unió Europea, mitjançant sufragi universal directe, en relació a les persones per qui volen ser representats durant un període determinat”, bo i destacant que “el Parlament Europeu ha de ser protegit, en l’exercici de les seves funcions, contra obstacles o riscos per al seu funcionament adequat”.⁷¹ Per consegüent, el Tribunal va considerar que Junqueras gaudia d’immunitat des de la seva elecció i que –contràriament a les decisions de les autoritats espanyoles– aquesta immunitat “exclou [...] que una mesura de presó preventiva impedeixi que els diputats al Parlament Europeu gaudeixin de llibertat per desplaçar-se a l’indret on tindrà lloc la sessió constitutiva del nou període parlamentari”.⁷² En aquest procediment, no pertocava al TJUE jutjar de forma definitiva si les autoritats espanyoles havien violat els drets polítics de Junqueras, si bé la seva decisió conclou implícitament aquesta violació.⁷³

3. Categories particulars

Si l’argument presentat anteriorment –i les decisions dels tribunals i d’altres organismes internacionals– evidencien una greu violació dels drets polítics dels líders independentistes catalans en la majoria de casos exposats a l’apartat III, cal fer consideracions particulars en alguns d’ells, especialment pel que fa a la dissolució del Parlament de Catalunya l’octubre de 2017 i la inhabilitació del president Torra el desembre de 2019. En aquests dos casos, les decisions de les autoritats espanyoles van interferir clarament en els drets polítics dels afectats; en el primer cas, no sols dels diputats del parlament dissolt, sinó també dels seus votants. Això també és el cas encara que, en general, un estat no estigui obligat a instaurar parlaments regionals o un sistema federal: un cop creats, i endemés garantits per la Constitució, les limitacions al seu funcionament constitueixen interferències en els drets polítics.

En el cas de la dissolució del Parlament de Catalunya,⁷⁴ la qüestió de la legalitat gira al voltant de si aquesta dissolució tenia fonament jurídic i si estava objectivament justificada

71 *Ibíd.*, par. 83.

72 *Ibíd.*, par. 90.

73 Vegeu la discussió a Cristina Fasone i Nicola Lupo, “The Court of Justice on the Junqueras Saga: Interpreting the European Parliamentary Immunities in Light of the Democratic Principle” (2020) 57 *Common Market L. Rev.* 1527. En decisions posteriors sobre la immunitat de Puigdemont, el Tribunal General de la Unió Europea es va limitar a delinear les competències dels estats membre i del Parlament Europeu en qüestions referents a la immunitat. No va entrar en el fons de si la retirada de la immunitat violava els drets del demandant. Tribunal General de la UE, Sentència de 5 de juliol de 2023, Cas T-272/21, *Puigdemont et al. c. Parlament Europeu*.

74 Vegeu apartat III.1.

i no era arbitrària. En aquest sentit, s’han formulat seriosos dubtes sobre l’aplicabilitat de l’Article 155 de la Constitució espanyola, encara que el Tribunal Constitucional espanyol confirmés la viabilitat de la norma en aquest cas.⁷⁵ Tanmateix, la dissolució presenta en essència els mateixos problemes que les altres mesures debatudes anteriorment. Si els drets polítics individuals dels activistes o líders polítics independentistes no poden ser restringits en resposta a una actuació pacífica a favor d’un canvi constitucional, i si els partits polítics no poden ser dissolts si no inciten a la violència, el mateix ha de prevaldre per una mesura col·lectiva tan radical com la dissolució d’un parlament. Hom pot pensar que l’estat pot prendre determinades mesures contra decisions parlamentàries que violin la legislació i la Constitució espanyoles, però una dissolució seria desproporcionada.

En el cas de la inhabilitació de Torra,⁷⁶ resta fora de dubte que, en principi, pot haver-hi sancions per violacions de normes en campanya electoral que, en casos greus, poden comportar la inhabilitació, encara que aquestes conseqüències exigeixen garanties processals rigoroses.⁷⁷ Tanmateix, és ben dubtós que la simple exhibició de determinades pancartes i símbols –sense prendre partit per un candidat o partit concret a les eleccions– pugui constituir un cas tan greu. Aquesta restricció és encara menys justificable si, com és el cas, aquesta exhibició reivindicava els drets humans d’alguns ciutadans i, per tant, feia una crida a l’aplicació de les salvaguardes constitucionals. Encara que això no fos considerat neutre, una resposta que inhabilita un president electe d’un govern regional sembla desproporcionada.

75 Vegeu nota 25.

76 Vegeu apartat III.7.

77 Vegeu també TEDH, Sentència de 5 de desembre de 2019, Rec. 8513/11, *Abil c. Azerbaidjan*, par. 70.

V. Violacions de drets polítics com a “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”

Les interferències en els drets polítics al voltant del referèndum d'independència de Catalunya constitueixen, en la seva majoria, una violació del dret internacional dels drets humans, un fet com més va més reconegut dins l'emergent jurisprudència internacional en aquesta matèria, tal com hem vist a l'apartat anterior. Altres casos es troben pendents de sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans.

En el context d'aquest capítol, no podem entrar en el detall de totes les interferències. En general, tanmateix, la imatge de condemna internacional és uniforme pel que fa a la justificació principal de les mesures repressives. És revelador que el lliurament o l'extradició de polítics independentistes catalans hagi sigut fins ara denegat en tots els casos, ja sigui explícitament per motius de fons, com és el cas d'Alemanya, al·ludint a criteris més formals, com és el cas dels tribunals belgues i escocesos, o per classificar els casos com a “polítics”, que per tant no són seguits, com és el cas de Suïssa.⁷⁸

Les deficiències en qüestió resulten en part de l'acció executiva –sobretot la dissolució del Parlament de Catalunya el 2017–, però sobretot dels processos judicials. La judicatura espanyola ha interpretat les normes penals i processals sistemàticament de manera més àmplia que en altres contextos, i de manera clarament més àmplia que no suggeriria una interpretació conforme al dret internacional dels drets humans. També ha minat sistemàticament els esforços dels altres poders per trobar solucions polítiques al problema. Ha fet servir delictes vagament formulats, com els de rebel·lió i sedició, per criminalitzar referèndums, en clara contradicció amb la decisió del legislatiu, el 2005, d'excloure la celebració de referèndums il·legals de la llista de delictes tipificats pel Codi Penal, precisament amb l'argument que els referèndums celebrats per autoritats sense tenir-ne competències podrien tractar-se “per una altra via que el Codi Penal”.⁷⁹

De la mateixa manera, el poder judicial es va oposar explícitament als indults concedits pel govern espanyol el 2021.⁸⁰ Va minar l'eliminació del delictes de sedició del Codi

78 Vegeu Torbisco Casals i Krisch, cap. 2 d'aquest volum.

79 Llei orgànica 2/2005, 22 de juny de 2005.

80 RTVE, “El Tribunal Supremo se opone a la concesión de los indultos a los presos del ‘procés’ y destaca la ‘falta de arrepentimiento’”, 26 de maig de 2021, accessible a <https://www.rtve.es/noticias/20210526/tribunal-supremo-se-opone-a-concesion-indultos-a-presos-del-proces/2093763.shtml>.

Penal el 2022 en mantenir les inhabilitacions extremament llargues de diversos líders independentistes a causa d’una suposada malversació de fons per celebrar el referèndum.⁸¹ En un acte excepcional d’activisme judicial, el Consell General del Poder Judicial també va condemnar el projecte de llei d’amnistia pels actes relacionats amb el referèndum –fins i tot abans que se’n publicués el text– com a violació de l’estat de dret.⁸² Les deficiències que afecten els drets polítics reflecteixen doncs, tal com en altres àmbits, un impuls polític particular –i particularment conservador–⁸³ d’un sistema judicial que també ha ignorat àmpliament fins i tot les condemnes clares dels organismes internacionals de drets humans pel conflicte català.

Així doncs, aquestes violacions de drets polítics constitueixen “deficiències que afecten un grup objectivament identificable”? El quadre general presentat fins aquí indica clarament que sí. Les interferències en els drets polítics dels polítics i activistes independentistes (i dels seus votants) no es poden entendre fora del context d’una campanya concertada de l’estat espanyol –tant del govern com dels tribunals– contra un moviment pacífic amb objectius polítics. El fet que aquests objectius impliquin canvis constitucionals és irrellevant en aquest sentit, com hem vist al repàs de la jurisprudència internacional: els estats no poden criminalitzar la cerca d’aquest canvi, inclosa una secessió, si els mitjans d’aquesta cerca són democràtics i pacífics. El fet que l’estat espanyol hagi fet servir tot un arsenal de mitjans repressius contra el grup d’activistes independentistes –amb l’objectiu declarat d’“escapar” el moviment– constitueix doncs una discriminació injustificada. Uns actes que altrament haurien sigut qualificats com a desobediència han sigut tractats com a rebel·lió, sedició o malversació de fons públics, sovint amb llargues penes de presó i d’inhabilitació, i també han servit per evitar l’elecció de diversos candidats a la presidència de la Generalitat de Catalunya. Les violacions de drets polítics comeses en aquest context palesen, per consegüent, deficiències que afecten aquest grup “objectivament identificable” concret.

81 Vegeu nota 42.

82 Consejo General del Poder Judicial, “Declaración institucional del Pleno del CGPJ”, 6 de novembre de 2023, accessible a <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->.

83 Urías, Joaquín, “Spain has a Problem with its Judiciary”, *VerfassungsBlog*, 15 de gener de 2020, accessible a <https://verfassungsblog.de/spain-has-a-problem-with-its-judiciary/>.

Capítol 6

El dret a la veritat i el procés català

Alejandro Chehtman

Degà i professor de dret, Universidad Torcuato Di Tella /
Membre del Consell Nacional de Recerca Científica i
Tècnica Argentí (CONICET). Agraeixo a la Lara Jarsun
la seva ajuda valuosa en la recerca i a en Victor Santos
Mariottini De Oliveira la documentació rellevant. En Nico
Krisch i la Neus Torbisco-Casals han aportat comentaris
i informació detallats. És d'aplicació l'avís legal habitual.
Tots els llocs web van ser accedits per darrera vegada el 20
de desembre de 2023.

