

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.

Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables»

La jurisprudencia del Tribunal
de Justicia de la Unión Europea
en el contexto catalán

Editado por Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Eurodiputado no inscrito

Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables»

La jurisprudencia del Tribunal
de Justicia de la Unión Europea
en el contexto catalán

Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables»

La jurisprudencia del Tribunal
de Justicia de la Unión Europea
en el contexto catalán

Editado por Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Eurodiputado no inscrito

La responsabilidad exclusiva recae en los autores y el Parlamento Europeo no es responsable del uso que pueda hacerse de la información contenida en esta publicación.

Este libro no está a la venta / se distribuye gratuitamente.

Editor: Neus Torbisco i Casals

Imagen de portada: © Institut Cartogràfic i Geològic de Catalunya (ICGC)

Diseño: Estudi Muto

Impresión: Serveis Gràfics Boira

Número de ejemplares impresos: 500 exemplars

Impreso en Cataluña

Índice

Prólogo. Carles Puigdemont i Casamajó, Eurodiputado no inscrito	10
1. Neus Torbisco Casals, Introducción: confianza mutua, derechos fundamentales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea: El asunto <i>Puig Gordi y otros</i> en contexto	19
2. Neus Torbisco Casals & Nico Krisch, Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables» en el Derecho de la Unión Europea	43
3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña	83
4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea	113
5. Nico Krisch, Violaciones de derechos políticos y el movimiento independentista catalán como «grupo objetivamente identificable»	149
6. Alejandro Chehtman, El derecho a la verdad y el «procés» catalán	177

Este libro está dedicado a todas aquellas personas que han tenido que exiliarse, sufrir persecución política y otras violaciones de los derechos humanos como consecuencia de sus luchas por el derecho a la autodeterminación y la identidad cultural y nacional de todos los pueblos.

Este libro es un proyecto colectivo, y no habría sido posible sin la ayuda y la asistencia de muchas personas. Queremos dar las gracias especialmente a Víctor Santos Mariottini de Oliveira por su esmerada y paciente ayuda editorial a lo largo de todo el proceso de creación, a Daniel Mundet Cerdán por su compromiso y energía detrás del proyecto, desde el lado del Parlamento Europeo, y a Nico Krisch, por su asesoramiento en la identificación de los principales temas objeto de análisis y su compromiso crucial en las fases finales de edición y revisión de todas las contribuciones. También queremos dar las gracias a todos los defensores de los derechos humanos y abogados que han dedicado incontables horas a la defensa de los derechos fundamentales del movimiento independentista catalán -como “grupo objetivamente identificable”- tanto en España como en otros países europeos. Un agradecimiento especial a Gonzalo Boye, Simon Bekaert, Paul Bekaert, Isabel Elbal, Josep Costa, “Cekper”, Wolfgang Schomburg, Sören Schomburg, Christophe Marchand, Michel Hirsch, Sofie Colmant, Creppine Uwashema y Elena Valcuende.

Prólogo

Este volumen debe entenderse como una contribución a la defensa de los derechos humanos y las libertades en la Unión Europea. Coordinado y editado por la Dra. Neus Torbisco Casals, el estudio representa los resultados de un proyecto que inicié para explorar cuestiones de derechos fundamentales desde la nueva perspectiva abierta por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el caso del Sr. Lluís Puig, exconsejero del Gobierno catalán, y las diversas órdenes de detención europeas emitidas contra otros políticos catalanes, entre los que me incluyo. Durante la presente legislatura del Parlamento Europeo he podido asistir a un retroceso del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales en distintos Estados miembros de la Unión Europea. Los informes de seguimiento que se publican periódicamente sobre la situación del Estado de Derecho muestran que muchos Estados de todo el mundo, y por desgracia también dentro de la UE, están encontrando nuevas formas, cada vez más sofisticadas y flagrantes, de socavar y atacar los derechos políticos, sociales y nacionales de sus ciudadanos en casos de violaciones internas de los derechos humanos. Esta regresión en la protección de los derechos fundamentales afecta sobre todo a las minorías y a los grupos disidentes, por lo que representa un riesgo para la democracia como sistema político que no puede legitimar el autoritarismo y la hegemonía de las mayorías como solución a conflictos culturales y nacionales históricamente arraigados, ni criminalizar reivindicaciones legítimas de derechos colectivos como el derecho de autodeterminación.

El estudio que tiene en sus manos es una contribución a la defensa de los derechos civiles, políticos y colectivos en la UE basada en la jurisprudencia más reciente de los tribunales de la Unión Europea. Los seis capítulos de este volumen contribuyen a explicar cómo se pueden revertir las actuales situaciones de criminalización del ejercicio de los derechos individuales y de violación de tales derechos, con la idea primordial de que es necesario proteger y fortalecer el pilar fundamental de la construcción europea que es la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Este pilar es la expresión de lo que Robert Schuman, uno de los padres intelectuales del proyecto europeo, pretendía cuando afirmaba que «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho». El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia se basa en la confianza entre los Estados. En la confianza de que todos los Estados miembros de este espacio tienen y mantienen el mismo nivel de compromiso y exigencia en relación con el respeto de los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Por desgracia, no todos los Estados miembros de la UE tienen las mismas normas, y este es actualmente uno de los riesgos para el Estado de Derecho y la

democracia europeos que me preocupan especialmente. Sobre todo porque observo la sofisticación de la persecución política llevada a cabo por algunos Estados democráticos de tal manera que los efectos buscados –sofocar la disidencia y a las minorías– se consiguen bajo la apariencia de estar defendiendo el Estado de Derecho, especialmente mediante acusaciones de terrorismo o falsas acusaciones de delitos comunes.

Con la sentencia *Lluís Puig i Gordi y otros*, de 31 de enero de 2023, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dio un paso decisivo a la hora de aclarar el ámbito de aplicación y los límites de la confianza mutua entre los Estados miembros en el seno del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Estas cuestiones, y en particular el equilibrio entre el principio de confianza mutua y la protección de los derechos humanos garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales, constituyen el núcleo del sistema de la orden de detención europea, que representa una piedra angular de la cooperación de la UE en materia de seguridad y asuntos penales. Es esta sentencia la que estableció el concepto de «grupo objetivamente identificable» (GOI) de personas y la posibilidad de que los tribunales nacionales denegasen la ejecución de órdenes de detención europeas en caso de deficiencias en materia de derechos humanos que afectasen a dichos OIG.

Con este trabajo académico queremos ofrecer una mayor comprensión de los antecedentes que permitieron este giro en la jurisprudencia del TJUE, y pretendemos extraer sus implicaciones más generales, especialmente en lo que se refiere al contexto del que surgió. El volumen sitúa la nueva jurisprudencia del TJUE en el contexto más amplio de la evolución del Derecho y la jurisprudencia europeos con respecto a los límites de la confianza mutua en la cooperación de los Estados miembros en materia de justicia. La obra relaciona esta jurisprudencia con principios más generales del Derecho constitucional comparado, en concreto la intervención de los tribunales en la protección de las minorías y los grupos vulnerables en los sistemas constitucionales.

El análisis jurídico de las implicaciones del concepto de «grupos objetivamente identificables» favorece la profundización democrática de la UE. Es una oportunidad para reafirmar de manera inequívoca y concreta el compromiso de los Estados miembros con la protección de las minorías, incluidas las naciones minoritarias con una historia, cultura y lengua propias como Cataluña. Estoy convencido de que el estudio del GOI es de gran interés y utilidad para el trabajo del Parlamento Europeo en la defensa de los derechos fundamentales, los derechos civiles y las libertades. Europa debe ser un agente activo en la defensa de los derechos humanos y ahora contamos con un instrumento más para poder llevar a cabo esta tarea con eficacia. Y esta es, al fin y al cabo, una de las aportaciones catalanas a la mejora de la democracia europea.

Carles Puigdemont i Casamajó
Eurodiputado no inscrito

Resúmenes

1. Neus Torbisco Casals, Introducción: confianza mutua, derechos fundamentales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea - El asunto *Puig Gordi y otros* en contexto

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea ha dado un nuevo giro en 2023 al pronunciarse sobre casos relacionados con miembros del movimiento independentista catalán reclamados por la justicia española. En estos casos, la tensión entre el principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la UE y la protección de los derechos fundamentales de las personas adquirió especial protagonismo, ante lo cual el Tribunal elaboró una nueva formulación de los límites de las órdenes de detención europeas. Si bien insistió en que la ejecución automática de las ODE sigue constituyendo la norma, creó una excepción nueva y más amplia consistente en «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable». Este volumen pretende explicar con detalle los antecedentes y el significado de esta excepción. Este capítulo introductorio perfila brevemente el contexto jurídico y jurisprudencial con el que se encontró el TJUE en este caso. A continuación, se esbozan los antecedentes políticos del caso en el marco del proceso hacia el referéndum de autodeterminación de 2017 en Cataluña y la creciente criminalización del movimiento independentista durante el último decenio y, especialmente, después del referéndum. Por último, el capítulo ofrece una visión general de las aportaciones de los distintos capítulos y del volumen en su conjunto.

2. Neus Torbisco Casals y Nico Krisch, Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables» en el Derecho de la Unión Europea

El significado y alcance del nuevo enfoque del TJUE, centrado en las «deficiencias que afectan a grupos objetivamente identificables», se entiende mejor si se analiza la evolución de su jurisprudencia a lo largo del tiempo y los fundamentos normativos que la sustentan. Así pues, este capítulo sitúa la sentencia *Puig Gordi y otros* en el contexto más amplio de la evolución del Derecho y la jurisprudencia europeos con respecto a los límites de la confianza mutua entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación en materia de justicia. En él se analiza el diseño original de la ODE y la continua marginación de las cuestiones de derechos en la jurisprudencia inicial, a pesar de las crecientes presiones para lograr un equilibrio diferente. A continuación, indaga en el cambio jurisprudencial a partir de 2015 como respuesta a un nuevo entorno, tanto en términos normativos como políticos, con la paulatina introducción en la jurisprudencia del TJUE de nuevas excepciones e interpretaciones. La creación de la nueva excepción consistente en «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable» por

parte del TJUE en 2023 constituye un nuevo paso en la evolución hacia un equilibrio más sostenible entre el interés por que la cooperación judicial sea eficaz y los riesgos permanentes para los derechos humanos. Al igual que otros cambios anteriores, surgió como respuesta a la reticencia de los tribunales nacionales a ejecutar las órdenes de detención europeas y a las conclusiones de los organismos internacionales sobre graves violaciones de los derechos humanos. A continuación, el capítulo analiza esta nueva categoría a la luz de una investigación más profunda del concepto de «confianza mutua» como aspecto clave de la integración europea, y de un enfoque de Derecho constitucional comparado para definir la función adecuada de los tribunales a la hora de proteger los derechos humanos sin interferir indebidamente en los procesos democráticos. La protección de las minorías sociales, políticas y culturales es un aspecto central que justifica un control jurisdiccional fuerte, y el nuevo enfoque del TJUE debe entenderse también en esa línea. Sirve también para que el capítulo pueda delimitar el alcance de la nueva jurisprudencia y qué aporta más allá del contexto particular de la ODE, así como del caso catalán.

3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

La libertad de expresión es un derecho humano fundamental, esencial para la democracia. Es la base del derecho a la participación pública y política. Su fundamento se encuentra en el Derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los grupos minoritarios y desfavorecidos gozan además de protección adicional en virtud del Derecho internacional para asegurar que su voz sea escuchada y protegida. Aunque no es un derecho absoluto, los Estados solo pueden restringir la libertad de expresión en circunstancias limitadas. La opinión sobre temas políticos y cuestiones de interés público está fuertemente protegida y solo puede ser restringida en casos muy estrictos. Esta regla se aplica igualmente a los debates en torno a la autodeterminación y las estructuras políticas del Estado, incluida la secesión, siempre que no hagan apología de la violencia ni promuevan el odio. Del mismo modo, la libertad de reunión, relacionada con protestas pacíficas, también ha sido declarada un derecho humano fundamental, interrelacionado con la libertad de expresión y esencial para la participación pública. Al igual que la libertad de expresión, su base está claramente establecida en el Derecho internacional de los derechos humanos y no puede ser restringida salvo en circunstancias estrictas, lo que incluye también la protección de los debates sobre cuestiones como la secesión.

Los conflictos que emanan de los debates sobre la independencia de Cataluña han planteado numerosos desafíos a la libertad de expresión y reunión en España. En este capítulo se repasan las normas internacionales que gobiernan la libertad de expresión y de reunión, las polémicas surgidas en España en el contexto de estos conflictos y la respuesta

de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos. Estas respuestas sitúan las actuaciones del Gobierno español en el contexto del marco internacional de derechos humanos y denotan que muchas de las actuaciones emprendidas en respuesta a los debates sobre la independencia han supuesto un incumplimiento de las obligaciones dimanantes del Derecho internacional de los derechos humanos. En torno a este asunto se plantea la cuestión de si esas actuaciones son lo suficientemente habituales como para considerarlas una discriminación sistemática o que «afectan a un grupo objetivamente identificable». El gran número de declaraciones y veredictos de organismos y expertos internacionales en derechos humanos que constatan violaciones de las normas respalda esta conclusión de discriminación sistemática.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

Las órdenes de detención europeas emitidas contra líderes políticos catalanes plantean cuestiones de gran actualidad sobre los límites de la «confianza mutua» entre las democracias europeas. La jurisprudencia en evolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia señala que puede denegarse la ejecución de una orden en los casos en que las deficiencias del Estado solicitante afecten a «un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado». Este capítulo examina cómo debe valorarse esta jurisprudencia cuando el grupo en cuestión es objeto de vigilancia ilegal. La vigilancia ilegal es un problema endémico y mundial, pero el escándalo del «Catalangate» indica hasta qué punto ha sido relevante en Cataluña como consecuencia, sobre todo, del uso del programa espía Pegasus. La identificación de la naturaleza y el estatus jurídico de dicha vigilancia puede ayudar a comprender cómo moldea los contornos de determinados grupos «objetivamente identificables» cuando son vigilados. La vigilancia puede ser legal, como ha sido reconocido especialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando respeta las normas del Convenio, siempre que sea necesaria y proporcional (normalmente, en el seno de investigaciones judiciales). Sin embargo, no cabe duda de que la vigilancia puede constituir una violación de los derechos humanos, como han denunciado en el caso español diversos observadores internacionales. Esto es particularmente probable, en realidad, cuando asume un carácter indiscriminado porque se dirige a un grupo amplio. La vigilancia puede, por ende, menoscabar el derecho a un proceso equitativo y debe entenderse como un factor clave pertinente a la hora de decidir si se ejecuta o no una orden de detención europea.

5. Nico Krisch, Violaciones de derechos políticos y el movimiento independentista catalán como «grupo objetivamente identificable»

Este capítulo analiza la violación de los derechos políticos como posibles deficiencias que afectan a grupos objetivamente identificables. En él se describe la jurisprudencia

internacional que delimita de manera más clara los derechos políticos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con especial atención a la relación entre las violaciones de tales derechos y la pertenencia de los afectados a determinados grupos políticos, sociales o culturales. A continuación, utiliza estos antecedentes para profundizar en las injerencias en los derechos políticos por parte del Estado español contra el movimiento independentista catalán. Analiza los distintos casos en que se han restringido los derechos políticos que, considerados de forma conjunta, suponen una grave injerencia que ha mermado gravemente la capacidad de los políticos y activistas de la sociedad civil catalanes para desempeñar sus funciones. A continuación, el capítulo examina las posibles justificaciones en que se basan tales injerencias, si bien concluye que, también a la luz de las decisiones de los tribunales internacionales y europeos que resolvieron cuestiones conexas, no puede aceptarse tal justificación y que, por tanto, nos encontramos ante una serie de graves violaciones de los derechos políticos. En la medida en que se dirigen específicamente contra un grupo político y social concreto, dichas violaciones constituyen deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable en el sentido que le atribuye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6. Alejandro Chehtman, El derecho a la verdad y el «proceso» catalán

En este capítulo se examinan, en primer lugar, los orígenes, la base legal y el alcance del derecho a la verdad tal y como es aplicable en España en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, como obligación estipulada en los sistemas europeos y universal. Aunque reconoce al Derecho internacional humanitario (DIH) como un precursor importante, identifica el origen directo de este derecho en las transiciones latinoamericanas como instrumento jurídico que sirve para arrojar luz sobre violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado en contextos de inacción estatal e impunidad generalizada. Además, traza su expansión dentro del sistema interamericano y hacia sus homólogos europeos y africanos, hasta ser finalmente reconocido en el marco del sistema universal. En resumen, muestra cómo este derecho implica en última instancia la obligación de los Estados de llevar a cabo investigaciones imparciales, exhaustivas y rápidas sobre las violaciones de los derechos humanos, y cómo su cumplimiento exige algún tipo de rendición de cuentas. En particular, este derecho está internamente relacionado con la confianza del individuo en el compromiso de las autoridades estatales con el Estado de Derecho, su fiabilidad y la importancia de que no se repitan estas violaciones. Su titularidad recae conjuntamente, o de forma complementaria, en víctimas individuales y colectivos que hayan podido verse perjudicados o afectados por determinados sucesos.

Sobre esta base, el capítulo analiza si las medidas adoptadas en respuesta a determinados acontecimientos suponen o no un cumplimiento de las obligaciones de España con respecto al derecho a la verdad. En concreto, examina las denuncias formuladas por las víctimas y otros electores en relación con las medidas adoptadas por España en respuesta a la violencia desatada en torno al referéndum de independencia, y al movimiento

independentista en general, y los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils que se produjeron en medio del «procés» catalán. En cuanto a lo primero, documenta el marcado contraste entre el procesamiento de líderes y ciudadanos catalanes y la persecución judicial de agentes de policía y de otras fuerzas de seguridad. No obstante, reconoce que la actuación de las víctimas y de la sociedad civil ha movido a las autoridades a enfrentarse no solo a actos individuales de violencia, sino también a abordar las denuncias de aspectos sistémicos de la violencia y la posible responsabilidad de mandos medios. En esta medida, el derecho a la verdad ha sido de utilidad y ha ayudado a las víctimas y a las organizaciones de la sociedad civil a presionar para obtener respuestas institucionales más adecuadas. En cambio, hay ciertos aspectos denunciados por las víctimas de los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils que las autoridades españolas se han negado a afrontar e investigar con firmeza de una forma que satisfaga las rigurosas exigencias del derecho a la verdad. En el contexto más amplio en el que se han producido estas medidas de respuesta, el trato dado a estas peticiones de las víctimas catalanas contribuye a afirmar que dichas medidas han dado lugar a deficiencias sistemáticas que afectan a un grupo objetivamente identificable.

Colaboradores

David Banisar es profesor visitante sénior en el Departamento de Gobierno de la London School of Economics and Political Science y abogado y consultor de derechos humanos en Londres. Anteriormente fue asesor legal sénior de ARTICLE 19, la campaña internacional por la libertad de expresión e información, profesor investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leeds e investigador visitante en la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard.

Alejandro Chehtman es decano y profesor de Derecho en la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires. También es miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) argentino. Anteriormente ha sido profesor en el Departamento de Derecho de la LSE, beca Marie Skłodowska-Curie en la Facultad de Derecho del University College de Londres, profesor visitante en el Carr Center for Human Rights Policy, en Harvard Kennedy School, y profesor visitante en la Universidad de Girona y en LUISS, en Roma. Su libro, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, fue publicado por Oxford University Press en 2010.

Nico Krisch es catedrático de Derecho Internacional y director del Departamento de Derecho Internacional, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra. Ha sido profesor en la London School of Economics, la Hertie School de Berlín y el Institut Barcelona d'Estudis Internacionals, así como profesor visitante en las facultades de Derecho de Harvard y Columbia. Sus intereses como investigador se centran en la estructura jurídica de la gobernanza mundial y la política del Derecho internacional. Su libro de 2010, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law* (OUP), recibió el Certificado de Mérito de la Sociedad Estadounidense de Derecho Internacional y, en 2019, fue galardonado con el Premio inaugural Max Planck-Cambridge de Derecho Internacional.

Frédéric Mégret es catedrático de Derecho y titular de la cátedra Hans & Tamar Oppenheimer de Derecho Internacional Público de la Universidad McGill de Montreal. También es codirector del Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico de la Universidad McGill. Anteriormente, ocupó una cátedra de investigación canadiense sobre Derecho de los Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico en McGill, fue profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, becario Boulton en la Universidad McGill e investigador asociado en el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Es coeditor de *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal* (Oxford University Press, 2020) y *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Oxford University Press, 2020). En noviembre de 2022, el profesor Mégret recibió el doctorado honoris causa de la Universidad de Copenhague en reconocimiento a su labor en el ámbito del Derecho internacional.

Neus Torbisco Casals es profesora adjunta de Derecho e investigadora sénior en el Centro Albert Hirschman sobre Democracia del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo de Ginebra. También es miembro del cuerpo docente de la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de Ginebra y profesora asociada de Derecho en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Ha ocupado puestos docentes y de investigación, entre otros, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, el Departamento de Derecho de la London School of Economics y la Facultad de Derecho de Harvard. Experta en derechos humanos, diversidad cultural y reivindicaciones de identidad y derechos de minorías y pueblos indígenas, es autora de *Group Rights as Human Rights: A Liberal Approach to Multiculturalism* (Springer, 2006).

Capítulo 1

Introducción: confianza mutua, derechos fundamentales y Tribunal de Justicia de la Unión Europea - El asunto *Puig Gordi y otros* en contexto

Neus Torbisco Casals

Profesora adjunta de Derecho, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Ginebra;
Profesora asociada de Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

I. Introducción

Con su sentencia Lluís Puig Gordi y otros, de 31 de enero de 2023 (en lo sucesivo, *Puig Gordi y otros*),¹ la Gran Sala del Tribunal de Justicia (TJUE) ha dado un paso importante para aclarar el ámbito de aplicación y los límites de la confianza mutua entre los Estados miembros en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) de la UE. La sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español en el proceso penal contra el Sr. Puig Gordi y otros destacados dirigentes independentistas catalanes, entre ellos el expresidente y actual eurodiputado Sr. Carles Puigdemont i Casamajó, que permanecen exiliados en Bélgica tras el referéndum de autodeterminación celebrado en Cataluña el 1 de octubre de 2017.

Antes de plantear la cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo español había emitido varias órdenes de detención europeas (en adelante ODE) y solicitudes de extradición contra el Sr. Puigdemont y otros miembros destacados del movimiento independentista catalán en el exilio en el marco de una actuación más amplia encaminada a su enjuiciamiento penal en Madrid por sedición y rebelión por su participación en la organización del referéndum de 2017. Sin embargo, varios países europeos —entre ellos Alemania, Bélgica, Reino Unido e Italia— se habían negado a ejecutar las ODE, y Suiza había considerado que las solicitudes de extradición estaban relacionadas con delitos políticos, por lo que se negó a darles curso. Las ODE no prosperaron por diversas razones, desde cuestiones formales hasta problemas de doble tipificación y de inmunidad en el Parlamento Europeo.² El tribunal alemán rechazó la ODE contra el Sr. Puigdemont en relación con el delito de rebelión porque, por razones de protección de los derechos fundamentales, no podía interpretarse que la legislación alemana contuviera una infracción penal equivalente para los actos no violentos cometidos por el acusado.³ Los tribunales belgas se basaron en la falta de jurisdicción del Tribunal Supremo español con respecto a uno de los acusados, el Sr. Puig Gordi, al considerar que la competencia recaía en los tribunales catalanes, lo que planteó interrogantes sobre el derecho fundamental a ser juzgado «por un tribunal predeterminado por la ley».⁴ Los tribunales belgas fundamentaron esta decisión en las conclusiones anteriores del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, que había señalado que la detención preventiva de otros líderes independentistas vulneraba los derechos humanos

1 TJUE, sentencia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21.

2 Véase Torbisco Casals y Krisch, capítulo 2 de este volumen.

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

4 Hof van Beroep de Brussel, Decisión n.º 2021/79, de 7 de enero de 2021. En cuanto a las solicitudes de entrega de los eurodiputados Carles Puigdemont, Toni Comín y Clara Ponsatí, los tribunales belgas no continuaron con el procedimiento a causa de su inmunidad parlamentaria.

internacionales, incluida la libertad de expresión y reunión, así como el derecho a un proceso equitativo y a un tribunal competente.⁵ El Grupo de Trabajo, por su parte, había tenido en cuenta la decisión alemana y las preocupaciones planteadas incluso con anterioridad por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión, quien había advertido de que «la imputación del delito de rebelión podría considerarse excesiva y, por tanto, incompatible con las obligaciones de España con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos».⁶

Con la denegación de ejecución de las ODE, el Tribunal Supremo español decidió pedir colaboración a Luxemburgo y solicitar al TJUE que aclarase si era admisible que un tribunal nacional se negara a ejecutar una ODE aduciendo los motivos esgrimidos por los tribunales belgas. Dado que el TJUE viene insistiendo desde hace tiempo en la necesidad de ejecutar las órdenes de detención europeas de forma casi automática, salvo en circunstancias muy limitadas, el Tribunal Supremo esperaba que se respaldara su criterio, más aún teniendo en cuenta que recibió el apoyo del Abogado General del TJUE. Sin embargo, el propio Tribunal adoptó una postura diferente. Al tiempo que subrayaba la necesidad de que los Estados miembros practicasen la confianza mutua, abría a su vez la posibilidad de aplicar una nueva excepción de carácter más general a la ejecución automática de las ODE basada en «deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable». Aunque no lo afirmaba de manera expresa, se trataba claramente de una respuesta a los problemas específicos de derechos humanos planteados en el asunto concreto pero aplicables a todos los miembros del movimiento catalán de autodeterminación.

En este volumen analizamos detalladamente la propia sentencia y sus implicaciones, así como el contexto necesario para entenderla. Con ello pretendemos ahondar en la noción de «deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable», indagando tanto en su justificación como en los tipos de deficiencias presentes en el contexto del conflicto relativo a la independencia de Cataluña durante el último decenio. En esta Introducción, comienzo este análisis ubicando la sentencia dictada en el asunto *Puig Gordi y otros* en la evolución de la relación entre confianza mutua y protección de derechos fundamentales en el marco de la cooperación de la UE en materia de seguridad y justicia (sección II). A continuación, esbozo los antecedentes políticos del caso en el conflicto político entre Cataluña y España a partir de 2010, con especial atención al referéndum de independencia de 2017 y la respuesta represiva del Estado español, especialmente de su poder judicial (sección III). Por último, la sección IV presenta un resumen general del resto del volumen y de las distintas aportaciones de otros autores.

5 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Opinión n.º 6/2019 relativa a Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol y Oriol Junqueras I Vies (España), de 13 de junio de 2019, Doc. NN. UU. A/HRC/WGAD/2019/6.

6 *Ibidem*, apartados 115 y 116.

II. Confianza mutua y derechos fundamentales en la evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE

El equilibrio entre el principio de confianza mutua y la protección de los derechos fundamentales ha sido polémico desde el mismo inicio de la cooperación de la UE en materia de justicia y seguridad. El TJUE ha tenido que enfrentarse a ella en varias ocasiones a lo largo de los últimos decenios, especialmente en cuestiones relacionadas con el sistema europeo común de asilo y el sistema de la ODE, que representa una piedra angular de la cooperación de la UE en este ámbito.⁷

Establecido por el Tratado de Ámsterdam en 1999, el ELSJ se percibió como un paso decisivo en el proceso de integración política destinado a garantizar la libre circulación de personas dentro de la Unión, a la vez que ofrecía un elevado nivel de protección mediante la cooperación judicial y policial y políticas comunes de asilo e inmigración. Con el cambio de siglo, la mutación de las instituciones europeas originales resultante de las sucesivas revisiones de los Tratados ya había ampliado el ámbito de actuación de la UE más allá de la esfera económica inicial con el fin de incluir una dimensión social. En particular, el progresivo refuerzo de las competencias de las instituciones europeas derivó en una creciente intervención de estas en la asignación y redistribución de los bienes públicos: no solo la policía y la seguridad común, sino también el control de la seguridad alimentaria, el turismo y la inmigración, los riesgos medioambientales, la lucha contra el racismo y la xenofobia, la política exterior, etc. Esta dimensión social desempeñó un papel clave para lograr el objetivo de «crear una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», proclamado en el Tratado de Maastricht de 1992, que sustituyó la antigua denominación de «Comunidad Económica Europea» por la de «Unión Europea», con el fin de hacer valer una identidad política propia en la escena internacional. La supremacía del Derecho de la UE, su efecto inmediato en la jurisdicción de sus Estados miembros, pero también la necesidad de proteger los derechos fundamentales y la creciente consolidación del posicionamiento constitucional del TJUE -que asumió una amplia jurisdicción, también en materia de seguridad y penal- son ampliamente reconocidos como decisivos en el proceso europeo de integración supranacional.