I. Introducció

El procés català al voltant de la demanda d'autodeterminació ha deixat al descobert qüestions estructurals sense resoldre al si de l'estat democràtic espanyol en relació amb demandes contraposades d'autodeterminació nacional, integritat territorial, violacions de drets humans passades i desigualtats actuals.¹ A més d'abocar Espanya a una crisi constitucional, ha manifestat profundes divisions polítiques i culturals i ha afavorit l'articulació d'un projecte polític disruptiu. Aquest capítol estudiarà dos episodis diferents que van tenir lloc en aquest context. El primer afecta la violència desfermada l'1 d'octubre de 2017, quan la policia i les forces de seguretat van impedir la celebració d'un referèndum que havia sigut declarat il·legal pel Tribunal Constitucional espanyol. El segon afecta un atemptat jihadista que havia tingut lloc a Barcelona i a Cambrils uns mesos abans. Es farà una valoració crítica dels esforços de les autoritats espanyoles per escatir aquests esdeveniments en el context de divisió profunda i de convulsions polítiques, bo i aclarint l'origen i l'abast de les obligacions jurídiques internacionals a les quals estan sotmeses les autoritats espanyoles i examinant curosament si s'ha complert el nivell rellevant per a les investigacions.

En concret, aquest capítol valorarà els drets de les víctimes i de la comunitat política rellevant a una investigació exhaustiva de tots els fets de relleu al voltant d'aquests esdeveniments des de la perspectiva del dret a la veritat segons el dret internacional dels drets humans (DIDH). Més enllà del marcat contrast entre la persecució judicial de les actuacions de líders i ciutadans catalans d'una banda i el processament d'agents de policia i d'altres forces de seguretat per actes de violència comesos durant els fets de l'1 d'octubre de 2017 de l'altra, les actuacions de les víctimes i de la societat civil han dut les autoritats a fer front no sols a actes aïllats de violència, sinó a denúncies d'aspectes sistèmics de violència i de possible responsabilitat de càrrecs mitjans. En aquest context, no es troben proves prou concloents per creure que Espanya hagi incomplert les seves obligacions internacionals segons el dret a la veritat pel que fa a aquests esdeveniments. En canvi, hi ha aspectes rellevants dels atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils que han restat al marge de les investigacions públiques, malgrat intents reiterats perquè fossin investigats més exhaustivament. En el context de les animositats polítiques actuals en joc, i sobretot donades les acusacions de negligència d'Espanya per adoptar mesures raonables i necessàries que haurien pogut evitar els atemptats, així com les demandes de familiars de les víctimes directes dels atemptats i de membres del poble català, aquest fet constitueix una prova més ferma d'incompliment del conjunt d'obligacions segons el dret a la veritat (tant individual com col·lectiu) per part de les autoritats espanyoles. En resum, els fets repassats dins aquest capítol poden contribuir conjuntament a fonamentar les acusacions de “deficiències sistemàtiques o generalitzades” que “afecten un grup objectivament

1 Vegeu Neus Torbisco Casals, Introducció a aquest volum.

identificable”, segons indica el Tribunal de Justícia Europeu a la seva sentència recent del cas *Puig Gordi i altres*.²

El capítol s’estructura de la següent manera: l’apartat II analitza els orígens, la cristallització i l’abast del dret a la veritat segons el DIDH; l’apartat III valora les possibles violacions del dret a la veritat en resposta a la violència desencadenada per les manifestacions de l’1 d’octubre (1-O); l’apartat IV estudia possibles violacions del dret a la veritat pel que fa a la investigació i al processament dels atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils; i l’apartat V en fa una breu conclusió.

II. El “dret a la veritat” segons el dret internacional dels drets humans

L’origen conceptual del dret a la veritat segons el dret internacional ha sigut sovint relacionat amb el dret de les famílies segons el dret humanitari internacional (DHI) a conèixer el destí dels seus familiars en conflictes armats, tal com ho reconeixen els articles 32 i 33 del Protocol Addicional I de 1977 de la Convenció de Ginebra.³ Aquest dret, com a demanda pròpia davant l’estat segons el DIDH, va ser un resultat directe dels esdeveniments a Amèrica Llatina en resposta a les atrocitats comeses durant les transicions democràtiques. Un precursor fonamental d’aquest dret en aquest context va ser la creació de comissions de la veritat com a resposta tipus a les violacions greus dels drets humans. En efecte, i més enllà de la creació d’institucions semblants a Uganda el 1974 per Idi Amin i a Bolívia el 1982 per Hernán Siles Suazo, la primera comissió operativa d’aquesta mena va ser la Comissió Nacional Argentina sobre la Desaparició Forçosa de Persones (*Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas*, CONADEP).

2 Cas C-158/21 ECLI:EU:C:2023:57, especialment par. 114. Vegeu també casos C-40415 i C-65915 PPU, *Aranyosi i Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198 par. 104.

3 Yasmin Naqvi, “The right to the truth in international law: fact or fiction?”, *International Review of the Red Cross* (2006), vol. 88(862), 248.

La CONADEP fou creada el desembre de 1983 pel govern entrant d'Alfonsín, just després d'assumir el càrrec.⁴ Gràcies a la seva influència i al seu llegat, va esdevenir una institució modèlica. En tan sols nou mesos de feina, la CONADEP va poder identificar més de 300 centres de detenció clandestins i recollir proves de la naturalesa sistemàtica de la repressió, incloses unes 10.000 desaparicions forçoses.⁵ L'informe va causar indignació contra els militars entre l'opinió pública i va servir per qüestionar el relat que aquests defensaven. En efecte, el treball de la CONADEP va ser decisiu per al posterior judici contra les juntes. Només dues setmanes després de publicar-se l'informe final de la CONADEP, un tribunal civil va assumir la investigació del Consell Suprem de les Forces Armades, que l'havia paralitzat durant mesos.⁶ Els 700 casos identificats i seleccionats per la fiscalia per encausar els membres de les juntes van ser originalment investigats i documentats per la CONADEP.

La idea d'una comissió per escatir violacions recents de drets humans va esdevenir ràpidament la norma en la majoria de transicions, tant a Amèrica Llatina com a altres indrets. El 1990, Xile va crear la primera comissió que duia la paraula “veritat” al seu títol.⁷ Pocs mesos després, la Comissió de la Veritat d'El Salvador va ser formalment acordada a Ciutat de Mèxic com a sortida d'un conflicte armat. Guatemala va crear la seva pròpia Comissió per a l'Esclarament Històric (1997-1999) com a resposta a una de les repressions més sanguinàries del continent. El 2001, el president peruà entrant Alejandro Toledo va instituir una Comissió de la Veritat i la Reconciliació.⁸ Finalment, Priscilla Hayner ha documentat més de 25 comissions de la veritat a Amèrica, Europa, Àfrica i Àsia fins el 2001, amb composicions prou diverses, però amb l'objectiu general de documentar violacions greus de drets humans.⁹ Tanmateix, encara no es parlava d'un “dret” a la veritat, sinó tan sols d'un mecanisme de justícia transicional.

El “dret a la veritat” com a demanda legal pròpia no va ser encunyat a Argentina fins a mitjan dècada de 1990, enmig d'una sensació generalitzada d'impunitat per les greus

4 Els seus precursors, la comissió creada per Idi Amin a Uganda el 1974 i la *Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos* creada pel president bolivià Hernán Siles Suazo el 1982, van constituir intents fallits.

5 Val a dir que l'informe es va basar en una metodologia i en coneixements adquirits durant anys per membres de les organitzacions de víctimes que van cercar les seves persones estimades i presentar demandes d'habeas corpus davant la judicatura argentina, a més de proveir d'informació la Cort Interamericana de Drets Humans amb motiu de la seva visita el 1979. Sobre aquest episodi, vegeu Alejandro Chehtman, “The Invention of Transitional Justice”, mecanoscrit a l'arxiu de l'autor.

6 L'article 10 de la Llei 23.049 facultava els tribunals civils a “assumir” la investigació i l'adjudicació en cas de “demores injustificades o negligència en la realització del judici”.

7 Va resistir pressions per ampliar l'abast de la impunitat prevista per la legislació xilena.

8 Eduardo González-Cueva, “The Contributions of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions”, *Criminal Law Forum* (2004), 15(1-2), 55-66.

9 Vegeu Priscilla Hayner, *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (Routledge 2002).

violacions de drets humans perpetrades per la dictadura militar de la fi dels anys 70. El 1985, el judici fonamental contra les juntes va encauar els caps de les tres primeres juntes, condemnant-ne cinc a penes de presó. Aquesta sentència va desencadenar una onada de processos penals contra antics caps militars, que ràpidament es va ampliar a comandaments inferiors de l'exèrcit argentí. En plena inestabilitat econòmica, això va causar una resistència organitzada que desembocà més tard en una revolta de les forces armades argentines. Aquest ampli conjunt de judicis era contrari al pla inicial d'Alfonsín d'una justícia limitada o restringida que només se centrés en els líders i en qui hagués comès actes especialment atroços. En aquest sentit, el seu govern va aprovar la Llei de Punt Final (*Ley de punto final*) el desembre de 1986. Fracassat l'intent d'aturar l'onada massiva de processaments, més tard va aprovar la Llei d'Obediència Deguda (*Ley de obediencia debida*) el 1987, bo i posant fi a les investigacions penals d'ex-militars i de membres de grups insurrectes no estatals, excepte els que ocupaven llocs de comandament. Pocs anys després, el govern entrant de Menem va indultar (1989-1990) tots els condemnats (i també els que encara estaven encausats), tot iniciant un període d'impunitat conegut com "l'apagada" ("*el apagón*").¹⁰

És cert que, ja el 1990, el Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides (CDH) va començar a referir-se al "dret a saber" com una forma de posar fi o d'impedir la tortura psicològica, segons l'article 7 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, precisament en una comunicació adreçada a Argentina.¹¹ Tanmateix, l'articulació del "dret a la veritat" com a demanda pròpia va provenir, una vegada més, d'esforços a nivell nacional. En un context d'impunitat generalitzada a Argentina ("l'apagada"), Adolfo Scilingo –un obscur oficial de la marina argentina– va reconèixer l'existència de vols de la mort en horari de màxima audiència televisiva. Les seves paraules van desencadenar una tempesta política. El Cap de les Forces Armades Argentines, el general Martín Balza, va reconèixer la repressió il·legal i va demanar públicament perdó. Les organitzacions de víctimes, com H.I.J.O.S. i Mares de la Plaza de Mayo, van començar a recórrer als escarnis o *escraches*¹² contra militars amnistiats i indultats.¹³ Tanmateix, cosa més important per al nostre objectiu, un petit grup d'advocats

10 Aquests indults van ser formalitzats amb els decrets 1002-1005 de 1989 i 2741-2746 de 1990. El 13 de juliol de 2007, la Cort Suprema argentina els va declarar nuls a causa de la seva incompatibilitat amb la constitució argentina (vegeu Cort Suprema Argentina, *Mazzeo*, cas M2333XLII).