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

Supuestamente, la ODE es el instrumento jurídico más importante desarrollado en el ELSJ, el buque insignia del complejo marco institucional y jurídico en materia de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) de la UE, que originalmente formaba parte del «Tercer Pilar» del Tratado de Maastricht (1992). Junto con la creación de agencias jurídicas como Eurojust (plataforma de coordinación e intercambio de información entre fiscales) y la creación de la Fiscalía Europea (encargada de investigar, perseguir y llevar ante la justicia los delitos que atenten contra los intereses financieros de la UE), se considera la culminación del éxito del «método comunitario» en materia policial y penal.⁸

La mejora de la cooperación judicial en materia penal tuvo un interés primordial durante toda la década de 1990, pero se convirtió en una prioridad política especial tras el 11-S. La orden de detención europea se aprobó en julio de 2002 por medio de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros de la UE (en lo sucesivo, «Decisión Marco»), que entró en vigor en todos los Estados miembros en 2004.⁹ Su principal objetivo consistía en facilitar una aplicación transfronteriza eficaz de la ley simplificando la detención y el traslado de las personas sospechosas de haber cometido un delito (o ya condenadas) para someterlas a un proceso penal o ejecutar una orden de detención o una pena privativa de libertad. Para ello, los antiguos y complicados procedimientos de extradición, que implicaban importantes cargas burocráticas y políticas, fueron sustituidos por un procedimiento de entrega simplificado. A diferencia del sistema tradicional, la ODE es dictada por la autoridad judicial de un Estado miembro y debe ser tramitada, con carácter de urgencia, por las autoridades judiciales —no políticas— del Estado miembro requerido. Para los delitos principales enumerados en la Decisión Marco, por lo general ordena la ejecución sin examinar el caso subyacente.

Desde un primer momento, sin embargo, una de las mayores preocupaciones con respecto a la forma expeditiva —casi automática— en que se pretende que se tramite la ODE fue su posible impacto sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas. Inicialmente, se suponía que este riesgo quedaba mitigado por la presunción general de confianza entre los quince Estados miembros de aquel momento, una presunción que es esencial para el funcionamiento eficaz del sistema y que constituye la base para mejorar la cooperación en materia penal y de seguridad. En este ámbito la confianza se concibe generalmente en términos normativos, como un imperativo *vinculante* integrado en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Este concepto supone un desafío que excede del ámbito judicial e impregna los debates fundacionales sobre

8 Steve Peers: «EU Criminal Law and Police Cooperation», Paul Craig y Gráinne de Búrca (eds), *The Evolution of EU Law* (Oxford University Press 2021) p. 757.

9 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Diario Oficial L 190, de 18 de julio de 2002, P. 0001. Con respecto a la creación y evolución de la Decisión Marco, véase también, con mayor detalle, Torbisco Casals y Krisch, capítulo 2 de este volumen.

la identidad de la UE como entidad política supranacional cuya legitimidad y autoridad emanan del hecho de que sus miembros comparten una ética y unos valores políticos democráticos, especialmente el respeto de los derechos humanos y del Estado de Derecho. De ahí que, en principio, dicha presunción de confianza imponga importantes limitaciones al grado de escrutinio que las autoridades judiciales pueden aplicar cuando reciben una ODE.

Partiendo de esta idea de confianza, la Decisión Marco de la UE que regula la ODE pretendía crear un mecanismo simplificado de cooperación para la entrega de sospechosos de la comisión de delitos o delincuentes condenados que se basara en el principio de reconocimiento mutuo y en «el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros»¹⁰. Hace dos decenios era necesario centrarse en la eliminación de los obstáculos a la cooperación judicial en materia penal y de seguridad dentro de un modelo de integración supranacional que se esforzaba, sobre todo, por facilitar el proceso de integración y favorecer la eficacia. Aunque las consideraciones en materia de derechos humanos no se pasaron totalmente por alto, ciertamente tuvieron una importancia marginal en la concepción inicial del sistema de la ODE. Su principio rector era que las órdenes de detención europeas debían ejecutarse de manera automática, y solo en circunstancias muy excepcionales se permitía a las autoridades judiciales comprobar los motivos por los que se había dictado la orden o investigar más a fondo los antecedentes.

Sin embargo, el optimismo inicial sobre las formas automáticas de cooperación basadas en la confianza mutua se fue desvaneciendo progresivamente. Por un lado, el reparto más amplio de competencias de la UE, que llevó a intensificar la cooperación entre los Estados miembros en ámbitos como el Derecho penal, aumentó las posibilidades de quebrantamiento de la confianza y planteó riesgos para los derechos fundamentales, haciendo necesario un aumento de los controles. Por otra parte, el paso a un enfoque más cauteloso con respecto a la confianza (es decir, no asumido tan a ciegas y automáticamente vinculante, y más racionalizado o reflexivo) guarda relación con el inestable panorama político europeo del último decenio. En concreto, la aparición de movimientos autoritarios populistas ha puesto en tela de juicio las visiones consolidadas de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho que estaban en la base del proceso de integración política en Europa. Esta involución aumenta el riesgo de fallos sistémicos, o de graves deficiencias a nivel nacional en la protección de los derechos fundamentales, moderando así el optimismo del pasado con respecto a las formas automáticas de cooperación judicial y cumplimiento, un optimismo basado en un modelo idealizado de integración supranacional que presupone compromisos democráticos sólidos tales como los esfuerzos por «tomarse los derechos en serio», parafraseando el título del libro del célebre filósofo jurídico y político estadounidense Ronald Dworkin.¹¹

10 TJUE, sentencia de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11.

11 Ronald Dworkin: «Los derechos en serio» (Ariel, 1984).

En este contexto, la sentencia dictada en el asunto *Puig Gordi y otros* supone un cambio de perspectiva importante, que culmina los esfuerzos interpretativos anteriores con el objeto de lograr un mejor equilibrio entre la confianza mutua y la protección de los derechos fundamentales. Precisamente, tal como se explica en el capítulo 2, con el paso del tiempo aumentó la presión para que las autoridades judiciales de los Estados miembros aplicaran un mayor grado de control, que se consideraba necesario para atajar las prácticas abusivas dentro del sistema. Aunque el TJUE siguió insistiendo en la importancia del reconocimiento mutuo entre los Estados miembros, fue abriendo paulatinamente la puerta a permitir excepciones a este principio (y, por tanto, a admitir una forma de confianza vinculante). Y lo que es más importante, en 2016 aceptó la denegación de una orden de detención por parte de un juez nacional en aquellos casos en los que existieran deficiencias «sistémicas» o «generalizadas» en la protección de los derechos fundamentales (en el Estado miembro requirente) si estas deficiencias podían afectar directamente a la persona de que se trate.¹²

Sin embargo, el asunto catalán sometido al TJUE en marzo de 2021, planteaba un reto diferente. Surgidos del conflicto político en torno al derecho de autodeterminación y el referéndum de independencia, los casos subyacentes no se referían a deficiencias sistémicas o generalizadas que afectaran al sistema judicial español en su conjunto. En cambio, la preocupación por los derechos fundamentales derivada de este conflicto estaba estrictamente delimitada: solo afectaba a un grupo concreto y claramente definido de personas, a saber, los miembros del movimiento político independentista catalán. En este sentido, diversos organismos internacionales (entre ellos el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) han constatado vulneraciones de las libertades de expresión y reunión, de los derechos políticos y de las garantías procesales que afectan a integrantes de este grupo concreto.¹³

A primera vista, la argumentación judicial en *Puig Gordi y otros* respalda en un sentido formal la regla de la ejecución automática y el reconocimiento mutuo (replicando así la lógica del régimen de la ODE). Sin embargo, el TJUE va más allá de las excepciones anteriormente reconocidas en relación con las «deficiencias sistémicas» y, basándose en un pasaje de su jurisprudencia hasta entonces prácticamente irrelevante, crea una nueva categoría de excepciones a la confianza recíproca relacionadas con las «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado».¹⁴ Por lo tanto, las autoridades judiciales de ejecución también podrían denegar la ejecución de una orden de detención europea si consideraran que la persona de que se trate «correrá un riesgo real de vulneración del derecho fundamental» en cuestión

12 TJUE, sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU.

13 Véase Torbisco Casals y Krisch, capítulo 2 de este volumen; también Krisch, capítulo 5 de este volumen.

14 TJUE, *Puig Gordi y otros*, n.º 1 *supra*.

debido a su pertenencia concreta a dichos «grupos identificables», una excepción que podría entenderse como un eco del pasaje del preámbulo de la Decisión Marco que hace referencia a las persecuciones discriminatorias.¹⁵

En resumen: esta nueva categoría jurídica, conceptualmente diferente y potencialmente más amplia que la anteriormente aceptada de «deficiencias sistémicas», resultará probablemente crucial para el funcionamiento del sistema de la ODE en el futuro. Aunque habrá pocos Estados miembros con deficiencias sistémicas que afecten a un Estado miembro en su conjunto, es probable que aumente el número de supuestos con deficiencias que afecten a determinados grupos vulnerables o minoritarios, ya sean políticos, sociales, étnicos o lingüísticos. En el caso de España, con su reciente historial de problemas de derechos humanos especialmente graves relacionados con el contexto catalán, el TJUE ha abierto la puerta a que los tribunales nacionales presten especial atención a los riesgos para los derechos humanos que afectan a grupos o a las deficiencias del Estado de Derecho.

III. El contexto político: el referéndum independentista catalán y la crisis constitucional española

El giro jurisprudencial en *Puig Gordi y otros* solo puede entenderse de una manera adecuada teniendo en cuenta el trasfondo del conflicto político entre Cataluña y España y las luchas por la autodeterminación que tuvieron su punto álgido en el referéndum independentista de 2017 y su posterior criminalización.¹⁶

15 Decisión Marco, n.º 9 *supra*, preámbulo, apartado 12.

16 Para un análisis más amplio de los antecedentes y los acontecimientos posteriores al referéndum de independencia, véase Peter A Kraus y Joan Verges Gifra (eds.): *The Catalan Process: Generalitat de Catalunya - Institut d'Estudis de l'Autogovern 2017: Sovereignty, Self-Determination and Democracy in the 21st Century*; Óscar García Agustín: *Catalan Independence and the Crisis of Sovereignty* (Springer Nature, 2020).

El 1 de octubre de 2017 Cataluña celebró un referéndum de independencia, que fue declarado ilegal por el Tribunal Constitucional español y culminó un complejo proceso que se prolongó durante más de un decenio con una fuerte carga política; un proceso con origen en agravios históricos profundamente arraigados relacionados con cuestiones culturales y económicas, como los derechos lingüísticos, la justicia redistributiva y el reconocimiento de la identidad como parte de reivindicaciones soberanistas más amplias que se remontan a tiempos preconstitucionales. A pesar haberse declarado su ilegalidad, e incluso ante las severas medidas adoptadas en contra por los tribunales y el Gobierno españoles, el Gobierno regional de Cataluña, encabezado por el presidente Carles Puigdemont, decidió seguir adelante con la votación con el respaldo de una sólida mayoría de representantes en el Parlamento catalán y de las dos principales asociaciones de la sociedad civil (*Assemblea Nacional Catalana* y *Òmnium Cultural*). Ambas ONG habían desempeñado un papel fundamental en la movilización de la sociedad y la organización de protestas masivas que hicieron cambiar de opinión política a los principales partidos políticos catalanes (tanto conservadores como progresistas) desde julio de 2010, cuando el Tribunal Constitucional español dictó una sentencia que declaraba inconstitucionales catorce artículos del Estatuto de Autonomía de Cataluña –equivalente a una Constitución regional– e imponía una interpretación restrictiva de otros veintisiete.¹⁷ El 10 de julio de 2010, justo después de que se hiciera pública la sentencia del Tribunal Constitucional español, Òmnium Cultural y otras asociaciones de la sociedad civil organizaron una manifestación masiva para protestar contra dicha decisión. Asistieron más de un millón de personas que marcharon pacíficamente por las calles de Barcelona bajo el lema: «Somos una nación. Nosotros decidimos». Según publicó la prensa internacional y local, fue la mayor manifestación celebrada en España desde la transición a la democracia y contó con el apoyo de los principales sindicatos y partidos políticos representados en el Parlamento catalán.

La constitucionalidad del «Estatuto catalán» -aprobado por el Parlamento catalán con el apoyo de una amplia mayoría en 2005, aprobado por el Parlamento español y ratificado posteriormente por los votantes catalanes mediante referéndum en 2006- había sido cuestionada por el Partido Popular, uno de los dos partidos mayoritarios de España, si bien con escasa representación en Cataluña. Así pues, la sentencia del Tribunal Constitucional fue ampliamente percibida en Cataluña como una injerencia por motivos políticos, una afrenta a la voluntad del pueblo catalán y a su legítimo derecho al autogobierno. Desencadenó protestas masivas y marchas civiles durante los años siguientes, en los que creció el descontento social en Cataluña como reacción contra lo que se consideraba una política central arrogante en Madrid y el olvido de las reivindicaciones históricas de autogobierno, incluidos los derechos culturales y lingüísticos, la soberanía fiscal (para corregir una situación sistémica de déficit económico) y el reconocimiento oficial de Cataluña como nación. En Cataluña se crea la Asociación de Municipios por la Independencia (AMI), que agrupa a 780 de los cerca de 1 000 municipios locales con el

¹⁷ Tribunal Constitucional, sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010.

objetivo de defender el derecho de autodeterminación. Entre 2009 y 2011 se celebraron en municipios de toda Cataluña una serie de referéndums simbólicos —no vinculantes ni oficiales— o *consultes populars* (consultas populares) sobre la independencia.

En conjunto, este proceso social tuvo un profundo impacto político que ha canalizado los acontecimientos políticos que constituyen el trasfondo de la sentencia del TJUE en el asunto *Puig Gordi y otros*. Como respuesta al creciente descontento social, y a una manifestación masiva en 2012, el Sr. Artur Mas, a la sazón presidente de Cataluña, convocó elecciones anticipadas para el 25 de noviembre de 2012. A principios de ese año, el Sr. Mas había intentado buscar el apoyo del Gobierno español en Madrid para una propuesta de reforma fiscal, pero el presidente del Gobierno español, el Sr. Mariano Rajoy, había rechazado su iniciativa y se había negado sistemáticamente a entablar un diálogo positivo que permitiese resolver la crisis política en Cataluña. Las elecciones otorgaron una clara mayoría a los partidos independentistas, y el recién constituido Parlamento de Cataluña acordó la celebración de una consulta pública sobre la independencia durante la siguiente legislatura. En su primera sesión, celebrada en enero de 2013, aprobó una *Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo catalán*. La declaración afirmaba que «el pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano», y que el pueblo tenía derecho a decidir su futuro político colectivo.¹⁸ La Declaración fue aprobada con 85 votos a favor, 41 en contra y 2 abstenciones.