11 Vegeu també l'explicació de Bertil Wennergren, membre del Comitè de Drets Humans, a la seva Observació Individual dels casos: R. A. V. N. et al. (Argentina), comunicacions 343, 344 i 345/1988, decisió d'inadmissibilitat de 26 de març de 1990, Doc. ONU CCPR/C/38/D/343/1988 (Annex); S. E. (Argentina), comunicació 275/1988, decisió d'inadmissibilitat de 26 de març de 1990, Doc. ONU CCPR/C/38/D/275/1988 (Annex).

12 La paraula "escrache" prové de l'argot de Buenos Aires i vol dir "esclarir allò amagat".

13 Aquesta forma de protesta comporta una demostració de denúncia artística pública d'individus responsables de violacions de drets humans. Un dels primers exemples va ser la col·locació de rètols amb informació sobre els domicilis dels responsables de tortures i desaparicions. Aquesta mena de protesta va ser creada per un col·lectiu anomenat *Grupo de Arte Callejero*.

de drets humans al voltant de l'influent *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS), alguns membres del qual havien participat a la CONADEP, va presentar un recurs davant la Cort Federal d'Apel·lacions de Buenos Aires –el mateix tribunal que havia presidit el judici contra les juntes– perquè endegués noves investigacions sobre el destí de les víctimes de desaparicions forçoses durant la dictadura, encara que els processaments i les condemnes haguessin prescrit a causa de les lleis d'amnistia i dels indults en vigor.

Aquests recursos invocaven el dret internacional dels drets humans, que aleshores tot just estava començant a consolidar-se com a llenguatge de veritat, responsabilitat i reparacions després de les atrocitats comeses a Amèrica Llatina. Feien una referència explícita a l'Informe 28/92 de la Comissió Interamericana de Drets Humans (CIDH), que havia recomanat “que el govern d'Argentina adopti les mesures necessàries per escatir els fets i identificar els responsables de les violacions de drets humans que es van produir durant l'última dictadura militar”.¹⁴ També van citar el deure d'investigar les desaparicions forçoses mentre el destí de les persones desaparegudes restés desconegut, tal com va sentenciar la Cort Interamericana de Drets Humans (CtIDH) al seu primer cas *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, el 1988. Després d'algunes reunions internes, els advocats van decidir d'articular aquestes demandes sobre la base d'allò que consideraven un dret a la “veritat” i al “dol”.¹⁵

Per una estreta majoria de jutges, la Cort Federal d'Apel·lacions de Buenos Aires –el mateix tribunal que havia presidit el judici contra les juntes, si bé amb una composició diferent– va incoar el procés i va demanar a les autoritats policials i militars la presentació de tota informació rellevant sobre la llista de persones desaparegudes mitjançant el mecanisme descrit per Scilingo.¹⁶ Aquesta sol·licitud dugué als primers “judicis de la veritat”, un mecanisme innovador de justícia transicional, tot i que al final va resultar decebedor. Els judicis van passar per diversos tribunals argentins, que van dur a terme vistes sobretot per a les víctimes, bo i recollint proves, però sense poder formular acusacions o condemnar els culpables.

Aquesta innovació es va difondre ràpidament. El 1997, Louis Joinet, un expert independent nomenat per la Comissió de Drets Humans de l'ONU, va reconèixer l'existència d'un dret inalienable a la veritat “sobre esdeveniments passats i sobre les circumstàncies i els motius que han dut, mitjançant un patró consistent de greus violacions dels drets humans, a la

14 Cambra Federal de Cassació Penal (CFCP), causa ESMA, Res. 1/95 (20/03/1995). També van invocar la sentència de la Cort Interamericana de Drets Humans (CtIDH) a *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, fons, sentència (29 de juliol de 1988), i *Bamaca Velásquez c. Guatemala*, sentència (fons) (25 de novembre de 2000).

15 Entrevista amb un participant d'aquestes reunions, a l'arxiu de l'autor. Vegeu també Juan Méndez, “An Emerging ‘Right to Truth’: Latin-American Contributions”, a Susanne Karstedt, *Legal institutions and Collective memories* (Bloomsbury 2009), 40.

16 CFCP, Méndez Carreras Horacio, s/Presentación, Reg. 1/95 (20/03/1995).

perpetració de crims aberrants” com a mitjà per “evitar tota repetició d’aquests actes en el futur”.¹⁷ Afirmava que aquest dret corresponia a la víctima i als seus familiars, però que també era un dret col·lectiu més ampli. També reconeixia que els estats podien complir els seus deures en instituir comissions d’investigació extrajudicials i en conservar els arxius sobre violacions de drets humans.¹⁸ Aquests principis van ser actualitzats el 2005, bo i distingint entre el contingut del dret de les víctimes, relacionat amb el deure de l’estat d’aportar informació detallada de la víctima i dels seus familiars sobre les circumstàncies concretes en què es va cometre el greuge (i del destí de la víctima en casos de desaparició forçosa), i el deure envers el conjunt de la comunitat política de revelar informació sobre la violació de drets humans generalitzada o massiva.¹⁹ L’experta independent Diane Orentlicher va aclarir que “les víctimes i els seus representants han de tenir dret a cercar i obtenir informació sobre les causes que han dut a la seva victimització”.²⁰

Dins el Sistema Interamericà de Drets Humans (SIA), la Comissió Interamericana va ser la primera a donar suport al reconeixement del dret a la veritat com a dret propi segons la Convenció Americana de Drets Humans (CADH). Aquesta reivindicació inicial es basava en l’Article 13, que preveu un dret a la informació i a la llibertat d’expressió. Ara bé, quan la Cort Interamericana de Drets Humans (CtIDH) tingué l’ocasió de tractar aquesta qüestió, va refusar de considerar l’existència d’aquest dret propi a la veritat, que no estava explícitament recollit al text de la CADH.²¹ Aquesta reticència inicial va ser revocada pocs anys després, a *Bámaca Velázquez c. Guatemala* (2000). En aquesta nova sentència, la CtIDH va reconèixer un “dret a la veritat”, bo i subsumint-lo dins el “dret de la víctima o dels seus familiars propers a obtenir esclariment dels fets relacionats amb les violacions i les corresponents responsabilitats dels òrgans estatals competents, mitjançant la investigació i el processament segons els Articles 8 [dret a un judici just] i 25 [dret de protecció judicial] de la Convenció”.²² En aquest cas, així com a la jurisprudència subsegüent, la Cort aclareix que aquest dret no sols està directament relacionat amb el deure de l’estat d’investigar, sinó

17 Vegeu “Question of the impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political)”, informe final preparat per Louis Joinet a conseqüència de la decisió de la Subcomissió 1996/119, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1., Annex I, Principi 1.

18 *Ibid.*, par. 18.

19 Vegeu “Report of the independent expert to update the Set of Principles to combat impunity”, Diane Orentlicher, Annex: “Updated set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity”, Doc. ONU E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrer de 2005.

20 *Ibid.*, Principi X.

21 CtIDH, *Castillo Páez c. Perú* (fons), 3 de novembre de 1997, par. 86, on declara que la Comissió fa referència a “un dret que no existeix dins la Convenció Americana”. Vegeu també Lawrence Bourgeois-Larsen i Amaya Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights – Case Law and commentary* (OUP 2011), par. 27.07-27.08.

22 CtIDH, *Castillo Páez c. Perú*, 2011.

també de perseguir i castigar tota violació greu dels drets humans.²³ En efecte, a *Palma Mendoza c. Ecuador* (2012), argumenta que aquests drets estan “estretament relacionats i solen tenir una afectació recíproca”.²⁴ El 2022, la CtIDH també reconegué el dret a la veritat com a dret col·lectiu dins una societat democràtica. En la seva sentència del cas *Integrantes y Militantes de Unión Patriótica c. Colòmbia*, aquest dret és considerat un dret no sols de la víctima individual a conèixer el destí de les seves persones estimades, sinó també d’una comunitat política de ser informada de les violacions greus de drets humans comeses al seu si.²⁵ En qüestió d’un espai de temps breu, el dret a la veritat va cristal·litzar dins el sistema regional interamericà.

El sistema europeu ha sigut certament més recelós en reconèixer aquest dret. El primer pas en aquest sentit es pot identificar en el reconeixement per l’Assemblea Parlamentària del Consell d’Europa, el 2005, dels drets de les famílies de persones desaparegudes a rebre informació sobre els seus familiars, bo i destacant la importància d’investigar aquests crims.²⁶ El Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) va reconèixer més tard el dret a la veritat explícitament, si més no des de la seva sentència fonamental del cas *Associació 21 de Desembre de 1989 c. Romania* (2011), que condemnava els retards i les mancances de la investigació de les morts durant una manifestació contra el govern. Tanmateix, a diferència del seu homòleg interamericà, en situava la font als llimbs processals dels drets substantius a la vida (article 2) o de la prohibició de la tortura (article 3) segons el Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH).²⁷ Concretament, el Tribunal estima que els retards en la investigació de crims rellevants o d’altres formes de violació dels drets humans també afecta els drets de les víctimes i de la ciutadania en general.²⁸ A més, aclareix que, per ser eficaces, les investigacions han de ser “promptes, completes, imparcials i exhaustives” i “identificar i castigar tots els responsables.” Finalment, indica que els estats són responsables d’assegurar que aquestes investigacions siguin dutes a terme per persones independents que no estiguin implicades en els fets en qüestió.²⁹

A *El Masri c. Macedònia*, el TEDH també distingeix entre el dret de les víctimes concretes (el demandant i els seus familiars) i el dret de la ciutadania en general, que té el dret a

23 Vegeu H. Bosdriesz, “Furthering the fight against impunity in Latin America? The contributions of the Inter-American Court of Human Rights to domestic accountability processes” (tesi de doctorat, 2019, a l’arxiu de l’autor), 66.