Sin embargo, el Partido Popular —por entonces el partido político gobernante en España, pero con una representación minoritaria en el Parlamento catalán— recurrió la *Declaración de Soberanía* ante el Tribunal Constitucional. En su sentencia de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 1 de la *Declaración de Soberanía*, que establece que «Cataluña es una nación».¹⁹ El Tribunal Constitucional aceptó, sin embargo, que existía un «derecho a decidir» derivado del principio de pluralismo democrático. Aunque este derecho no implica un derecho unilateral a celebrar un referéndum de autodeterminación, sí permite iniciativas de reforma constitucional. La sentencia reflejaba los objetivos ambiguos y contradictorios de la Constitución: por un lado, preservar España como «la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles»; por otro, su intención de «reconocer y garantizar el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y [hacer posible] la solidaridad entre todas ellas».²⁰

18 Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya (Tram. 250-00059/10 i 250-00060/10), disponible en <https://www.parlament.cat/document/intrade/7094/>.

19 Tribunal Constitucional, sentencia 42/2014, de 25 de marzo de 2014.

20 Artículo 2 de la Constitución Española.

El 19 de septiembre de 2014, el Parlamento catalán aprobó por amplia mayoría (106 votos a favor de un total de 135) una ley para regular las consultas públicas, pero ese mismo mes el Gobierno español presentó un recurso de inconstitucionalidad contra esta ley. El Tribunal Constitucional se reunió en sesión extraordinaria ese mismo día. Admitió el recurso y suspendió los preceptos de la legislación catalana impugnados.²¹ Tras la sentencia del Tribunal Constitucional y nuevos obstáculos para llevar a cabo el anuncio oficial de una consulta, el Presidente del Gobierno de Cataluña, Sr. Artur Mas, anunció un «proceso de participación ciudadana» a través de una consulta pública supervisada por voluntarios con efectos meramente simbólicos. El Sr. Mas había intentado anteriormente negociar un referéndum pactado con el Gobierno español, sin éxito.

La consulta popular se celebró el 9 de noviembre de 2014. La primera pregunta fue: «¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?». En caso de respuesta afirmativa, la segunda pregunta era: «¿Quiere que este Estado sea independiente?». El objetivo de la segunda pregunta era proponer una reforma federal de la Constitución española, que pudiera ofrecer una solución política al conflicto. La participación fue de solo el 37 %, ya que la consulta no se percibía como vinculante en modo alguno, y sin embargo más del 80 % de quienes votaron —1,9 millones de personas— lo hicieron a favor de la plena soberanía.²² El Tribunal Constitucional declaró ilegal la votación,²³ y el Sr. Mas y algunos de sus ministros se enfrentaron a acusaciones penales relacionadas con la consulta no vinculante al entenderse que desafiaba a la sentencia del Tribunal Constitucional español y era un acto de desobediencia. En marzo de 2017, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenó al Sr. Mas y a otros dos miembros de su Gobierno por un delito de desobediencia e inhabilitó para el ejercicio de su cargo a una tercera persona, que había sido *conseller*, a la sazón diputado del Parlamento español. El Tribunal les impuso multas elevadas y los inhabilitó para el ejercicio de cargos públicos por un tiempo significativo.²⁴ Aunque varios funcionarios catalanes fueron absueltos de cargos tales como la malversación de caudales públicos, el Tribunal de Cuentas español incoó posteriormente un procedimiento para reclamar a los funcionarios condenados los costes de la consulta, unos 5 millones de euros.²⁵

Este nuevo intento del Gobierno español de criminalizar el movimiento independentista supuso un punto de inflexión. Marcó el endurecimiento de su estrategia política, que iba

21 Tribunal Constitucional, auto de 29 de septiembre de 2014, Recurso de inconstitucionalidad n.º 5829-2014.

22 Véase Fernando J. Pérez y Pere Ríos: «1,8 millones de personas votan por la independencia catalana en el 9-N», *El País*, 10 de noviembre de 2014.

23 Tribunal Constitucional, sentencia 32/2015, de 25 de febrero de 2015.

24 Véase Raphael Minder: «Artur Mas, Former Catalan Leader, Is Barred From Holding Office», *The New York Times*, 13 de marzo de 2017.

25 Véase Carlota Guindal: «Artur Mas y tres exconsellers, condenados a pagar 4,9 millones por la consulta del 9-N», *La Vanguardia*, 12 de noviembre de 2018.

a implicar a todos los órganos del poder del Estado, incluidas las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales nacionales, así como a la propia monarquía. En julio de 2015, una coalición independentista catalana liderada por el Sr. Artur Mas anunció que buscaría la independencia por medios políticos ante la imposibilidad de negociar con España, en caso de ganar unas nuevas elecciones anticipadas convocadas para el 27 de septiembre de 2015, que se convirtieron, así, en un plebiscito. Los partidos nacionalistas catalanes incluyeron el objetivo de la plena independencia en sus programas electorales. A continuación, el Parlamento español aprobó una ley que otorgaba poderes sin precedentes al Tribunal Constitucional para hacer cumplir sus sentencias. Esta reforma legal tenía por objeto contrarrestar una posible victoria independentista y politizar aún más las funciones del Tribunal Constitucional. Posteriormente fue criticada por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa al considerar que socavaba la neutralidad del Tribunal Constitucional.²⁶

Las elecciones dieron la mayoría a los partidos independentistas *Junts pel Sí* (Juntos por el Sí) y la CUP (Candidatura de Unidad Popular). El Partido Popular del Sr. Rajoy, mayoritario en España, solo obtuvo 11 de los 135 escaños en el Parlamento de Cataluña. El 9 de noviembre de 2015, el nuevo Parlamento de Cataluña aprobó una resolución que declaraba el inicio del *procés* para lograr la independencia. En respuesta, el Gobierno español afirmó que podría utilizar cualquier mecanismo judicial y político disponible previsto en la Constitución y en la ley para defender la soberanía del pueblo español y el interés general de España.

Tras prolongadas negociaciones para formar gobierno, el Sr. Mas dimitió de su cargo de presidente y fue sustituido por Carles Puigdemont. En septiembre de 2016, el Sr. Puigdemont superó una cuestión de confianza en el Parlament mediante el anuncio de la celebración de un referéndum vinculante sobre la independencia en el segundo semestre de 2017. El Sr. Puigdemont reafirmó su voluntad de buscar un acuerdo sobre el referéndum con el Gobierno español durante una reunión en Madrid en enero de 2017; sin embargo, su propuesta fue rápidamente rechazada por el Sr. Rajoy. En junio de 2017, el presidente catalán anunció que el referéndum se celebraría el 1 de octubre y que la pregunta sería: «¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de república?». La respuesta del Gobierno español fue que un referéndum sería ilegal, por lo que se impediría su celebración.

A principios de septiembre de 2017, el Parlamento de Cataluña aprobó una ley que autorizaba formalmente el referéndum y promulgaba una «Ley de Transitoriedad» que proporcionase un marco jurídico a la espera de la aprobación de una Constitución

26 Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), Dictamen 827/2015 sobre la Ley de 16 de octubre de 2015 de reforma de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, de 13 de marzo de 2017.

catalana en caso de que la mayoría de los ciudadanos votara a favor de la independencia.²⁷ La ley del referéndum se basaba expresamente en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del que se afirmaba que tenía efecto directo en el ordenamiento jurídico español en virtud de los artículos 10 y 96 de la Constitución española. El 12 de septiembre, el Tribunal Constitucional suspendió la ley (hasta la resolución del recurso del Gobierno español); finalmente, la ley fue declarada nula por el Tribunal Constitucional tras la celebración del referéndum.²⁸

Como es bien sabido, el referéndum catalán se celebró a pesar de la orden de suspensión del Tribunal Constitucional español. Para reprimir el referéndum, el Gobierno español puso en marcha una gran operación policial (Operación Anubis). Su objetivo era investigar y desbaratar la organización del referéndum, para finalmente detener a los funcionarios catalanes responsables, incluido (en particular) el presidente. En el marco de esta operación, el Gobierno español ordenó a la policía incautarse de papeletas de voto y teléfonos móviles; amenazó con imponer elevadas multas (de hasta 300 000 euros) a las personas que actuaran como miembros de las mesas electorales; cerró sitios web y exigió a Google que retirara de la tienda de aplicaciones de Android un buscador de lugares donde votar. La policía fue enviada desde otras regiones españolas para reprimir la votación y cerrar los colegios electorales. El 20 de septiembre de 2017, catorce funcionarios del Gobierno catalán fueron detenidos por la policía española por su supuesta participación en la organización del referéndum y fueron incautadas casi 10 millones de papeletas destinadas a la votación. Las detenciones provocaron concentraciones pacíficas espontáneas en toda Cataluña. En la más concurrida, en Barcelona, se congregaron unas 40 000 personas frente al Ministerio de Economía. Alegando que se trataba de un levantamiento tumultuario, la Fiscalía decidió incoar un procedimiento penal por sedición ante la Audiencia Nacional (tribunal especial en Madrid competente para conocer delitos de excepcional gravedad, como terrorismo o genocidio) contra un número indeterminado de manifestantes y los presidentes de las ONG catalanas a favor de la autodeterminación Òmnium Cultural y Asamblea Nacional Catalana. En respuesta, el Gobierno catalán pidió a los ciudadanos que se comportaran de forma pacífica y responsable y que ignoraran las «provocaciones de quienes quieren impedir la votación».

El referéndum se celebró finalmente el 1 de octubre de 2017, pese a haber sido suspendido por el Tribunal Constitucional y a la violenta operación de las fuerzas policiales paramilitares españolas, en la que participaron unos 6 000 agentes.²⁹ Ciudadanos particulares se organizaron a través de las redes sociales y durante el fin de semana

27 Parlamento de Cataluña, Llei n.º 20/2017 de transitorietat jurídica i fundacional de la República, de 8 de septiembre de 2017.

28 Tribunal Constitucional, sentencia 124/2017, de 8 de noviembre de 2017.

29 Véase Sam Jones y Stephen Burgen: «Referéndum catalán: los resultados preliminares muestran un 90 % a favor de la independencia», *The Guardian*, 2 de octubre de 2017.

del referéndum ocuparon los colegios donde se encontraban las mesas electorales, a fin de que permanecieran abiertos durante la votación. Como consecuencia de la fuerza empleada por la policía, unas 900 personas resultaron heridas y se detuvo a organizadores de las elecciones. Los periodistas internacionales descalificaron las redadas policiales tildándolas de agresión policial desproporcionada; muchos sugirieron que la respuesta del Gobierno de Madrid se asemejaba a los días de la dictadura franquista y la alcaldesa de Barcelona calificó los registros de «escándalo democrático». Tras el referéndum se produjeron protestas y manifestaciones masivas en toda Cataluña. A medida que aumentaba la tensión en torno a Cataluña, el Rey Felipe VI pronunció un discurso televisado a la nación el 3 de octubre de 2017 en el que acusó a las autoridades catalanas de deslealtad al Estado. Calificó de «inadmisible» el impulso independentista, ya que, en su opinión, pretendía romper el orden constitucional. El Rey omitió toda referencia a la violencia policial del 1 de octubre, y su discurso fue recibido por muchos ciudadanos de Cataluña con gran animadversión.

A la luz del resultado del referéndum —el 92 % de los votantes apoyaron la independencia, con una participación del 43 %—, el Parlamento de Cataluña y el Sr. Puigdemont invitaron al Gobierno español a entablar negociaciones encaminadas a una resolución pacífica de la crisis constitucional, así como a aceptar la mediación internacional. El Gobierno español rechazó estas peticiones. Como resultado, el Parlamento de Cataluña declaró la independencia el 27 de octubre de 2017 y fue disuelto inmediatamente por el Gobierno español, que impuso, previa aprobación del Senado, el gobierno directo en virtud del artículo 155 de la Constitución.³⁰ El Gobierno de Madrid también depuso al Gobierno catalán de Barcelona (incluido su presidente, el Sr. Puigdemont) y convocó elecciones regionales para el 21 de diciembre de 2017. El 30 de octubre de 2017, el fiscal general del Estado de España se querelló por los delitos de rebelión, sedición y malversación ante la Audiencia Nacional contra el Sr. Puigdemont y otros políticos «secesionistas». Se había presentado una querrela anterior por similares delitos ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el único tribunal competente para conocer de estos asuntos. Ese mismo día, el Sr. Puigdemont y otros cinco consejeros catalanes se exiliaron a Bélgica.³¹ La criminalización del referéndum de independencia, y del activismo que lo apoyó, cobró impulso rápidamente después del 1 de octubre de 2017. Los cargos presentados contra los dos líderes de la sociedad civil, el Sr. Jordi Cuixart y el Sr. Jordi Sánchez, tras las manifestaciones de septiembre terminaron con su detención a mediados de octubre. A principios de noviembre también se impuso la medida de prisión preventiva a la mayoría de los miembros del Gobierno regional catalán que habían permanecido en España.

30 Véase Raphael Minder y Patrick Kingsley: «Spain Dismisses Catalonia Government After Region Declares Independence», *The New York Times*, 27 de octubre de 2017.

31 Véase «Catalan independence: Carles Puigdemont in Belgium, lawyer says», *BBC*, 31 de octubre de 2017, disponible en <https://www.bbc.com/news/world-europe-41811649>.

A pesar de la extrema situación de los líderes políticos independentistas (algunos en prisión y otros en el exilio), sus partidos independentistas obtuvieron una nueva victoria en las elecciones del 21 de diciembre. Sin embargo, sus esfuerzos por elegir un presidente regional se vieron frustrados como consecuencia del proceso penal.³² El Tribunal Constitucional español impidió que el Parlamento invistiera a Puigdemont, a pesar de que había ganado las elecciones haciendo campaña desde Bruselas, alegando que debía estar físicamente presente en el debate de investidura, un nuevo requisito introducido por el Tribunal. Con el Sr. Puigdemont en el exilio y frente a la amenaza de una detención inmediata al entrar en España, tal presencia era ilusoria. El requisito de presencia física en el Parlamento también frustró un intento de investir al Sr. Jordi Sánchez, cuya solicitud de suspender la medida de prisión preventiva para asistir a la sesión de investidura fue rechazada, incluso después de que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hubiera sugerido la adopción de medidas provisionales a favor del Sr. Sánchez. El siguiente intento de investidura también se vio frustrado por la decisión del juez instructor de ingresar en prisión preventiva al tercer candidato, el Sr. Jordi Turull, el día antes de que se celebrara la votación decisiva en el Parlamento de Cataluña.