24 CtIDH, *Palma Mendoza c. Ecuador* (excepcions preliminars i fons), 3 de setembre de 2012, par. 85.

25 Vegeu especialment els vots coincidents dels jutges Eduardo Ferrer Mac-Gregor i Ricardo Pérez Manrique (par. 22).

26 A. M. Panepinto, “The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg’s contribution”, *Legal Studies* (2017), 37(4), 739-764.

27 Vegeu p. ex., James A. Sweeney, “The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence”, *ICLQ* 67 (2018), 374.

28 Cas *Associació 21 de Desembre de 1989 c. Romania*, Tribunal Europeu de Drets Humans, demanda 33810/07, 24 de maig de 2011.

29 *Ibid.*, par. 133-145.

saber què ha succeït. Al seu vot particular, els jutges Tulkens, Spielmann, Sicilianos i Keller descriuen aquest dret com una “realitat consolidada”, cosa que al seu moment no era una innovació especial ni un “dret nou”. El TDEH remarca endemés la importància de la veritat perquè no es repeteixin les violacions, bo i afirmant que “una resposta adequada de les autoritats en investigar les acusacions de violacions greus dels drets humans, com en el cas present, pot ser considerada generalment com a essencial per mantenir la confiança pública en el seu compliment de l'estat de dret i en *evitar qualsevol aparença de connivència o tolerància d'actes il·legals*”.³⁰ Finalment, interpreta el dret a la veritat com a essencial per mantenir la “confiança pública” en el compliment per part de les autoritats “de l'estat de dret i [...] evitar qualsevol aparença de connivència o tolerància d'actes il·legals”.³¹

La Comissió Africana de Drets Humans i dels Pobles també ha passat a invocar el dret a la veritat com un aspecte del dret a la tutela judicial efectiva per una violació de la Convenció Africana.³² Sud-àfrica i la seva influent Comissió de la Veritat i la Reconciliació van tenir certament un paper clau en el reconeixement d'un dret tàcit a la veritat.³³ Tanmateix, el Tribunal Africà de Drets Humans i dels Pobles encara no ha emès una opinió sobre l'existència d'aquest dret dins el sistema africà.

En tot cas, el 2009, el dret a la veritat ja s'estava “acostant a un dret consuetudinari”, atès que s'havien produït “deduccions repetides d'aquest dret en relació amb altres drets humans fonamentals a càrrec d'òrgans i de tribunals de drets humans”.³⁴ En efecte, el 2010, l'Assemblea General de l'ONU va instaurar el dia internacional del dret a la veritat, i fou nomenat un Relator Especial sobre la promoció de la veritat, la justícia, la reparació i les garanties de no repetició.³⁵ Hom ha reconegut que aquest dret estableix una obligació

30 Cas *El-Masri c. Antiga República Iugoslava de Macedònia*, Tribunal Europeu de Drets Humans, demanda 39630/09, 13 de desembre de 2012, par. 192.

31 *Ibid.*

32 Vegeu “Principles and guidelines on the right to a fair trial and legal assistance in Africa”, DOC/OS(XXX) (maig 2003). Vegeu també Consell de Drets Humans, Informe del Relator Especial sobre la promoció i la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals en la lluita contra el terrorisme, A/HRC/22/52, 17 d'abril de 2013.

33 Vegeu Patricia Naftali, “Crafting a “Right to Truth” in International Law: Converging Mobilizations, Diverging Agendas?” a *Justice pénale internationale / Sexualité et institutions pénales*, vol. XIII (2016).

34 Hayner, *Unspeakable Truths* (núm. 6), 267. Vegeu també “The Basic Principles on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”, resolució de l'AGNU 60/147, 21 de març de 2006, A/RES/60/147, a 22. L'Oficina de l'Alt Comissionat de l'ONU de Drets Humans també va publicar un estudi sobre el dret a la veritat el 2006. OACDH, *Study on the right to the truth* (8 de febrer de 2006), E/CN.4/2006/91.

35 Alice M. Panepinto, “The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contribution”, *Legal Studies* (2017), 37(4), 739-764.

per a les autoritats estatals d’escoltar les víctimes i els seus familiars³⁶ i de protegir les víctimes, els testimonis i fins i tot els perpetradors que puguin témer per la seva seguretat si es donen a conèixer, així com d’ajudar-los a trencar el silenci si ho desitgen.³⁷ A més, sembla que hi ha proves substancials que aquest dret no sols comporta un deure de les autoritats estatals envers les víctimes i, en certes circumstàncies, el conjunt de la comunitat política per investigar violacions de drets humans i escatir les circumstàncies concretes en què s’han violat aquests drets humans; en molts contextos, també exigeix un procés substancial de rendició de comptes, sovint en forma de processaments i judicis penals. Aquest dret pot ser violat en casos on les investigacions són inadequades, incompletes o dilatades indegudament. El deure d’investigar és essencial per assegurar la confiança pública en el compliment de l’estat de dret per part de les autoritats estatals, així com la no repetició de les esmentades violacions. Als següents apartats, estudiarem si Espanya ha complert les seves obligacions internacionals pel que fa al dret a la veritat segons el dret internacional dels drets humans.

III. Processament de la violència policial pels fets de l’1 d’octubre de 2017

Com s’ha dit, l’1 d’octubre de 2017, més de dos milions de catalans van anar a votar.³⁸ Malgrat que el Tribunal Constitucional havia suspès el referèndum, les autoritats locals catalanes van considerar aquesta sentència *ultra vires* i van prosseguir amb la consulta. Enfrontades als intents de la policia i de les forces de seguretat d’impedir la celebració del referèndum, hi van oposar resistència física per protegir les urnes. Hi seguiren enfrontaments greus i nombrosos actes de violència de la policia i les forces de seguretat contra manifestants, que ràpidament van circular pels mitjans de comunicació d’arreu del món. Segons el Consell Català de Salut, 893 persones van ser ateses a centres mèdics i hospitals a conseqüència de l’actuació policial. Al mateix temps, 19 agents de la Policia

36 Juan Méndez, “The Right to Truth”, a C.C. Joyner (ed.), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (Erès Toulouse 1998), 265.

37 Grup de Treball sobre les Desaparicions Forçoses o Involuntàries, Observació General sobre el dret a la veritat en relació amb desaparicions forçoses (2010), A/HRC/16/48, 5.

38 France 24, *Cataluña: a dos años del referendo y en vísperas de la sentencia del ‘procés’*, 1 d’octubre de 2019, p. 2.

Nacional i 14 de la Guàrdia Civil van ser atesos per lesions patides durant aquests fets. El dia després, Amnistia Internacional (Espanya) i altres organitzacions van denunciar que la Unitat d'Intervenció Policial (UIP) de la Policia Nacional i agents de la Guàrdia Civil havien utilitzat una força desproporcionada contra persones que oposaven resistència "passiva" als carrers i a l'entrada dels col·legis electorals.³⁹

La justícia va reaccionar ràpidament contra els fets que es van esdevenir aquell dia. El 14 d'octubre de 2019, el Tribunal Suprem espanyol va condemnar nou líders catalans pel delictes de sedició, inclòs l'ex-Vice-President de la Generalitat Oriol Junqueras, a penes entre 9 i 13 anys de presó.⁴⁰ El president del govern espanyol, Pedro Sánchez, va dir aleshores que el seu govern respectaria la sentència del Tribunal Suprem.⁴¹ Fins el 2021, 44 agents van ser condemnats per les seves actuacions relacionades amb els fets de l'1 d'octubre, i 56 més encara estaven sent investigats.⁴² El gener de 2021, Bernat Solé era el primer alcalde condemnat per desobediència pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya (TSJC), que li va imposar un any d'inhabilitació i una multa;⁴³ dos més van ser condemnats posteriorment. Dels 712 alcaldes acusats, només 78 van ser imputats, dels quals tan sols tres van acabar sent condemnats, dos van ser absolts i vuit encara estaven pendents de judici en el moment d'escriure aquest capítol.⁴⁴ El novembre de 2023, Oleksandr S. va ser condemnat a 7 anys de presó, la pena més alta imposada a un particular per actes de

39 Amnistia Internacional, "1-O: Amnistia Internacional denuncia uso excesivo de la fuerza por parte de Policía Nacional y Guardia Civil en Cataluña" (2 d'octubre de 2017), accessible a <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/1-o-amnistia-internacional-denuncia-uso-excesivo-de-la-fuerza-por-partde-policia-nacional-y-guar/>. La BBC va informar de 800 víctimes pel cap baix. Vegeu <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41453357>.

40 *El País*, "Sentencia del 'procés': penas de 9 a 13 años para Junqueras y los otros líderes por sedición y malversación", 14 d'octubre de 2019, accessible a https://elpais.com/politica/2019/10/14/actualidad/1571033446_440448.html.

41 *The Guardian*, "Violent clashes over Catalan separatist leaders' prison terms", 14 d'octubre de 2019, accessible a <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/14/catalan-separatist-leaders-given-lengthy-prison-sentences>. Tanmateix, el novembre de 2023, Sánchez va presentar un projecte de llei que atorgava l'amnistia a tots els processats per la seva participació als actes a favor de la independència de Catalunya. *Politico*, "Catalan amnesty law 'in line' with EU values, Spain's justice minister says", 4 de desembre de 2023, accessible a <https://www.politico.eu/article/catalan-amnesty-law-definitive-step-to-end-independence-row-spains-justice-minister-felix-bolanos-says/>.

42 *Público*, "Unas 3.000 personas encausadas por el 'procés' se quedan fuera del alcance de los indultos", 21 de juny de 2021, accessible a <https://www.publico.es/politica/3000-personas-encausadas-proces-quedan-fuera-alcance-indultos.html>.

43 *Ara*, "El TSJC inhabilita a Bernat Solé por facilitar el 1-O cuando era alcalde de Agramunt", 21 de gener de 2021, accessible a https://es.ara.cat/politica/tsjc-inhabilita-bernat-sole-1-octubre-alcalde-agramunt-conseller-exterior_1_3106001.html.

44 *El Confidencial*, "A quién beneficia la amnistía: estos son los privilegiados que sacan provecho de la ley", 13 de novembre de 2023, accessible a https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-11-13/quien-se-beneficia-ley-amnistia-privilegios_3766401/.

violència relacionats amb l'1 d'octubre.⁴⁵ És una de “desenes” de persones condemnades per aquest tipus d'actes.⁴⁶ Moltes altres han sigut absoltes, a causa sobretot dels dubtes dels respectius tribunals sobre les acusacions dels agents de policia.⁴⁷

En fort contrast amb aquests processos judicials, al començament es van fer pocs avenços en la investigació adequada de la violència de la policia i d'altres cossos de seguretat. En tot cas, cap investigació va contemplar seriosament la possibilitat que aquests actes fossin orquestrats de manera centralitzada. A la vista d'això, el 20 de gener de 2023, el jutge Francisco Miralles del Jutjat núm. 7 de Barcelona va concloure la investigació de les càrregues policials durant els fets de l'1 d'octubre i va obrir diligències penals contra 45 agents, relacionades amb incidents en una vintena d'escoles i d'edificis públics contra 128 víctimes.⁴⁸ En la seva interlocutòria, Miralles conclou que els “fets esmentats a continuació i pels quals caldrà continuar el procediment com a procediment accelerat poden constituir no sols delictes menors o faltes de lesions, sinó també delictes segons els articles 174 i 175 del Codi Penal, no obstant la seva qualificació final, que no pot estar limitada o condicionada per aquesta resolució.”⁴⁹ Aquestes disposicions fan referència a actes de tortura i d'agressió com a forma d'abús de poder per part de les autoritats.

A més, destaca que el mateix grup s'encarregava de l'acció policial a diferents escoles, “en què hem de destacar la desproporció especial de l'actuació i l'agressivitat dels agents”, de manera que creu que les lesions poden ser imputades al cap de la unitat, donat el

45 Vegeu *Noticias de Navarra*, “Más de tres años de cárcel para Adrián Sas por agredir a dos mossos”, 24 de novembre de 2021, accessible a <https://www.noticiasdenavarra.com/politica/2021/11/24/tres-anos-carcel-adrian-sas-2108969.html>; *El Triangle*, “Condenado a un año y diez meses de cárcel por agredir a un mosso en la acampada contra la sentencia del 'procés'”, 17 de novembre de 2021, accessible a <https://www.eltriangle.eu/es/2021/11/17/condenado-a-un-ano-y-diez-meses-de-carcel-por-agredir-a-un-mosso-en-la-acampada-contra-la-sentencia-del-proces/>; *La Vanguardia*, “Nueva condena contra un activista independentista”, 28 de novembre de 2020, accessible a <https://www.lavanguardia.com/politica/20201128/49777845941/adrian-sas-condena-audiencia-mossos.html>.

46 *elDiario*, “Los jueces condenan a un joven a 7 años de cárcel, la pena más alta por los disturbios del procés”, 24 de novembre de 2023, accessible a https://www.eldiario.es/catalunya/jueces-condenan-joven-7-anos-carcel-pena-alta-disturbios-proces_1_10714628.html.

47 *elDiario*, “Los jueces rebajan las altas penas que pide Fiscalía por los disturbios del procés”, 13 d'abril de 2022, accessible a https://www.eldiario.es/catalunya/jueces-rebajan-altas-penas-pide-fiscalia-disturbios-proces_1_8892080.html.

48 Això inclou una sèrie d'incidents i de víctimes: Escola Ramon Llull de Barcelona (19 persones), Col·legi Mediterrània (16), CEIP Àgora (10), Ambulatori El Guinardó (10), IES Pau Claris (9), Estel (9), IES Joan Fuster (8), IES Pau Romeva (7), Serveis Centrals del Departament d'Ensenyament de la Generalitat (6), Col·legi Prosperitat (5), IES Jaume Balmes (4), Escola Oficial d'Idiomes (4), Col·legi Infant Jesús (4), Centre Educatiu Projecte (4), Escoles Pies de Sant Antoni (4), CEIP Tibidabo (2), CEIP Els Horts (2), IES Joan Boscà (2), Centre de Formació d'Adults Freire (1), CEIP Aiguamarina (1), CEIP Victor Català (1), Col·legi Trinitat Vella (1) i CEIP Mas Casanovas (1).

49 Ordre d'instrucció, 20 de gener de 2013, p. 5.

comportament “generalitzat i violent” dels seus integrants.⁵⁰ Miralles donava 40 dies de temps perquè la fiscalia formulés les acusacions, imputés els agents o arxivés el cas.⁵¹ Tanmateix, en el moment d’escriure aquest capítol, no hi ha constància pública que la fiscalia hagi complert aquest termini.

Conseqüentment, l’ordre d’instrucció de Miralles va dur a l’inici de la investigació contra 45 agents per violència a diverses escoles i institucions. A més, destacava com, més de cinc anys després del referèndum, encara no hi havia cap agent de policia condemnat per ferir un votant. Tanmateix, va decidir no investigar possibles delictes de danys materials, en alguns casos per falta de proves concretes, mentre que en altres, considerava que la policia havia actuat dins el seu mandat i d’acord amb les corresponents limitacions legals imposades per la legislació espanyola. A causa d’això, va decidir arxivar la investigació contra 20 agents.⁵²

Diverses víctimes i els seus advocats han denunciat el paper de la fiscalia, que acusen d’encobrir la policia.⁵³ De fet, la fiscalia havia demanat al jutge tres anys abans que arxivés la investigació, excepte les acusacions contra sis agents per falta greu. Aleshores, el jutge Miralles va denegar aquesta sol·licitud. A petició de l’Ajuntament de Barcelona, l’Audiència de Barcelona va ordenar que, més enllà d’actes de violència individuals, la investigació se centrés en la resposta com a fenomen global. Concretament, va determinar que la investigació també s’havia de centrar en les ordres “concretes” donades als agents sobre el terreny. El 18 de setembre de 2019, Miralles va cridar a citar vuit inspectors en cap (caps de nucli) del cos responsables dels recursos policials als seus respectius centres i va demanar informació al Ministeri de l’Interior sobre la “cadena de comandament” de l’operació d’aquell dia i de les reunions en què es va planificar la intervenció per impedir la votació.⁵⁴

Adicionalment, altres tribunals de Catalunya estan investigant les càrregues policials de l’1 d’octubre de 2017. Hi ha més de 20 investigacions en curs contra 126 membres dels

50 *Ibíd.*, p. 2.

51 Ordre d’instrucció, 20 de gener de 2013, p. 68. Vegeu també RTVE, “El juez procesa a 45 policías por las cargas del 1-O”, 25 de gener de 2023, accessible a <https://www.rtve.es/noticias/20230125/juez-procesa-agentes-policia-nacional-cargas-1-barcelona/2417648.shtml>.

52 *El Nacional*, “45 policías españoles serán juzgados por las cargas del 1-O en Barcelona”, 25 de gener de 2023, accessible a https://www.elnacional.cat/es/politica/45-policias-seran-juzgados-por-las-cargas-del-1-o-en-barcelona_958047_102.html.

53 *elDiario*, “Cinco años del referéndum del 1-O, ningún policía condenado por las cargas”, 30 de setembre de 2022, accessible a https://www.eldiario.es/catalunya/cinco-anos-referendum-1-policia-condenado-cargas_1_9577580.html. De fet, la fiscalia de Barcelona va demanar l’arxivament de la investigació, sol·licitud denegada pel jutge i per l’Audiència de Girona.

54 *El País*, “Investigados ocho jefes operativos de la Policía por el 1-O en Barcelona”, 5 de setembre de 2023, accessible a https://elpais.com/ccaa/2019/09/05/catalunya/1567686073_353359.html.

cosos policials i de seguretat espanyols a diversos jutjats de Barcelona, Girona, Lleida i Mataró.⁵⁵ Una vuitantena d'aquests agents ja han sigut imputats; en el moment d'escriure aquest capítol, i alguns dels judicis estan a punt de començar. En canvi, ja s'han arxivat altres casos de Manresa, Amposta i Tarragona. Fins ara, les instruccions principals no han pogut determinar que hi hagués una ordre directa per actuar violentament contra els votants que pretenien participar al referèndum il·legal, per la qual cosa no s'ha seguit investigant els responsables polítics de la policia. Sis anys després dels fets, cap agent de policia ha sigut condemnat per lesions durant les manifestacions. En canvi, la investigació policial al nivell de comandament s'ha limitat als vuit caps que coordinaven les actuacions a Barcelona, en què es determinava qui actuava a quin col·legi.⁵⁶ El retard en concloure aquestes investigacions contrasta amb el processament penal ràpid dels involucrats en l'organització del referèndum,⁵⁷ però sobretot dels particulars condemnats per violència contra agents de policia.

En resum, malgrat haver-se produït retards i contratemps significatius en l'avenç de les diferents investigacions, sobretot les que afecten delictes contra manifestants i participants als fets de l'1 d'octubre de 2017, encara no queda clar que suposin una violació del dret a la veritat. Quan les autoritats locals han fet avenços significatius en les investigacions, les persones involucrades en els actes violents -inclosos comandaments mitjans de les forces policials- han hagut de retre comptes, i hi ha oberta almenys una investigació dels elements “globals” de la violència comesa. Per tant, ara per ara, no sembla que la resposta de l'estat incompleixi les seves obligacions de dur a terme una investigació imparcial i exhaustiva que identifiqi tots els responsables dels actes violents comesos per les forces de l'estat. El paper de la societat civil, en especial de les víctimes i dels seus representants legals, ha sigut i continuarà essent fonamental per assegurar que aquestes investigacions resultin una resposta important per generar confiança i permetre una rendició de comptes adequada. Com s'ha dit a l'apartat anterior, és precisament aquesta mena

55 Vegeu, p. ex., *RTVE*, “El ‘procés’ no se agota en el Supremo: el juicio a Trapero y otras causas pendientes del 1-O”, 15 d'octubre de 2019, accessible a <https://www.rtve.es/noticias/20191015/proces-no-se-agota-supremo-juicio-a-trapero-otras-causas-pendientes-del-1/1979602.shtml>.