A finales de marzo de 2018, veintiséis líderes independentistas habían sido encausados por rebelión y otros delitos graves por el Tribunal Supremo español, que había asumido el conocimiento de estos asuntos. Nueve de ellos estaban en prisión preventiva y siete en el exilio en Bélgica, Reino Unido y Suiza. Para estos últimos, el juez instructor del Tribunal Supremo español emitió órdenes de detención europeas y solicitudes de extradición con el fin de juzgarlos en Madrid. Tras algunos intentos iniciales frustrados —incluida la retirada de las primeras ODE—, esta actuación condujo a la detención, el 25 de marzo de 2018, del Sr. Puigdemont mientras viajaba por Alemania. Sin embargo, como se ha mencionado al inicio, el tribunal alemán rechazó la orden de detención por el delito de rebelión, al igual que hicieron los tribunales belgas con otras personas procesadas en 2018 y, posteriormente, de nuevo en el asunto contra el Sr. Puig Gordi en 2020 y 2021. Los tribunales escoceses no dieron curso a las órdenes inicialmente, para rechazarlas después por razones de inmunidad de los europarlamentarios. Estos asuntos, que constituyen el trasfondo inmediato de la sentencia del TJUE, se examinan con más detalle en el capítulo 2.³³

Como consecuencia de la acusación por rebelión, se suspendió el ejercicio de sus derechos y deberes parlamentarios a los acusados que habían sido elegidos para ocupar escaños en el Parlamento de Cataluña y en el Senado español. Dos de los imputados —Puigdemont y Oriol Junqueras— elegidos eurodiputados en 2019 no fueron incluidos por las autoridades españolas en la lista de nuevos eurodiputados al no haberse presentado (por estar en prisión y exiliados) en Madrid para jurar la Constitución española³⁴. Y la

32 Con respecto a lo siguiente, véase Krisch, capítulo 5 de este volumen.

33 Véase Torbisco Casals y Krisch, capítulo 2 de este volumen.

34 Véase Krisch, capítulo 5 de este volumen.

prisión preventiva continuó incluso a pesar de la conclusión del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas —mencionada al principio— de que esta detención era arbitraria e ilegal en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos³⁵.

El Tribunal Supremo español celebró el juicio principal a los líderes independentistas entre febrero y junio de 2019. En octubre de 2019, doce acusados —ocho consejeros del Gobierno regional, el presidente del Parlamento de Cataluña, así como los dos líderes de la ONG— fueron condenados por delitos de sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia y recibieron penas de hasta trece años de cárcel, lo que supone un total de 99 años de encarcelamiento³⁶.

No fue hasta junio de 2021 y tras intensas críticas internacionales, incluidas las de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa³⁷, cuando los nueve condenados que permanecían en prisión —y que llevaban presos más de tres años— fueron finalmente indultados (de manera parcial y condicionada) por el presidente del Gobierno español.³⁸ Una reforma del Código Penal español a finales de 2022, que abolió el delito de sedición (al tiempo que introdujo un nuevo delito de desórdenes públicos agravados), llevó a la conversión de algunas de las condenas, aunque para algunos de los acusados se mantuvieron partes significativas de sus penas —especialmente la inhabilitación para cargo público por un periodo de hasta trece años—. ³⁹

Mientras tanto, no cesó la criminalización de los actos relacionados con el referéndum. La organización de la sociedad civil Omnium Cultural calcula que 1 460 personas han sido investigadas y enjuiciadas —algunos de estos procedimientos aún están en curso— y 1 200 se han visto afectadas por procedimientos administrativos y contables incoados en su contra.⁴⁰ Asimismo, las autoridades españolas utilizaron la vigilancia física y tecnológica contra miembros del movimiento independentista —incluido el programa informático Pegasus— contra políticos, activistas de la sociedad civil y abogados catalanes, lo que dio lugar al denominado escándalo del *Catalangate* en 2022. Esta vigilancia se analizará con más detalle en el capítulo 4.⁴¹

35 Véase más arriba y Torbisco Casals y Krisch, capítulo 2 de este volumen.

36 Tribunal Supremo, sentencia n.º 459/2019, de 14 de octubre de 2019.

37 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 2381 (2021), de 21 de junio de 2021.

38 Véase 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 junio de 2021.

39 Véase José María Brunet: «El Supremo mantiene la inhabilitación de Junqueras hasta 2031 pese a la reforma de la malversación», *El País*, 13 de febrero de 2023.

40 Véase Omnium Cultural: *L'Antirepressiva: Mapa de la Violación de los Derechos Civiles y Políticos en Cataluña*, disponible en <https://antirepressiva.omnium.cat/en/>.

41 Véase Mégrét, capítulo 4 de este volumen.

La criminalización también se centró en las protestas contra el juicio y la posible condena, y algunos grupos de protesta se enfrentaron a cargos de terrorismo. En noviembre de 2023, un juez de instrucción de la Audiencia Nacional abrió diligencias de investigación por presunto terrorismo contra los actores que supuestamente estaban detrás del Tsunami Democrático, el movimiento popular que había movilizado a miles de personas para protestar contra las condenas penales a finales de 2019, incluso bloqueando algunas carreteras. Entre los investigados figuran el Sr. Puigdemont y otros once dirigentes políticos, de la sociedad civil y empresariales, así como periodistas.⁴² Muchos grupos de derechos humanos, entre ellos Amnistía Internacional, se apresuraron a condenar estas cargos por considerar que se estaban calificando injustificadamente de terrorismo las protestas pacíficas.⁴³ Muchos han interpretado esta –y otras– acciones judiciales como un intento de contrarrestar las negociaciones en curso relativas a una ley de amnistía durante el otoño de 2023.

La ley de amnistía, que se promulgará a principios de 2024⁴⁴, es un intento de poner fin a la persecución penal de los delitos relacionados con el referéndum, pero la hostilidad a dicha ley en el poder judicial –expresada públicamente por el máximo órgano de autogobierno del poder judicial⁴⁵– podría frustrar la aplicación de la amnistía, al menos en parte.

En el momento de redactar este informe, varios líderes independentistas siguen enfrentándose a graves acusaciones penales y continúan exiliados en Bélgica y Suiza, entre ellos Carles Puigdemont y otros tres, cuyos casos dieron origen a la sentencia *Puig Gordi y otros*. Las órdenes de detención europeas y las solicitudes de extradición pueden reactivarse contra ellos en cualquier momento. Este exilio –y la represión política que de él se deriva– pone de relieve la complejidad de las leyes europeas de extradición y las implicaciones más amplias que la cuestión independentista catalana tiene en el seno de la Unión Europea.

42 Véase J.J. Galvez: «La Audiencia Nacional rechaza el recurso de la Fiscalía y avala seguir investigando por terrorismo el “caso Tsunami”», *El País*, 18 de marzo de 2024.

43 Véase Foro Cívico Europeo: *Carta conjunta: Solidaridad con los activistas de Cataluña acusados de terrorismo*, 27 de febrero de 2024, disponible en <https://civic-forum.eu/publications/open-letter/joint-letter-solidarity-for-activists-in-catalonia-accused-of-terrorism>.

44 Véase, para la versión aprobada por la Cámara Baja del Parlamento español, el Congreso de los Diputados, la Proposición de Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (122/000019), de 14 de marzo de 2024, disponible en 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 noviembre de 2023, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ--6-noviembre-de-2023->.

IV. Objetivo y estructura del libro

En los capítulos siguientes, indagamos en las implicaciones de la nueva y más amplia excepción al reconocimiento mutuo — centrada en las «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable»— desarrollada por el TJUE en el marco del sistema de órdenes de detención europeas. Como explicamos en el capítulo 2, entendemos que, en un plano más general, el enfoque del TJUE representa un término medio viable apropiado para una Unión Europea plural en la que se prevé y se pretende la convergencia en torno a los derechos humanos, pero que no puede garantizarse fácilmente. En este contexto, un escrutinio de las violaciones de los derechos humanos en cada caso individual podría resultar demasiado gravoso y suponer un síntoma de intergubernamentalismo y no de integración regional. Por otra parte, las interpretaciones a ciegas de la confianza —que implican el reconocimiento mutuo y la cooperación judicial automática— no permiten abordar los graves riesgos para los derechos humanos que pueden surgir en los Estados miembros. Además de centrarse en los problemas sistémicos y generalizados del Estado de Derecho, el enfoque orientado a los grupos responde a problemas de derechos humanos especialmente destacados, que normalmente no son fáciles de remediar en el proceso político, ya que suelen afectar a las minorías, tanto políticas como de otro tipo. En este contexto, los controles y equilibrios transnacionales son especialmente necesarios.

Con este libro, queremos aumentar la comprensión del trasfondo de cambio de jurisprudencia del TJUE, y tratamos de extraer sus implicaciones más generales, especialmente en relación con el contexto del que procede: la criminalización del movimiento independentista catalán. El volumen sitúa la nueva jurisprudencia dentro del contexto más amplio del desarrollo del Derecho y la jurisprudencia europeos con respecto a los límites de la confianza mutua entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación en materia de justicia penal. Además, conecta esta jurisprudencia con principios más generales del Derecho constitucional comparado, especialmente el papel de los tribunales en la protección de las minorías y los grupos vulnerables en los sistemas constitucionales.

El volumen también se centra en los riesgos para determinados tipos de derechos y los ámbitos de protección en el contexto catalán, tomando como grupo (político) a los miembros del movimiento catalán a favor de la autodeterminación. Entre ellos se encuentran la preocupación por las detenciones arbitrarias y el derecho a un proceso equitativo; las restricciones del derecho a la participación política; las salvaguardias de los derechos humanos en el marco de las investigaciones y enjuiciamientos penales, incluida la preocupación por las restricciones del derecho a la privacidad y la vigilancia digital autorizada por el Estado; el uso político de acusaciones de corrupción; y la libertad de reunión y de expresión, en particular con respecto a la labor de las organizaciones de la sociedad civil. Cada uno de nuestros expertos colaboradores evalúa la práctica de las

autoridades españolas —especialmente del sistema judicial— a la luz de la legislación europea e internacional en materia de derechos humanos.

Utilizamos este análisis casuístico para evaluar hasta qué punto refleja posibles «deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable», con el fin de investigar las posibilidades de profundizar en la interpretación de este concepto para esclarecer casos análogos, que podrían ser cada vez más pertinentes en el contexto actual de creciente populismo autocrático y retroceso de la democracia y los derechos humanos. Con ello, el volumen también pretende identificar patrones de posible abuso del sistema de la UE por parte de mayorías poderosas que restringen o suprimen de manera ilegítima los derechos de los miembros de grupos vulnerables o políticamente marginados (por ejemplo, naciones sin Estado, minorías culturales, lingüísticas y étnicas, inmigrantes o grupos religiosos) con el objetivo de reprimir la disidencia política. A continuación, hago un breve repaso de las distintas contribuciones al libro.

El capítulo 2, de Neus Torbisco Casals y Nico Krisch, sitúa la nueva jurisprudencia del TJUE en el contexto más amplio del desarrollo del Derecho y la jurisprudencia europeos con respecto a los límites de la confianza mutua entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación en materia de justicia. Este capítulo analiza el diseño original de la ODE y la continua marginación de cuestiones relacionadas con los derechos en la jurisprudencia inicial, a pesar de las crecientes presiones a favor de un equilibrio diferente. A continuación, indaga en la reforma del sistema después de 2015 en respuesta a la modificación del contexto, tanto normativo como político, con nuevas excepciones e interpretaciones introducidas paso a paso por la jurisprudencia del TJUE. La creación de la nueva excepción de «deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable» por parte del TJUE en 2023 es un paso más en la evolución hacia un equilibrio más sostenible entre el interés por una cooperación judicial eficaz y los riesgos perdurables para los derechos humanos. Al igual que los cambios anteriores, surgió como respuesta a la reticencia de los tribunales nacionales a ejecutar las órdenes de detención europeas y a las constataciones de los organismos internacionales de graves violaciones de derechos humanos. A continuación, el capítulo analiza esta nueva categoría a la luz de una investigación más profunda de la noción de «confianza mutua» en el corazón de la integración europea, y de un enfoque de Derecho constitucional comparado para definir un papel adecuado de los tribunales en la protección de los derechos humanos sin interferir indebidamente en los procesos democráticos. La protección de las minorías sociales, políticas y culturales es un tema central a la hora de justificar un control judicial amplio, y el nuevo enfoque del TJUE debe entenderse también en esa línea. Esto también permite al capítulo delimitar el alcance de la nueva jurisprudencia y su carácter prometedor más allá del contexto particular de la ODE y del caso catalán.

El capítulo 3, de David Banisar, explora la libertad de expresión y de reunión en el Derecho internacional en materia de derechos humanos, los desafíos a los que se han enfrentado ambas libertades en el caso catalán y hasta qué punto estos desafíos afectan

a «un grupo objetivamente identificable». En línea con la jurisprudencia internacional, Banisar presenta la libertad de expresión y de reunión como derechos humanos esenciales para la democracia, que apuntalan el derecho a la participación pública y al compromiso político. Aunque no son derechos absolutos, los países solo pueden restringirlos en circunstancias limitadas; la expresión relacionada con temas políticos y de interés público goza de especial protección y solo puede restringirse en las circunstancias más estrictas. Esto se aplica igualmente a los debates en torno a la autodeterminación y las estructuras políticas del Estado, incluida la secesión, siempre que los discursos o las asambleas no hagan apología de la violencia ni promuevan el odio. En este sentido, los conflictos derivados de los debates sobre la independencia de Cataluña han planteado numerosos desafíos a la libertad de expresión y de reunión en España. Este capítulo repasa las controversias que han surgido en España en el contexto de estos conflictos, y las respuestas de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos, que son una muestra de que muchas de las medidas represivas de las instituciones estatales españolas han supuesto un incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho internacional de los derechos humanos. El gran número de declaraciones y dictámenes de organismos y expertos internacionales en derechos humanos que constatan violaciones de las normas sugiere que estas violaciones son lo suficientemente habituales como para considerar que constituyen una discriminación sistemática y que «afectan a un grupo objetivamente identificable».