56 *elDiario*, “Cinco años del referéndum del 1-O, ningún policía condenado por las cargas”, 30 de setembre de 2022, accessible a https://www.eldiario.es/catalunya/cinco-anos-referendum-1-policia-condenado-cargas_1_9577580.html.

57 La fiscalia va anunciar inicialment una investigació de més de 700 alcaldes per la seva participació en l'organització del referèndum. Aquest nombre es va reduir a prop de 80, però la majoria d'aquestes investigacions encara no s'han tancat. Bernat Solé va ser el segon alcalde a ser processat i el primer a ser condemnat per desobediència, el gener de 2021. Vegeu *Ara*, “Solé, el primer alcalde condenado por el 1-O de los ocho que todavía tienen una causa abierta”, 21 de gener de 2021, accessible a https://es.ara.cat/politica/bernat-sole-primer-alcalde-condenado-abierta-referendum-1-o_1_3106103.html. Al moment d'escriure aquest capítol, encara resten 6 casos en fase de judici i 6 més pendents de judici (vegeu <https://antirepressiva.omnium.cat/en/detalls/organitzacio1o/>).

de sinèrgia i d'esforços col·lectius que va dur al desenvolupament del dret a la veritat, dotant-lo d'efectivitat com a element útil del marc judicial transicional. El treball que aquestes organitzacions, juntament amb algunes autoritats locals, estan duent a terme en el context de les respostes de l'estat a l'1 d'octubre encarnen aquesta dinàmica i són clau perquè les autoritats espanyoles escateixin i facin plenament front a aquest episodi fosc.⁵⁸

IV. Els atemptats de Barcelona i Cambrils i les investigacions posteriors

Tal com s'ha indicat a la introducció d'aquest capítol, els dies 17 i 18 d'agost de 2017, una cèl·lula de deu individus va cometre dos atemptats terroristes. Els fets van ser desencadenats per una explosió que es va produir el 17 d'agost de 2017 a una casa d'Alcanar, un poble situat a uns 200 km al sud-oest de Barcelona. Com a conseqüència d'aquesta deflagració, la casa es va esfondrar i hi van morir dues persones, Youssef Alla i Abdelbaki Es Satty, el líder de la cèl·lula. Una tercera persona, Mohamed Houli Chemlal, va ser greument ferida i hospitalitzada. La investigació dels fets va apuntar més tard que formaven part d'una cèl·lula terrorista que planejava un atemptat contra un objectiu sensible a Barcelona.⁵⁹ L'explosió sembla que va ser accidental i es va produir mentre manipulaven triperòxid de triacetona (TATP, també conegut com a "mare de Satanàs"), un explosiu extremament inestable. En aquell moment, l'interrogatori del ferit no va donar cap pista. Més tard, els investigadors van trobar a l'edifici 120 recipients amb propà i butà, 500 litres d'acetona, bicarbonat i uns 240 litres de peròxid d'hidrogen, que haurien sigut emmagatzemats

58 En funció del seu abast, l'aprovació d'una amnistia afectaria possiblement aquestes investigacions, Tanmateix, i tal com il·lustra clarament l'apartat II, les investigacions penals són rarament l'únic mecanisme per protegir i aplicar el dret a la veritat.

59 L'únic integrant de la cèl·lula detingut va parlar de "monuments i esglésies, com la Sagrada Família". Jesús García, "El terrorista herido pide 'perdón' y se declara 'arrepentido'", *El País*, 24 d'agost de 2017, accessible a https://elpais.com/ccaa/2017/08/23/catalunya/1503509592_704081.html. En un dels telèfons mòbils utilitzats per un integrant de la cèl·lula, entre els indrets cercats a Google Maps es trobaven la Sagrada Família i l'Estadi del Futbol Club Barcelona. Manuel Cerdán, "La policia descubrió en un móvil que los yihadistas del 17-A querían poner una furgoneta bomba en el Camp Nou", *Okdiario*, 19 de gener de 2018, accessible a <https://okdiario.com/investigacion/policia-descubrio-movil-yihadistas-del-17-querian-poner-furgoneta-bomba-camp-nou-1713731>.

per augmentar l'ona expansiva de les explosions planificades amb TATP.⁶⁰ Les forces de seguretat també van trobar detonadors i metralla. Davant la casa hi havia aparcats un cotxe i una moto.

En provar d'identificar i localitzar els propietaris d'aquests dos vehicles, les forces de seguretat van trucar Younes Abouyaaqoub la tarda del 17 d'agost, mentre conduïa una furgoneta llogada. Segons els indicis, en aquell moment s'estava dirigint al centre de Barcelona, i quan va arribar a la bulliciosa Rambla, va atropellar intencionadament els vianants, matant 13 persones (inclosos un nen australià de 7 anys i un nen de 3 anys de Barcelona) i ferint-ne més d'un centenar. Va fugir del lloc caminant, va robar un cotxe matant-ne el conductor d'una ganivetada i es va escapar. Més tard, el cotxe va ser trobat a Sant Just Desvern, al sud de Barcelona. El 21 d'agost, després de quatre dies de cerca, els Mossos d'Esquadra van ser alertats de la presència d'un sospitós a Subirats, a uns 40 quilòmetres de Barcelona. Quan el van trobar, es va abraonar sobre els policies fent servir un cinturó d'explosius fals i cridant “Al·là és gran”. Va ser mort d'un tret.

Mentrestant, a la 1:14 de la matinada del 18 d'agost -prop de 9 hores després de l'atemptat de Barcelona- un altre cotxe amb cinc integrants de la cèl·lula (Mohamed Hychami, Houssaine Abouyaaqoub, Said Aalla, Moussa Oukabir i Omar Hychami) va atropellar un grup de vianants a Cambrils, a uns 120 quilòmetres al sud-oest de Barcelona, abans d'investir un vehicle dels Mossos. Els cinc ocupants del cotxe, que també duïen armilles suïcides falses, van atacar altres transeünts fent servir ganivets i una dextral que havien comprat quatre hores abans. En aquest segon atemptat, una persona va morir i diverses més van ser ferides, abans que la policia matés els cinc atacants. Els dos atemptats van causar 16 morts i uns 140 ferits. El grup principal estava integrat pel cap baix per deu individus, inclòs Abdelbaki Es Satty, el cap i líder de la cèl·lula. Vuit dels seus membres van morir i dos més van ser detinguts (Houli Chemlal, ferit a l'explosió d'Alcanar, i Driss Oukabir, detingut el 18 d'agost a Ripoll).

El 27 de maig de 2021, la Sala Penal de l'Audiència Nacional espanyola va condemnar Mohamed Houli Chemlal i Driss Oukabir per activitats terroristes, imposant-los una pena de presó de 53 anys i 6 mesos i de 46 anys, respectivament (reduïda a 43 i 36 anys, respectivament, després de ser recorreguda).⁶¹ A més, se'ls va imposar una indemnització de les víctimes i dels cossos d'emergència i de seguretat que van patir danys a conseqüència dels atemptats. Said Ben Iazza va ser condemnat a 8 anys de presó per col·laboració amb organització terrorista, però va ser posat en llibertat després de rebre la sentència a causa

60 “Los terroristas compraron 340 litros de material para explosivos con la documentación del detenido en Castellón”, *La Vanguardia*, 25 de setembre de 2017.

61 Audiència Nacional, Sala Penal, Secció 3, Madrid, Sentència 00015/2021, 27 de maig de 2021 (a continuació, “Sentència”), 11; Audiència Nacional, Sala d'Apel·lació, Sentència 9/2022, 13 de juliol de 2022. La sentència va ser confirmada pel Tribunal Suprem, Sentència 873/2023, 24 de novembre de 2023.

dels quatre anys que havia passat en presó preventiva durant la investigació i el judici. Havia proporcionat la furgoneta amb què la cèl·lula va comprar els precursors químics que pretenien fer servir per produir els explosius. Però cap d'ells va ser condemnat pels 16 assassinats i centenars de ferits pels atemptats.

Un seguit de qüestions relacionades amb aquests fets encara són objecte d'una polèmica considerable. En primer lloc, hi ha indicis contradictoris sobre si la cèl·lula estava realment connectada amb el Daesh/ISIL.⁶² Algunes anotacions a la llibreta utilitzada per Es Satty fan referència als integrants de les cèl·lules com a “soldats de l'Estat Islàmic”. A més, el 17 d'agost, dia de l'atemptat a la Rambla, l'agència de notícies Amaq va publicar una declaració que reivindicava un atemptat a Barcelona comès per soldats de l'Estat Islàmic.⁶³ Els integrants de la cèl·lula feien repetidament viatges a llocs diversos, a saber, Suïssa, Bèlgica, França i el Marroc, inclòs un viatge a París la mateixa setmana dels atemptats, que no s'han explicat. Tot i així, no s'ha revelat cap vincle directe entre els integrants de la cèl·lula i cap mitjancer o individu que pertanyés a l'Estat Islàmic, i els missatges que reivindicaven els atemptats tampoc aportaven informació detallada dels autors.⁶⁴ En canvi, segons la sala del tribunal, el coneixement tècnic per fabricar els explosius era obtingut mitjançant cerques a internet.⁶⁵ Als dispositius que pertanyien als integrants del grup es va trobar un nombre elevat de cerques, vídeos i àudios. De manera semblant, els diners necessaris per comprar els materials rellevants i dur a terme els atemptats provenien de les feines dels integrants de la cèl·lula, així com de vendes d'or adquirit mitjançant robatoris.⁶⁶

En segon lloc, encara resten dubtes sobre el destí d'Abdelbaki Es Satty, el líder de la cèl·lula. Es Satty va néixer a Madchar (Marroc) el 1973. En el moment dels fets tenia 44 anys i era presumptament responsable de radicalitzar els altres nou integrants, que tenien entre 17 i 25 anys (quatre d'ells eren menors de 20 anys). Anteriorment se l'havia relacionat amb diverses organitzacions jihadistes. Malgrat ser investigat per activitats terroristes, mai

62 La bandera del Daesh estava dibuixada en almenys una de les fundes de coixí que sembla que van ser utilitzades per transportar el TATP. Es va trobar una llibreta que pertanyia suposadament a Es Satty, on els integrants de la cèl·lula eren presentats com a “membres del Daesh” a Al-Àndalus. Audiència Nacional, Jutjat Central d'Instrucció núm. 4, *Diligències prèvies 60/2017*, ordre de 22 d'agost de 2017, p. 4.