El capítulo 4, de Frédéric Mégret, examina cómo debe evaluarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo cuando el grupo afectado es sometido a una vigilancia de naturaleza ilegal. La vigilancia ilegal es un problema endémico y mundial, pero el escándalo del «Catalangate» sugiere que en Cataluña ha sido especialmente problemática debido, sobre todo, al uso del programa espía Pegasus. Identificar la naturaleza y el estatus legal de dicha vigilancia puede ayudar a comprender cómo moldea los perfiles de determinados grupos «objetivamente identificables» en el proceso de vigilarlos. La vigilancia puede ser legal, como ha reconocido concretamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se ajusta a las normas del Convenio, cuando es necesaria y proporcional (normalmente, en el marco de investigaciones judiciales). Sin embargo, no cabe duda de que la vigilancia puede constituir una violación de los derechos humanos, como han denunciado en el contexto español diversos observadores internacionales. Esto es especialmente probable, de hecho, cuando asume un carácter indiscriminado porque se dirige a un grupo amplio. La vigilancia puede, en consecuencia, afectar negativamente al derecho a un proceso equitativo y debe ser un factor clave pertinente a la hora de decidir si se cumple o no una orden de detención europea. Con este análisis, el capítulo contribuye a una comprensión más amplia de la intersección entre las tecnologías de vigilancia selectiva, las definiciones jurídicas y la protección de los derechos fundamentales en el panorama jurídico europeo.

El capítulo 5, de Nico Krisch, explora la violación de los derechos políticos como deficiencias potenciales que afectan a grupos objetivamente identificables. Esboza

la jurisprudencia internacional que aclara los contornos de los derechos políticos en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con especial atención a la relación entre las violaciones de estos derechos y la pertenencia de los afectados a determinados grupos políticos, sociales o culturales. A continuación, utiliza este contexto para profundizar en las injerencias en los derechos políticos por parte del Estado español contra el movimiento independentista catalán. Analiza los distintos casos de restricción de los derechos políticos, que en su conjunto suponen una grave injerencia que ha mermado gravemente la capacidad de los políticos catalanes y de los actores de la sociedad civil para ejercer sus funciones. A continuación, el capítulo examina las posibles justificaciones de tales injerencias, pero concluye que, también a la luz de las decisiones de los tribunales internacionales y europeos sobre cuestiones conexas, no puede sostenerse tal justificación y que, por tanto, nos encontramos ante una serie de graves violaciones de los derechos políticos. Dado que se dirigen específicamente a un grupo político y social concreto, dichas violaciones suponen deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable según la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El capítulo 6, de Alejandro Chehtman, se centra en el derecho a la verdad y su posible violación en el contexto del movimiento independentista catalán. Este capítulo examina, en primer lugar, los orígenes, la base jurídica y el alcance del derecho a la verdad en el Derecho internacional de los derechos humanos, como obligación presente tanto en el sistema europeo como en el universal. Traza la expansión del derecho a la verdad desde las transiciones latinoamericanas al sistema interamericano de derechos humanos de alcance más amplio hasta sus homólogos europeos y africanos, para ser finalmente reconocido también como parte de los derechos humanos universales. El capítulo muestra que el derecho a la verdad implica, en última instancia, la obligación de los Estados de llevar a cabo investigaciones imparciales, exhaustivas y rápidas sobre las violaciones de derechos humanos. Lo ostentan conjuntamente, o de forma complementaria, víctimas individuales y colectivos que hayan podido verse perjudicados o afectados por determinados acontecimientos. Sobre esta base, el capítulo explora si las respuestas a determinados acontecimientos cumplen las obligaciones que incumben a España en virtud del derecho a la verdad. En concreto, examina las denuncias presentadas por las víctimas y otros electores en relación con las respuestas españolas a la violencia desatada en torno al referéndum independentista y los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils que tuvieron lugar durante el *procés* catalán. En cuanto a lo primero, documenta el fuerte contraste entre el enjuiciamiento de actuaciones de dirigentes catalanes y ciudadanos catalanes frente al enjuiciamiento de policías y otras fuerzas de seguridad. No obstante, reconoce que la actuación de las víctimas y de la sociedad civil ha movido a las autoridades a enfrentarse no solo a actos individuales de violencia, sino también a considerar las denuncias con respecto a aspectos sistémicos de violencia y la posible responsabilidad de funcionarios de grado medio. En este sentido, el derecho a la verdad ha servido y ayudado a las víctimas y a las organizaciones de la sociedad civil para presionar con el fin de obtener respuestas institucionales más adecuadas.

Por el contrario, hay ciertos aspectos de las denuncias de las víctimas en relación con los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils que las autoridades españolas se han negado hasta ahora a afrontar e investigar de manera que se cumplan las rigurosas exigencias del derecho a la verdad. En el contexto más generalizado en el que se han ofrecido estas respuestas, el tratamiento que se ha dado a las solicitudes de las víctimas catalanas contribuye a afirmar que se trata de deficiencias sistemáticas que afectan a un grupo objetivamente identificable.

En conjunto, el volumen ofrece una imagen convincente del contexto en el que surgió el último cambio en la jurisprudencia del TJUE con respecto a la orden de detención europea. Las violaciones de los derechos humanos de grupos específicos que aquí se analizan, que en varios casos se han puesto de manifiesto en las conclusiones de organismos internacionales de derechos humanos, conforman el panorama en el que los tribunales de varios Estados miembros de la UE —Alemania, Bélgica y, en aquel entonces, Reino Unido— se negaron a ejecutar órdenes de detención europeas. Con el fin de limitar la posibilidad de impugnación por parte de los tribunales nacionales y, al mismo tiempo, tratar de dar cabida a tales preocupaciones, el TJUE encontró una nueva fórmula para equilibrar los intereses contrapuestos. Esta fórmula se centra en los riesgos para los derechos humanos de determinados grupos «objetivamente identificables», una situación que, a diferencia de otras violaciones de derechos humanos, a menudo tiene pocas probabilidades de ser resuelta dentro del proceso político y, por lo tanto, exige aún más la intervención judicial. Por lo demás, este nuevo equilibrio entre el reconocimiento mutuo y la protección de los derechos humanos podría ser el reflejo de un proceso más amplio hacia la constitucionalización judicial de la Unión Europea, un proceso en cuya virtud los tribunales de los Estados miembros, junto con el TJUE, aplican sólidos controles sobre riesgos especialmente destacados para el Estado de Derecho.

Capítulo 2

Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables» en el Derecho de la Unión Europea

Neus Torbisco Casals y Nico Krisch

Profesora adjunta de Derecho, Instituto Universitario de
Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Ginebra;
Profesora asociada, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

Catedrático de Derecho Internacional y Director del
Departamento de Derecho Internacional, Instituto
Universitario de Altos Estudios Internacionales y del
Desarrollo, Ginebra.

I. Introducción

La tensión entre confianza mutua y derechos fundamentales es un elemento transversal de toda la política de la Unión Europea, si bien se agudiza en la cooperación en materia policial, penal y de seguridad, que suele afectar a los derechos con especial intensidad. Durante mucho tiempo, la cooperación en estos asuntos fue la esfera menos desarrollada de la integración europea y recibió un enfoque mayoritariamente intergubernamental, incluso después del Tratado de Maastricht, que había procedido a incluirla por primera vez en el ámbito de la Unión Europea. Desde entonces esta área se ha ido reforzando en distintas fases hasta constituir en la actualidad una parte central de las políticas de la Unión Europea, facilitando una integración de largo alcance por medio de normas centralizadas, al tiempo que plantea nuevas cuestiones relacionadas con la protección del individuo en el proceso.¹

Esta tensión encuentra su máxima expresión en el contexto de la orden de detención europea (ODE), el «buque insignia» de la cooperación de la UE en materia penal. En el caso de esta orden de detención, la integración europea se basa en la confianza mutua y la convergencia entre los Estados miembros, pero en la práctica este planteamiento basado en principios se enfrenta a menudo con casos en los que los individuos temen, y a veces con buenas razones para ello, una violación de sus derechos fundamentales. El diseño original de la ODE no prestó mucha atención a este problema, y ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la que ha articulado posibles soluciones para lograr un equilibrio entre la preservación de la confianza y la garantía de los derechos fundamentales.

En este capítulo, nos centramos en la fase más reciente de esta labor de perfilado de la relación entre la confianza mutua y la protección de los derechos, que se encuentra en la sentencia del TJUE *Puig Gordi y otros*, de enero de 2023.² En el apartado II, analizamos la trayectoria que ha llevado hasta este nuevo enfoque, partiendo de la concepción inicial del sistema de la ODE para llegar a las diversas medidas adoptadas por el TJUE, a pesar de una gran presión externa, con el fin de ir modificando el citado equilibrio a lo largo del tiempo. En el apartado III, nos remontamos a los orígenes de la mayor apertura, alcanzada con la sentencia dictada en el asunto *Puig Gordi y otros*. La nueva excepción a la ejecución automática de la ODE que se describe en este apartado —que se centra en las deficiencias relacionadas con «grupos objetivamente identificables»— tiene pocos antecedentes en la jurisprudencia más antigua, pero puede considerarse una respuesta a una serie de

1 Véase Steve Peers: «EU Criminal Law and Police Cooperation», en Paul Craig y 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 TJUE, sentencia de 31 de enero de 2023, *Puig Gordi y otros*, C-158/21.

negativas y evasivas de los tribunales nacionales ante las órdenes de detención contra los líderes independentistas catalanes cuyos casos dieron origen a la petición de decisión prejudicial planteada al Tribunal. El apartado IV ubica este cambio en el contexto más amplio de la función que desempeñan los tribunales a la hora de abordar la diversidad en sociedades y sistemas políticos complejos y diversos. Hace hincapié en los fundamentos del control judicial de las decisiones políticas y llega a la conclusión de que —desde una perspectiva constitucionalista— atender a las deficiencias relacionadas con grupos concretos es un punto intermedio plausible para hacer frente a los riesgos concretos de grupos vulnerables como consecuencia de las decisiones de la mayoría. Partiendo de este contexto, el apartado V analiza la definición de los «grupos objetivamente identificables» que constituye la cuestión de fondo del cambio jurisprudencial y, mediante un análisis pormenorizado del razonamiento centrado en el riesgo desarrollado en el apartado anterior, sostiene que estos se entienden mejor como grupos sociales y políticos vulnerables. A continuación, el capítulo esboza qué tipos de grupos pueden entrar en esta categoría, una categoría amplia si seguimos las indicaciones de la jurisprudencia reciente a la luz de su justificación.

II. Confianza mutua y derechos fundamentales: un nuevo equilibrio

La configuración del sistema de la orden de detención europea se entiende mejor cuando se compara con la situación que lo precedió. Durante decenios, la cooperación en materia penal entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas (posteriormente, la Unión Europea) se había desarrollado dentro de la estructura de la extradición tradicional, en la que cada país decide, en principio, si accede a las solicitudes de extradición que otro país le plantea. Para los países que habían ratificado el Convenio Europeo de Extradición de 1957, en teoría esta discrecionalidad era más limitada —tenían la obligación de extraditar en determinadas circunstancias—, pero las excepciones eran amplias y, en la práctica, los procedimientos de extradición seguían siendo enrevesados y su resultado a menudo incierto.³

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

El nacimiento de la orden de detención europea

Con la inclusión de la «justicia y los asuntos de interior» en el ámbito de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht en 1993, cobró impulso la necesidad de subsanar las deficiencias de este sistema tradicional. Las iniciativas iniciales buscaban mejoras graduales mediante nuevos acuerdos que redujeran el uso de excepciones y reservas. Como el éxito de estas mejoras graduales seguía siendo limitado, se puso en marcha un proceso de reforma más amplia con el Consejo Europeo de Tampere en 1999, impulsado especialmente por el Gobierno español de José María Aznar, que durante mucho tiempo había mostrado su desacuerdo con el hecho de que otros Estados miembros se negaran a extraditar a supuestos terroristas de ETA (concediéndoles incluso, en ciertas ocasiones, asilo). Esto dio lugar a trabajos preliminares por parte de la Comisión Europea, pero las discrepancias entre Estados miembros seguían siendo sustanciales. El cambio decisivo no se produjo hasta después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, a raíz de los cuales los países europeos quisieron proyectar la imagen de que tomaban medidas eficaces para combatir el terrorismo. La reforma del sistema de extradición, tildada de medida antiterrorista, obtuvo un considerable impulso, y la Comisión logró persuadir incluso a Bélgica, tradicionalmente el Estado más escéptico, como demuestran sus persistentes tensiones con España con respecto a ETA. Como resultado, las negociaciones avanzaron con extraordinaria rapidez y desembocaron en la Decisión Marco de 2002 por la que se creaba la ODE.⁴

La principal razón de ser de esta Decisión Marco era la eficacia: crear un sistema más fluido para facilitar la entrega de sospechosos y delincuentes y, por ende, también herramientas más eficaces para luchar contra el terrorismo. No es de extrañar, por tanto, que la Decisión Marco haga hincapié en «aplicar el principio de reconocimiento mutuo [...] como “piedra angular” de la cooperación judicial», en lugar del heterogéneo panorama anterior de acuerdos de extradición.⁵ La extradición pasó de ser una opción discrecional de las instituciones políticas de cada país a suponer la entrega casi automática con un control por parte de los órganos judiciales. La doble tipificación, principio básico del antiguo sistema, fue suprimida con respecto a los 32 delitos principales contemplados en el sistema de la ODE, y a partir de ese momento los Estados miembros ya no pudieron denegar la entrega de sus propios nacionales.⁶

En este contexto, no resulta sorprendente que la Decisión Marco dejara en un segundo plano la preocupación por los derechos humanos. Las consideraciones al respecto

4 Véase 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*, p. 387.

5 Decisión Marco 2002/584/JAI de 13 de junio de 2002, preámbulo, apartado 6. Véase también Mitsilegas (n.º 1), pp. 199-202.

6 Para una visión general del sistema de la orden de detención europea, véase Peers (n.º 3), pp. 90-114.

aparecen excepcionalmente en el preámbulo, que destaca que la Decisión «respetar los derechos fundamentales» y que no debe interpretarse en el sentido de que obliga a los Estados miembros a entregar personas en los casos en que haya razones para creer que se ha dictado una orden de detención para perseguir a alguien por motivos discriminatorios.⁷ Además, según su artículo 1, apartado 3, la Decisión Marco «no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea». Sin embargo, estos aspectos no vuelven a aparecer en los apartados que regulan las excepciones reales a la obligación de ejecutar las ODE, excepciones que siguen siendo limitadas y de carácter técnico. El énfasis se puso claramente en crear un mecanismo más fluido para la entrega de delincuentes sospechosos o condenados y en reducir los obstáculos para su tramitación. El punto de partida era que la autoridad judicial de ejecución no debía comprobar los motivos concretos de la orden ni investigar con detalle el fondo del asunto.