63 El mateix grup va reivindicar l'atemptat de Cambrils poc després. Vegeu “Referencias a España en la propaganda yihadista”, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional, Universidad de Granada; i “El Estado Islámico reivindica el atentado en Cambrils”, *La Vanguardia*, 19 d'agost de 2017.

64 Vegeu, p. ex., “Heridas sin sanar e interrogantes a un año de los atentados de Cataluña”, swissinfo.ch (17 d'agost de 2018), accessible a <https://www.swissinfo.ch/spa/heridas-sin-sanar-e-interrogantes-a-un-a%C3%B1o-de-los-atentados-de-catalu%C3%B1a/44321504>. Quant al modus operandi de l'Estat Islàmic per reivindicar atemptats perpetrats per individus o grups radicalitzats, vegeu p. ex. Congressional Research Service, “Terrorism in Europe” (10 de febrer de 2021), accessible a <https://sgp.fas.org/crs/terror/IF10561.pdf>.

65 Sentència (núm. 62), 11.

66 *Ibid.*, 771ss.

havia sigut detingut per aquest motiu. En canvi, va estar empresonat per tràfic de drogues entre el 2010 i el 2014.⁶⁷ Allí es va relacionar estretament amb Rachid Aglif, membre de la xarxa responsable dels atemptats de l'11 de març de 2004 a Madrid.⁶⁸ Per altra banda, se sap que també es va reunir almenys una vegada amb un oficial del Centre Nacional d'Intel·ligència espanyol (CNI). Hi ha qui ha insinuat que aquesta visita podria haver estat relacionada amb un intent de reclutar-lo com a informador.⁶⁹ Tanmateix, un testimoni ha afirmat que, mentre era a Bèlgica, Es Satty va dir que parlava per telèfon amb els serveis d'intel·ligència espanyols.⁷⁰

Malgrat que les autoritats espanyoles certifiquessin, a partir d'una mostra d'ADN, que era una de les dues persones que van morir en l'explosió de la casa d'Alcanar, alguns representants de les víctimes dels atemptats han qüestionat aquesta conclusió. En relació amb això, hi ha qüestions sobre si Es Satty estava en realitat relacionat amb el CNI i, en cas afirmatiu, en què consistia exactament aquesta relació. Aquesta línia d'investigació general va restar al marge de la investigació penal duta a terme sobre aquests atemptats terroristes. La decisió final de la sala no esmenta en cap moment el CNI, ni tampoc al·ludeix a cap possible vincle entre els serveis secrets espanyols i l'imam de Ripoll, malgrat els escrits i les al·legacions presentats per algunes parts del judici.⁷¹ La demanda d'una compareixença especial del president Sánchez al Congrés va ser desestimada, i les sol·licituds reiterades per constituir una comissió d'investigació especial al Congrés de Diputats espanyol han sigut bloquejades.

En tercer i darrer lloc, s'han afirmat un seguit de coses sobre la responsabilitat de les autoritats espanyoles per no evitar els atemptats. D'una banda, s'ha denunciat l'incompliment dels deures legals de l'estat pel que fa al control dels precursors d'explosius i a la informació de conductes sospitoses. Espanya està sotmesa a un seguit d'obligacions internacionals relacionades amb el control i la supervisió de precursors que puguin ser utilitzats per a la fabricació il·legal d'explosius. Una d'elles és el Reglament (UE) 98/2013, el principal objectiu del qual és precisament “limitar la seva disponibilitat per als particulars i garantir l'adequada comunicació de les transaccions sospitoses en totes les fases de la

67 Quiko Alsedo i Pablo Herraiz (2017), “El delito ‘no grave’ del imam de Ripoll: 120 kilos de droga”, *El Mundo*, 24 d'agost de 2017.

68 *El País*, “El imán de Ripoll trabó amistad en prisión con un terrorista del 11-M”, 20 d'agost de 2017, accessible a https://elpais.com/politica/2017/08/20/actualidad/1503230607_911490.html.

69 *OIET*, “Los atentados de Cataluña un año después. Reconstrucción de los acontecimientos, interrogantes y lecciones por aprender” (2018), 7, accessible a <https://observatorioterrorismo.com/eedyckaz/2020/08/Los-atentados-de-Cataluna-un-ano-despues.pdf>.

70 Així ho indiquen els advocats de les víctimes, accessible a <https://www.youtube.com/watch?v=-1icJmCbJHQ>.

71 *Vegeu Audiència Nacional, Sala Penal, Secció 3 Madrid, Sentència 00015/2021* (27 de maig de 2021). *Vegeu també El Periódico*, “Conenados a Penas de 53, 46 y 8 años de cárcel los acusados por los atentados del 17-A”, accessible a <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210527/condenas-acusados-atentados-terroristas-17-a-11768319>.

cadena de subministrament”.⁷² Concretament, l’Article 4 determina que els precursors d’explosius restringits no es poden posar a disposició dels particulars. A més, disposa que el peròxid d’hidrogen ha d’estar sotmès a un sistema de registre, a efectes del qual els particulars s’han d’identificar mitjançant un document oficial d’identitat. Sobretot, exigeix la notificació de les transaccions sospitoses amb peròxid d’hidrogen (inclòs a l’Annex I del Reglament 98/2013), àcid sulfúric i acetona (inclosos a l’Annex II) (Art. 9.1). Els estats membre han d’establir punts de contacte nacionals amb aquest objectiu (Art. 9.2). Espanya només va complir la darrera obligació amb la Resolució 20/2013 de la Secretaria d’Estat de Seguretat, que establia el Centre d’Intel·ligència contra el Crim Organitzat com a punt de contacte nacional en relació amb el Reglament europeu 98/2013.

La no aplicació d’aquestes directrius va ser decisiva en la incapacitat d’identificar la cèl·lula i d’impedir els atemptats. En efecte, l’11 de juliol de 2017, un jove no identificat va intentar comprar 100 litres de peròxid d’hidrogen. Se li va demanar la informació rellevant en tractar-se d’una substància perillosa, però la transacció va acabar per no dur-se a terme, atès que el seu número de document d’identificació no va ser reconegut. El dia següent (12 de juliol), Youssef Alla va anar a comprar la mateixa quantitat de peròxid d’hidrogen, bo i “negant qualsevol relació” amb la persona que havia intentat dur a terme la mateixa transacció la vigília.⁷³ A més, el testimoni va declarar que no calia presentar més documentació per compres inferiors a 1.000 litres. El 27 de juliol, la mateixa persona va comprar 240 litres més de peròxid d’hidrogen i no va haver d’emplenar la informació rellevant, atès que els venedors van utilitzar la mateixa que havia indicat el dia 12.⁷⁴ En general, l’acetona va ser adquirida de proveïdors diferents, però Mohamed Hychami va comprar-ne personalment 175 litres a una botiga de pintures de Vinaròs. Al judici, el venedor va declarar que no s’exigia documentació per comprar acetona.⁷⁵ L’àcid sulfúric va ser adquirit d’una empresa (Conforsa) on Mohamed Hychami havia treballat fins els atemptats i on El Houssaine Abouyaaqoub es trobava en pràctiques.⁷⁶ En aquest sentit, es van produir tot un seguit d’operacions que haurien donat un toc d’alarma si l’estat espanyol hagués aplicat els controls corresponents.

A més, el 25 de maig de 2017, els serveis d’intel·ligència dels Estats Units (National Counterterrorism Center) van informar les forces de seguretat espanyoles d’un butlletí que afirmava que l’Estat Islàmic “estava planificant atemptats sense especificar durant l’estiu

72 Reglament (UE) 98/2013 del Parlament Europeu i del Consell de 15 de gener de 2013 sobre la comercialització i la utilització de precursors d’explosius (text pertinent a efectes de l’EEE), accessible a https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvk6yhcbpeywk_j9vvik7m1c3gyxp/vj8bg68ze0zn.

73 Sentència (núm. 62), p. 812.

74 *Audiència Nacional, Jutjat Central d’Instrucció núm. 4, Diligències prèvies 60/2017*, ordre de 25 de setembre de 2017, 1.

75 Sentència (núm. 62), p. 816.

76 Sentència (núm. 62), p. 821.

a llocs turístics concorreguts de Barcelona, [...] concretament a la Rambla”.⁷⁷ Al seu moment, aquesta informació va ser considerada poc creïble. Tanmateix, el juny de 2015, el nivell d’alerta terrorista es mantenia en 4 de 5, que comporta “alt risc d’atemptat terrorista”.⁷⁸ De fet, fins el 2017, Catalunya havia concentrat prop del 33% del total de jihadistes detinguts o morts a Espanya des del 2013 (76 de 230).⁷⁹

Finalment, tant periodistes especialitzats com laboratoris d’idees afirmaven repetidament que la coordinació i l’intercanvi d’informació entre diferents serveis de seguretat antiterrorista eren “generalment considerats limitats o fins i tot dolents entre els professionals que hi prenen part”.⁸⁰ Entre els exemples indicats a la premsa, el 8 de març de 2016, un oficial dels Mossos va respondre via correu electrònic una consulta d’un agent de policia de Vilvoorde (Bèlgica) sobre Es Satty. Es Satty havia arribat a Bèlgica per buscar-hi un càrrec com a imam. Els dos agents es coneixien d’un seminari, de manera que la consulta no es va fer a través dels canals oficials. Malgrat que les forces de seguretat espanyoles (Cos Nacional de Policia i Guàrdia Civil) l’haguessin investigat deu anys abans, aquesta informació mai va arribar als Mossos d’Esquadra. De fet, hom afirma que les autoritats locals mai van rebre informació sobre el comportament d’Es Satty mentre era a presó, ni tampoc sobre cap altre investigació d’intel·ligència que no conduís a acusacions formals o al judici de les persones en qüestió.⁸¹

En resum, malgrat la manca d’acusacions sòlides de participació directa o de complicitat amb els atemptats, s’ha denunciat per diverses bandes l’actuació deficient de les autoritats espanyoles pel que fa als seus deures per impedir-los. Resulta potser rellevant que les vies institucionals triades per les víctimes i la societat civil per escatir aquests fets excepcionals hagin sigut bloquejades. La investigació penal que va dur a la condemna de tres individus relacionats amb la cèl·lula en va evitar el seguiment. La premsa informa que aquesta qüestió no va ser investigada per la fiscalia, bo i al·legant que excedia l’àmbit de la investigació dels

77 Enric Hernández (2017), “Los Mossos recibieron la alerta de atentado en Barcelona de la CIA el 25 de mayo”, *El Periódico*, 31 d’agost de 2017; i Enric Hernández (2017), “EEUU confirma que alertó a los Mossos”, *El Periódico*, 1 de setembre de 2017.