Jurisprudencia inicial

Las preocupaciones por los derechos humanos tenían, como se ha explicado, una importancia marginal en la concepción inicial del sistema de la ODE, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea siguió la misma dirección durante más de un decenio desde su creación. El Tribunal determinaba habitualmente que la simplificación, la mayor eficacia y la facilitación y aceleración de la cooperación judicial eran objetivos clave de un sistema basado en la confianza mutua, haciendo hincapié en las estrictas limitaciones impuestas a las autoridades nacionales con respecto a las denegaciones de ejecución de las ODE.⁸

En una de las primeras sentencias, dictada en 2007 en el asunto *Advocaten voor de Wereld*, el Tribunal rechazó las impugnaciones de la Decisión marco que se basaban, entre otras cosas, en un incumplimiento del principio de legalidad atribuible a la falta de precisión en la redacción de los delitos por los que las personas sospechosas debían ser entregadas mediante una ODE.⁹ En esta sentencia se hacía hincapié en que la Unión Europea está basada en el principio del Estado de Derecho y en los derechos fundamentales, que la obligan, entre los que se incluye el principio de legalidad de los delitos. Sin embargo, el

7 Decisión Marco, n.º 5 *supra*, preámbulo, apartado 12.

8 Para una visión general, véase Ermioni Xanthopoulou: «Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust» (2018), p. 55 *Common Market Law Review*; Leandro Mancano: «You'll Never Work Alone: A Systemic Assessment of the European Arrest Warrant and Judicial Independence» (2021), p. 58 *Common Market Law Review*.

9 TJUE, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*, C-303/05.

Tribunal consideró que no correspondía a la propia Decisión Marco definir los delitos pertinentes con suficiente precisión, sino a la legislación del Estado que dictaba la ODE. En esta concepción de un sistema descentralizado basado en el reconocimiento mutuo, la salvaguardia de los derechos humanos (y el cumplimiento de las normas europeas e internacionales en materia de derechos humanos) se consideraba principalmente una tarea del Estado miembro en el que se tramitaba el proceso penal.

Este enfoque siguió caracterizando la jurisprudencia del Tribunal en los años siguientes. Su expresión más contundente está contenida en dos sentencias pronunciadas en 2013. En el asunto *Radu*, se preguntó al Tribunal si la autoridad judicial de ejecución puede negarse a ejecutar una orden de detención europea ante una posible vulneración del derecho a un proceso equitativo y del derecho de defensa.¹⁰ El caso subyacente consistía en varias órdenes de detención emitidas por las autoridades alemanas contra un ciudadano rumano al que se le imputaban delitos de robo con violencia. El Sr. Radu alegó que no se le habían notificado los cargos que se le imputaban, por lo que no estaba en condiciones de presentar su defensa, por lo que su entrega supondría una vulneración de sus derechos de defensa. En su sentencia dictada a instancias del Tribunal de Apelación rumano, el TJUE destacó, al igual que en sentencias anteriores, que las autoridades nacionales solo podían denegar la ejecución de una orden de detención europea en las circunstancias contempladas expresamente en la Decisión Marco. Como la presunta vulneración alegada en este caso no se encontraba entre esas circunstancias, las autoridades rumanas estaban obligadas a entregar al sospechoso. La finalidad de la Decisión Marco, subrayó el Tribunal, era «facilitar y acelerar la cooperación judicial de cara a la consecución del objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el grado de confianza elevado que debe existir entre los Estados miembros». Una audiencia a la persona buscada antes de emitir la OED «pondría inevitablemente en peligro el propio sistema de entrega» que la Decisión Marco pretendía establecer.

El mismo razonamiento prevaleció en la segunda decisión histórica del mismo año, *Melloni*.¹¹ El Sr. Melloni fue detenido en España tras ser condenado en rebeldía por un tribunal italiano por quiebra fraudulenta. Impugnó la ejecución de una orden de detención italiana emitida contra él alegando que su entrega supondría una vulneración de su derecho a un proceso equitativo. El Tribunal Constitucional español, que conoció del asunto, admitió que su entrega solo respetaría los derechos fundamentales con arreglo al Derecho constitucional europeo y español si las autoridades españolas pudieran condicionarla a un nuevo juicio del demandante ante los tribunales italianos. El TJUE rechazó esta interpretación, destacando una vez más el carácter exhaustivo de los motivos para denegar –o condicionar– la ejecución de una orden de detención europea contemplados en la Decisión Marco, y afirmando que los juicios en rebeldía solo podían justificar una denegación de la ejecución en determinadas circunstancias,

10 TJUE, sentencia de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11.

11 TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni/Ministerio Fiscal*, C-399/11.

estrictamente definidas. En el caso que nos ocupa coincidía, a su juicio, con el derecho a un proceso equitativo consagrado en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El hecho de que, en virtud del Derecho constitucional español, una entrega incondicional vulnerara las garantías de un proceso equitativo era irrelevante para el TJUE, por aplicación de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional. Más concretamente, sostuvo que:

«permitir que un Estado miembro [...] subordin[er] la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión Marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución, conduciría, al poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión Marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión Marco.»¹²

Por tanto, ni siquiera los derechos garantizados constitucionalmente eran motivo suficiente para denegar la ejecución de una ODE. Para el Tribunal, la presunción de la homogeneidad del nivel de protección de los derechos fundamentales y el énfasis en la confianza mutua eran pilares del sistema de la ODE que debían mantenerse, incluso frente a los tribunales constitucionales nacionales que trataban de defender sus propias garantías.

Los años 2013 y 2014 marcaron el punto álgido de la confianza mutua en la jurisprudencia del TJUE no solo por los asuntos *Radu y Melloni*, sino también —y aún más importante por afectar a la estructura institucional— por el dictamen del Tribunal sobre la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹³ En este convenio, la confianza mutua entre los Estados miembros se eleva a rango constitucional.

«tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. [...] dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho».¹⁴

12 *Ibid.*, apartado 63.

13 TJUE, Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014.

14 *Ibid.*, apartado 191.

Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) pueda cuestionar esa confianza mutua en nombre de los derechos humanos resultaba problemático y, en consecuencia, la adhesión al CEDH «puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión».¹⁵ Con este planteamiento, no es de extrañar que el TJUE rechazara efectivamente dicha adhesión por ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea.

Admisión de excepciones limitadas

El énfasis unilateral en la confianza mutua a expensas de la protección de los derechos fundamentales había suscitado críticas desde la creación de la orden de detención europea, pero cobró fuerza en los años siguientes. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea surtió plenos efectos jurídicos con el Tratado de Lisboa en 2009, elevando los derechos fundamentales a un nivel superior en la arquitectura del Derecho de la Unión. Los tribunales de los Estados miembros, incluidos los tribunales constitucionales, habían manifestado su descontento y su posible voluntad de restringir la aplicación del sistema de la ODE en varias suspensiones.¹⁶ También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había exigido a los Estados miembros que examinaran los riesgos para los derechos humanos a la hora de tomar decisiones relativas a la entrega de personas (especialmente en el contexto de los procedimientos de asilo).¹⁷ En términos más generales, a medida que la UE adquiría más competencias, especialmente en asuntos de justicia y cooperación en materia de seguridad, en el proceso de formación de una «Unión cada vez más estrecha» a través de diferentes rondas de tratados —Maastricht, Ámsterdam, Lisboa—, ganaba importancia la protección de los derechos y los llamamientos a favor de una constitucionalización de la UE se hacían más fuertes.¹⁸

Ya en el asunto *Radu* ciertas preocupaciones similares habían llevado a la Abogada General del Tribunal, Eleanor Sharpston, a aplicar un control más estricto de las posibles vulneraciones de derechos. Tras un análisis pormenorizado de la jurisprudencia del TEDH concluyó que, en circunstancias excepcionales, un supuesto riesgo de violación de los derechos fundamentales podría justificar la denegación de la ejecución de una ODE. En el contexto de las garantías de un proceso equitativo, este límite se alcanzaba si

15 *Ibid.*, apartado 194.

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

17 Véase, por ejemplo, TEDH [CG], sentencia de 21 de enero de 2011, *M.S.S./Bélgica y Grecia*, Ap. n.º 30696/09. *M.S.S./Bélgica y Grecia*, 30696/09.

18 Véase, por ejemplo, Joseph HH Weiler: *The Constitution of Europe* (Cambridge University Press, 1999); Gráinne De Búrca y Joseph HH Weiler (eds.): *The Worlds of European Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2011).

«la vulneración de que se trata [es] de tal naturaleza que destruya, en esencia, la equidad del proceso».¹⁹ Estas conclusiones no influyeron en el Tribunal en aquella ocasión, pero marcaron un hito importante para un posible cambio en el futuro.

Además, en algunos Estados miembros habían surgido graves problemas relacionados, por un lado, con las condiciones de detención, que también habían dado lugar a algunos de los casos sustanciados ante el TEDH y que figuraban entre las razones por las que el TJUE había limitado el principio de confianza mutua en el sistema común de asilo de la UE unos años antes.²⁰ Y, por otro lado más importante, la situación del Estado de Derecho en algunos Estados miembros se había deteriorado mucho después de 2010, especialmente en Hungría y, más tarde, en Polonia.²¹ La presunción de respeto de los derechos fundamentales, que constituye el fundamento de la exigencia legal de aplicar la confianza mutua entre los Estados miembros, fue erosionándose de manera progresiva.

Así, la presión sobre el enfoque tradicional del TJUE, procedente de distintas direcciones, fue acumulándose, y se exacerbó aún más con una alarma emitida por el Tribunal Constitucional alemán a finales de 2015.²² Se había impugnado ante el Tribunal Constitucional una orden de detención italiana que el tribunal alemán competente decidió ejecutar a pesar de tener dudas sobre una condena en rebeldía. El tribunal aprovechó esta oportunidad para insistir en que el Derecho de la Unión —y la Decisión Marco relativa a la ODE— no podía prevalecer sobre el Derecho constitucional alemán si atentaba contra la protección de la dignidad humana, elemento de la «identidad constitucional» alemana que representaba un límite a la primacía de la Unión Europea. Según el Tribunal Constitucional, las autoridades nacionales tenían la obligación (y, en consecuencia, el derecho) de examinar si se respetaba el principio de culpabilidad individual en los juicios en rebeldía celebrados en otros países, y la Decisión Marco debía interpretarse también en este sentido.

Finalmente, el TJUE cambió el rumbo —aunque con cautela— en la sentencia dictada en los asuntos acumulados *Aranyosi y Căldăraru*, con motivo de una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán.²³ En ambos casos, las pruebas existentes —y la jurisprudencia del TEDH— hacían probable que las personas en cuestión fueran sometidas a condiciones de detención en Hungría y Rumanía (respectivamente) que

19 TJUE, conclusiones de la Abogada General de 18 de octubre de 2012, C-396/11, apartado 97.

20 TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. y M.E. y otros/ Secretario de Estado del Interior*, C-411/10 y C-493/10.

21 Véase, por ejemplo, Kim Lane Scheppele: «Autocratic Legalism» (2018) 85 *University of Chicago Law Review*, p. 545.

22 BVerfG, resolución de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14. Véase 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*, p. 277.

23 TJUE, sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU.

vulneraban la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. El Tribunal, que ya no quería ni podía ignorar tales preocupaciones, diseñó un nuevo enfoque para interpretar la Decisión Marco, basado en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el CEDH. Aunque el Tribunal siguió insistiendo en la importancia del reconocimiento mutuo entre Estados miembros, abrió la puerta a que se aplicaran excepciones a este principio «en circunstancias excepcionales». Según el TJUE, la denegación de la ejecución de una orden de detención europea en casos en los que se alegue una posible infracción de la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes impone a los tribunales nacionales la obligación de realizar un examen en dos fases: en primer lugar, identificar «deficiencias sistémicas o generalizadas» en base a información «objetiva, fiable, precisa y debidamente actualizada»; y, en segundo lugar, determinar si es probable que la persona concreta de que se trate corre el riesgo de una vulneración. La sentencia de *Aranyosi y Căldăraru* no dictaminó un rechazo rotundo como consecuencia de tal examen, sino más bien un aplazamiento hasta que pudiera disponerse de más información para descartar ese riesgo.

Las condiciones penitenciarias siguieron siendo un obstáculo constante en los procedimientos de ODE y, en los años siguientes, el Tribunal continuó defendiendo el examen en dos fases desarrollado en *Aranyosi y Căldăraru*.²⁴ En la sentencia dictada en 2023 en el asunto E.D.L., el Tribunal fue más allá y recomendó un examen puramente individualizado en los casos en que exista un «un peligro real de experimentar una reducción significativa de su esperanza de vida [de una persona] o un deterioro rápido, grave e irreversible de su estado de salud» como consecuencia de una entrega.²⁵ Este riesgo puede dar lugar a una suspensión y, de manera excepcional, también a una denegación definitiva. Sin embargo, aún está por ver si este enfoque más individualizado se extenderá más allá de las circunstancias específicas de E.D.L. En un asunto más reciente sobre cuestiones relacionadas con la detención —un riesgo para el derecho al respeto de la vida privada y familiar, así como para los derechos del menor—, el Tribunal se mostró más flexible con respecto a los derechos que pueden fundamentar una denegación, pero insistió en el examen en dos fases tanto de las deficiencias generalizadas y sistémicas como del riesgo en el caso concreto.²⁶

No obstante, las condiciones de detención dejaron de ser la única preocupación en los procedimientos en materia de ODE. En los años posteriores a la sentencia de *Aranyosi y Căldăraru*, siguió aumentando la preocupación por las vulneraciones estructurales de derechos humanos en algunos Estados miembros, especialmente en atención a las deficiencias del Estado de Derecho en países que experimentaban un cambio iliberal y

24 Véase Ermioni Xanthopoulou: «The European Arrest Warrant in a Context of Distrust: Is the Court Taking Rights Seriously?» (2022) 28 *European Law Journal* pp. 218 y 223–224.