78 Fernando Reinares i Carola García-Calvo, “Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto en Ceuta a los atentados en Cataluña”, DT, núm. 13/2017 (2017), Real Instituto Elcano, Madrid.

79 Base de Datos Elcano sobre Yihadistas en España (BDEYE).

80 Fernando Reinares i Carola García-Calvo, “Un análisis de los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils”, accessible a <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/un-analisis-de-los-atentados-terroristas-en-barcelona-y-cambrils/>. Vegeu també *OIET*, “Los atentados de Cataluña un año después. Reconstrucción de los acontecimientos, interrogantes y lecciones por aprender” (2018), 25, accessible a <https://observatorioterrorismo.com/eedyckaz/2020/08/Los-atentados-de-Cataluna-un-ano-despues.pdf>.

81 Vegeu Alissa Rubin *et al.*, “Quién era Abdelbaki Essati, el imam que forjó la célula terrorista de Barcelona”, *NYT*, 24 d’agost de 2017, accessible a <https://www.nytimes.com/es/2017/08/24/espanol/quien-era-abdelbaki-essati-el-imam-que-forjo-la-celula-terrorista-de-barcelona.html>.

atemptats.⁸² Miguel Ángel Carballo, de la fiscalia de l'Audiència Nacional, va afirmar que al procediment judicial no hi havia cap referència a una relació entre Es Satty i el Centre Nacional d'Intelligència espanyol (CNI); és a dir, amb l'excepció de la visita que un dels agents del CNI li va retre el 2014, mentre era a la presó.⁸³

Els intents de recórrer a altres vies institucionals a Espanya van ser igual d'infructuoses. El juliol de 2019, ERC i el PDeCAT van demanar la compareixença del president espanyol Pedro Sánchez al Congrés de Diputats perquè expliqués qualsevol relació entre el Centre Nacional d'Intelligència espanyol (CNI) i Abdelbaki Es Satty. La petició va ser denegada, i la compareixença no es va produir. A més, Junts, ERC, la CUP, Bildu i Més Mallorca van registrar una sol·licitud per crear una comissió especial d'investigació dels atemptats al Congrés espanyol, també en resposta a aquestes declaracions. El president de la Generalitat Pere Aragonès també va demanar que l'estat espanyol investigués a fons els atemptats. Però més de quatre anys després de ser demanada, el Congrés mai no va arribar a constituir aquesta comissió especial.

Aquests obstacles i omissions afecten directament el dret a la veritat. Tal com indica el Conjunt actualitzat de principis per a la protecció i la promoció dels drets humans mitjançant la lluita contra la impunitat, desenvolupat a petició de la Comissió de Drets Humans de l'ONU, "tota persona té el dret inalienable a conèixer la veritat sobre esdeveniments passats que afecten la perpetració de crims atroços i sobre les circumstàncies i els motius que han dut a la perpetració d'aquests crims mitjançant violacions massives o sistemàtiques".⁸⁴ Així doncs, aquest dret a la veritat "inclou l'acció positiva de l'estat per emprendre un esforç continuat i sistemàtic per investigar i recollir proves" de violacions, entre altres, del dret a la vida i a la integritat física segons el TEDH.⁸⁵ Concretament, s'ha acceptat que el dret a la veritat ofereix als demandants un mecanisme legal per pressionar les autoritats estatals per "revelar (i no destruir) informació rellevant"⁸⁶ i per informar de l'avenç dels resultats

82 RTVE, "El excomisario Villarejo insinúa que el CNI estuvo detrás del atentado del 17A en Cataluña", 1 de novembre de 2022, accessible a <https://www.rtve.es/noticias/20220111/villarejo-cni-atentado-del-17a-cataluna/2253381.shtml>.

83 RTVE, "La Fiscalía descarta la relación entre el imán de Ripoll y el CNI en la investigación de los atentados del 17A", accessible a <https://www.rtve.es/noticias/20180808/fiscalia-descarta-relacion-entre-iman-ripoll-cni-investigacion-atentados-del-17a/1776600.shtml>.

84 Comissió de Drets Humans, E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005), Principi 2.

85 Juan Méndez i Francisco J. Bariffi, "The Right to Truth, International Protection" *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, accessible a <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17382.pdf>.

86 Marloes van Noorloos, "A Critical Reflection on the Right to the Truth About Gross Human Rights Violations", *Human Rights Law Review* (2021), 884, cit. "Report of the UN High Commissioner for Human Rights, Best practices for implementation of the Right to the truth", A/HRC/12/19 (2009) i "Report of the Special Rapporteur on the Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence", A/HRC/30/42 (2015), entre altres.

de les investigacions.⁸⁷ El fet que les autoritats espanyoles s’hagin negat fins ara a fer front i investigar fermament les acusacions que qüestionen certs aspectes de les conclusions tan sols de les investigacions penals d’aquests fets no satisfà plenament aquestes normes. En aquest sentit, hom pot argumentar que les autoritats espanyoles han incomplert els requisits en matèria de dret a la veritat segons el dret internacional.

V. Conclusions

En primer lloc, aquest capítol ha examinat la base legal i l’àmbit del dret a la veritat, tal com és aplicable a Espanya segons el dret internacional dels drets humans, com a obligació segons els sistemes europeu i universal. Ha identificat la font directa d’aquest dret a les transicions llatinoamericanes com a instrument legal per escatir les violacions de drets humans passades en un context d’inacció de l’estat i d’impunitat general. A més, ha delimitat la seva ampliació dins el sistema interamericà i cap als seus homòlegs europeu i africà, per ser finalment reconegut segons el sistema universal. En resum, ha mostrat que aquest dret comporta al capdavant una obligació dels estats de dur a terme una investigació imparcial, exhaustiva i prompta de les violacions dels drets humans, i també que aquest compliment exigeix una forma de rendició de comptes. Aquest dret fonamental està relacionat amb la confiança de les persones en el compromís de les autoritats estatals amb l’estat de dret, la seva fiabilitat i la importància de la no repetició d’aquestes violacions. Finalment, aquest dret el gaudeixen, de manera conjunta o complementària, víctimes individuals i col·lectius que han pogut patir danys o estar afectats per determinats esdeveniments.

Aquest marc ha servit com a punt de partida per analitzar la resposta d’Espanya a la violència que es va produir durant els fets de l’1 d’octubre de 2017 i als atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils que van tenir lloc durant el procés català. Malgrat que el capítol ha documentat el marcat contrast entre la persecució judicial de les accions dels líders i ciutadans catalans i la persecució judicial dels agents de policia i d’altres forces de seguretat, reconeix que l’actuació de les víctimes i de la societat civil va empènyer les autoritats, més enllà d’abordar actes de violència aïllats, a tractar les denúncies d’aspectes sistèmics de violència i la possible responsabilitat de comandaments mitjans. En aquest sentit, no ha trobat prou proves que Espanya hagi incomplert les seves obligacions internacionals respecte al dret a la veritat.

⁸⁷ Vegeu CtIDH, *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (fons, reparacions i costos), Sèrie C 101 (25 de novembre de 2003), 275.

En canvi, hi ha certs aspectes dels atemptats terroristes de Barcelona i Cambrils que les autoritats espanyoles s'han negat a investigar d'una manera que satisfaci les exigències rigoroses del dret a la veritat. Tot i que no hi hagi proves inequívokes que apuntin a una relació entre Abdelbaki Es Satty i el CNI o que l'incompliment dels seus deures positius incidís en la possibilitat de detectar la trama i impedir els atemptats, el bloqueig reiterat de tot intent d'escatir els fets afecta les víctimes directes i el poble català d'una manera que socava el seu dret a la veritat, tal com és aplicable i vinculant per a Espanya. Tal com s'ha indicat a l'apartat II, el dret a la veritat no pertany exclusivament a les persones directament afectades, sinó que té una dimensió col·lectiva, per la qual cosa constitueix un dret col·lectiu relacionat intrínsecament amb la confiança del grup en les autoritats públiques. Per tant, aquestes conclusions concretes en el context dels casos més generals del tractament diferenciat que el sistema jurídic fa de la violència contra manifestants i particulars a Catalunya, tal com s'ha documentat a l'apartat III, semblen donar suport a les denúncies de deficiències sistemàtiques o generalitzades en el tractament d'un grup objectivament identificable, d'acord amb el marc conceptual establert recentment pel TJE.

Confiança mútua, drets fonamentals i “grups objectivament identificables”

La jurisprudència del Tribunal de Justícia Europeu en el context català

La confiança mútua entre estats membres és un principi clau de la Unió Europea, si bé ha mantingut durant temps una relació de tensió amb la protecció de drets fonamentals. El llibre aporta detalls nous d'aquesta relació, començant pel nou enfocament adoptat pel Tribunal de Justícia Europeu en la seva sentència d'un cas de 2023 relacionat amb polítics catalans exiliats (*Lluís Puig Gordi i altres*). En permetre que els tribunals nacionals estudiïn si consten “deficiències que afecten grups objectivament identificables” a altres estats membres -motiu que els permet de denegar Ordres de Detenció Europees-, el Tribunal ha obert un nou espai per a la protecció de drets humans, sobretot els drets de les minories, a la Unió Europea. Els capítols d'aquest llibre, escrits per juristes eminents, analitzen el concepte de “grups objectivament identificables”, bo i fent-se ressò especial del context català, d'on ha sorgit. En aclarir l'àmbit i l'abast d'aquest concepte important, presenten com pot aportar una oportunitat renovada per l'aprofundiment democràtic de la Unió Europea.

Editat per Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Membre del grup de No Inscrits del Parlament Europeu

Els autors en són els responsables exclusius;
el Parlament Europeu no és responsable de cap ús
que es pugui fer de la informació continguda.

Aquest llibre no està en venda / és distribuït gratuïtament.