25 TJUE, sentencia de 18 de abril de 2023, *E.D.L.*, C-699/21, apartado 55.

26 TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2023, *GN*, C-261/22.

autocrático. El deterioro de la situación en el sistema judicial polaco, con crecientes ataques a la independencia del poder judicial, causó los problemas más graves en este sentido. Esto llevó al TJUE, en su sentencia *LM* de 2018, a dar un paso más en la ampliación de las excepciones al reconocimiento mutuo.²⁷ La sentencia tuvo su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal irlandés relacionada con la entrega de un presunto delincuente a Polonia, motivada por la posibilidad de que el enjuiciamiento de la persona en los tribunales polacos vulnerara su derecho a un proceso equitativo debido a la falta de independencia del poder judicial polaco. En su sentencia, el TJUE amplió el alcance de sus excepciones más allá de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (que había constituido el núcleo de los casos relativos a las condiciones de detención) al derecho a un juez independiente que, para el Tribunal, está integrado en «el contenido esencial del derecho a un proceso equitativo».²⁸ A este respecto, el Tribunal siguió manteniendo su examen en dos fases, que exige tanto una evaluación general como una individualizada. En primer lugar, los tribunales nacionales debían determinar el riesgo de que se vulnerara el derecho a un proceso equitativo en el sistema judicial del país en cuestión como consecuencia de deficiencias «sistémicas» o «generalizadas». A continuación, en un segundo momento, debían «comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá ese riesgo».²⁹ Esto implicaba una investigación pormenorizada de los problemas de independencia judicial de los tribunales particulares a los que un individuo estará sujeto. Basar únicamente la denegación de ejecución de una ODE en la primera fase –deficiencias generalizadas– supondría, en opinión del Tribunal de Justicia, una injerencia en la prerrogativa que tiene el Consejo Europeo, en virtud de la Decisión Marco, de suspender la ejecución de la ODE respecto de un Estado miembro en general.³⁰

Esta línea argumentativa sobre los problemas del Estado de Derecho y otras posibles violaciones de los derechos fundamentales continuó en los años posteriores a la sentencia dictada en el asunto *LM*. El Tribunal insistió en varias ocasiones en la necesidad de encontrar deficiencias sistémicas o generalizadas y de establecer su probable impacto en el individuo afectado, a pesar del considerable aumento de las críticas a este enfoque. La jurisprudencia relativa a las condiciones penitenciarias fue criticada a menudo –incluso por parte del TEDH³¹– por no centrarse suficientemente en el riesgo individualizado,

27 TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, *LM*, C-216/18 PPU.

28 *Ibid.*, apartado 59.

29 *Ibid.*, apartado 68.

30 Véase la Decisión Marco, n. 5, preámbulo, apartado 10.

31 Véase TEDH, sentencia de 25 de marzo de 2021, *Bivolaru y Moldovan/Francia*, ap. n.º 40324/16 y 12623/17. Véase también 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. Número especial (Nomos, 2021).

mientras que en los casos relacionados con el Estado de Derecho las críticas se debieron principalmente al hecho de que a menudo era difícil encontrar pruebas concretas de que los problemas estructurales afectarían realmente a una persona concreta.³²

Con independencia de cuáles sean las deficiencias aún pendientes de resolver, el Tribunal ha realizado un viraje notable desde el momento en que otorgaba toda la importancia a la confianza mutua en 2013 hasta la progresiva ampliación de las excepciones después de 2016. Impulsada por las circunstancias políticas y los desafíos en materia de derechos, la exigencia normativa de que los Estados miembros confíen los unos en los otros ha dado paso a una jurisprudencia más matizada que equilibra la cooperación efectiva con la necesidad de responder a amenazas (ciertas y sistémicas) contra los derechos individuales.

III. El nuevo enfoque con respecto a los problemas relacionados con grupos concretos

El hecho de que el TJUE se centrara en las deficiencias generalizadas o sistémicas le permitió mantener el principio de ejecución automática de las órdenes de detención europeas y evitar las evaluaciones individualizadas en cada caso por parte de los tribunales nacionales. Pero este enfoque —constante desde la sentencia *Aranyosi y Căldăraru*— presentaba dificultades a la hora de captar los problemas de derechos humanos que no estaban meramente relacionados con casos individuales, sino que afectaban a grupos identificables más amplios sin llegar a constituir deficiencias generalizadas en el país.

³² Véanse Mancano (n.º 8); Xanthopoulou (n.º 24).

El auge de las preocupaciones relativas a grupos concretos: hacia *Puig Gordi* y otros

Los redactores de la Decisión Marco de 2002 ya habían tenido en cuenta el problema concreto de las violaciones de derechos en relación con grupos concretos. Además de remarcar que la Decisión no pretendía modificar las obligaciones en materia de derechos fundamentales, también incluyeron en el preámbulo un pasaje en el que llamaban la atención sobre el riesgo de utilizar los procedimientos penales para discriminar a determinados grupos:

«Nada de lo dispuesto en la presente Decisión Marco podrá interpretarse en el sentido de que impide [denegar] la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones.»³³

Este pasaje retoma el lenguaje habitual de las cláusulas de no discriminación de los instrumentos de derechos humanos (aunque limita el número de criterios de discriminación). Llama la atención que se haga hincapié expresamente en este aspecto concreto, al tiempo que no se mencionan específicamente otros posibles problemas de derechos.

El pasaje relativo a la discriminación constituye una orientación interpretativa, pero no aparece después en las causas (obligatorias o facultativas) que permiten la no ejecución de las ODE enumeradas en la Decisión Marco. Tampoco se aborda en la jurisprudencia inicial del TJUE: el énfasis en la confianza mutua y la ejecución automática se impuso en todo caso a las cuestiones relacionadas con los derechos, y tampoco parecía que en los asuntos sustanciados ante el Tribunal se aludiera a problemas de discriminación.³⁴ Sin embargo, al introducir la doctrina de las «circunstancias excepcionales» en la sentencia *Aranyosi y Căldăraru*, el TJUE mencionó un aspecto conexo, aunque fuera solo de pasada. Al concretar las circunstancias que pueden fundamentar una posible excepción a la ejecución automática, mencionó «las deficiencias sistémicas o generalizadas *que afecten*

33 Decisión Marco, n.º 5 *supra*, preámbulo apartado 12.

34 Los casos de denegación de ejecución de ODE contra supuestos miembros de la banda vasca ETA por parte de tribunales belgas no dieron lugar al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Sobre estos casos, véase 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. Véase a este respecto también TEDH, sentencia de 9 de julio de 2019, *Romeo Castaño/Bélgica*, ap. n.º 8351/17.

a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión».³⁵ A la hora de tener en cuenta esta sentencia, tanto la doctrina como los tribunales hacen hincapié en las «deficiencias sistémicas o generalizadas», pero se olvidan en gran medida de la mención relativa a grupos concretos. Esta mención fue repetida, sin mayor explicación y sin impacto directo, en la jurisprudencia posterior del TJUE.³⁶

No fue hasta la sentencia *Puig Gordi y otros*, en 2023, cuando cobró relevancia el aspecto grupal. Remitiéndose a su jurisprudencia anterior, el TJUE reiteró en esta sentencia su justificación habitual de la necesidad de realizar un examen en dos fases, pero modificó la definición de ese examen –sin más explicaciones– para incluir, junto a las «deficiencias sistémicas o generalizadas», la categoría de las «deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca esa persona».³⁷ A diferencia de los asuntos anteriores en los que se mencionaban los grupos, estos adquieren importancia directa en la sentencia *Puig Gordi y otros* por la estructura de los casos subyacentes que motivaron el planteamiento de la cuestión al TJUE.³⁸ Estos casos no estaban relacionados con deficiencias sistémicas en todo el país, y el Tribunal Supremo español trató de utilizarlo para concluir que, en ausencia de tales deficiencias generalizadas, no podía denegarse la ejecución de una ODE. Pero los casos se referían a un grupo (político) concreto, los catalanes independentistas, especialmente dirigentes y ciudadanos que habían organizado y participado activamente en el referéndum de autodeterminación celebrado en octubre de 2017 en Cataluña. Algunos de sus líderes políticos permanecían exiliados en distintos países europeos y han denunciado violaciones de garantías procesales y sustantivas por parte de los tribunales españoles con motivo de su orientación política.³⁹ Así pues, la nueva categoría de «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable» se aplicaba claramente a los problemas particulares del Estado de Derecho que concurren en ese caso.

El novedoso planteamiento del Tribunal sorprendió a muchos, sobre todo porque el Abogado General del TJUE, Richard de la Tour, había respaldado la postura del Tribunal Supremo español y había considerado que la denegación de la ejecución de una ODE podía justificarse «solo en caso de deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor».⁴⁰ Sin embargo, el

35 TJUE, *Aranyosi y Căldăraru*, nota [xx] *supra*, párrs. 89, 104 (énfasis de los autores).

36 TJUE, sentencia de 15 de octubre de 2019, *Dorobantu*, C-128/18, párrs. 52 y 54; TJUE, sentencia de 25 de julio de 2018, ML, C-220/18 PPU, apartados 60 y 61.

37 TJUE, *Puig Gordi y otros*, n.º 2 *supra*, apartado 147.

38 Véase también 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*, p. 201.

39 Véase Torbisco Casals, Introducción de este volumen.

40 TJUE, conclusiones del Abogado General de 14 de julio de 2022, *Puig Gordi y otros*, párr. 119.

TJUE decidió ir más allá. Al igual que en otros cambios jurisprudenciales previos en esta materia, esta ampliación a «grupos objetivamente identificables» se produjo tras una serie de críticas políticas y judiciales, especialmente de los tribunales de otros Estados miembros, pero también de expertos internacionales y órganos cuasijudiciales de Naciones Unidas.

Cuestionamiento de la criminalización: los antecedentes de la sentencia *Puig Gordi y otros*

Las críticas comenzaron poco después de que varios líderes independentistas se hubieran exiliado a finales de octubre de 2017, a raíz del referéndum independentista catalán y después de que los tribunales españoles hubieran comenzado a utilizar el Derecho penal para combatir el referéndum y el movimiento político más ampliamente.⁴¹ Tras incoar investigaciones por una supuesta «rebelión» contra numerosos líderes independentistas, el juez instructor del Tribunal Supremo español dictó las primeras ODE contra los exiliados a principios de noviembre de 2017, para retirarlas un mes después, posiblemente con el fin de evitar su denegación, ya que los tribunales de Bélgica, adonde se habían trasladado la mayoría de los acusados, eran conocidos por poner trabas a la ejecución de las ODE.⁴²

Cuando Carles Puigdemont, el depuesto presidente de la Generalitat, viajó a Finlandia en marzo de 2018, el juez instructor vio una oportunidad y reactivó las órdenes de detención. La final detención del Sr. Puigdemont en Alemania, a su regreso de Finlandia, atrajo una gran atención mediática durante los meses siguientes. Sin embargo, el tribunal alemán competente –el Oberlandesgericht (OLG) Schleswig– rechazó la mayor parte de la orden de detención.⁴³ Con respecto a la acusación por «rebelión», el OLG consideró que los actos en los que se basaba la acusación no constituían delitos análogos en Alemania, y sin doble tipificación no se podía entregar a personas a otros Estados miembros por delitos que no estuvieran en la lista de delitos principales del sistema de la ODE. Así pues, el OLG decidió que la ODE solo podía ejecutarse con respecto a la parte correspondiente a la malversación de caudales públicos (para la organización del referéndum), que podía subsumirse en el delito principal de «corrupción». Esto habría supuesto que, tras su entrega, el Sr. Puigdemont no podría haber sido procesado por rebelión u otros delitos

41 Para los antecedentes políticos y judiciales, véase el capítulo 1 de este volumen.

42 Se Stephen Burgen and Daniel Boffey: «Spanish judge withdraws arrest warrant for Carles Puigdemont», *The Guardian*, 5 de diciembre de 2017.

43 Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, decisión de 12 de julio de 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18). Véase también Julia König, Paulina Meichelbeck y 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*, p. 256.

conexos en España. El juez de instrucción español consideró esta resolución demasiado restrictiva, criticó abiertamente al tribunal alemán por su «falta de compromiso» y por una infracción de las normas que rigen la orden de detención europea y, en consecuencia, retiró la orden.⁴⁴

Mientras tanto, las ODE reactivadas contra otros exiliados tampoco prosperaron en los tribunales belgas, esta vez por motivos formales. El tribunal competente de Bruselas consideró, al igual que la fiscalía, que una ODE solo podía ser válida si iba acompañada de una orden de detención nacional, y que en ese momento no había ninguna orden nacional en vigor.⁴⁵ El procedimiento en Escocia contra otra exconsejera del Gobierno catalán, la señora Clara Ponsatí, incoado también a finales de marzo de 2018⁴⁶, seguía en curso cuando el juez instructor español retiró todas las órdenes de detención en julio de 2018 como reacción a la resolución dictada en Alemania con respecto al presidente destituido de Cataluña.

Los fracasos de la judicatura española en la tramitación de las órdenes de detención europeas continuaron tras un tercer intento de entrega de los exiliados, que comenzó en noviembre de 2019 después de que el Tribunal Supremo español condenara a otros nueve dirigentes catalanes a largas penas de cárcel e inhabilitación de hasta 13 años. Tres de las personas objeto de esas nuevas órdenes —el Sr. Puigdemont y dos de sus exministros, Toni Comín y Clara Ponsatí— habían sido elegidos eurodiputados y, una vez investidos en el cargo (ante la oposición de las autoridades españolas), se suspendieron los procedimientos de ODE contra ellos en Bélgica y Reino Unido.⁴⁷

Como las demás personas perseguidas residían en Suiza y, por tanto, quedaban fuera del ámbito de aplicación del sistema de la ODE, quedó pendiente básicamente la entrega de Lluís Puig Gordi, exconsejero de Cultura de la Generalitat de Cataluña. Pero los tribunales belgas también rechazaron la ejecución de la ODE en este caso. El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas y el Tribunal de Apelación —en julio de 2020 y enero de 2021, respectivamente— declararon que existían una seria preocupación por la vulneración de la presunción de inocencia y que el Tribunal Supremo español, con arreglo a la legislación española, no era competente para juzgar al Sr. Puig, razón por la cual su derecho a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley corría el riesgo de ser vulnerado. El Tribunal Supremo español había asumido la competencia para

44 Véase Sam Jones y Severin Carrell: «Spanish court drops international warrant for Carles Puigdemont», *The Guardian*, 19 de julio de 2018.

45 AFP: «Catalogne: la Belgique refuse la remise de trois ex-dirigeants indépendantistes», *Le Point*, 16 de mayo de 2018.

46 Severin Carrell y Stephen Burgen: «Catalan academic facing extradition from Scotland granted bail», *The Guardian*, 28 de marzo de 2018.

47 Gabriela Galindo: «Brussels court annuls arrest warrant against ousted Catalan leader Puigdemont», *The Brussels Times*, 2 de enero de 2020.

conocer de este asunto, negándose a los tribunales de Cataluña, porque algunos de los codemandados, en su condición de diputados, solo podían ser juzgados por el Tribunal Supremo. Sin embargo, no existe una base jurídica clara para sustraer a los demandados que no se encuentran en esa situación de la jurisdicción de los tribunales que, por ley, son competentes para conocer de su caso. En consecuencia, los tribunales belgas veían serios riesgos de que no se garantizase un proceso equitativo si el Sr. Puig era entregado a España.⁴⁸ Fue principalmente como reacción ante estas decisiones por lo que el Tribunal Supremo español planteó una petición de decisión prejudicial al TJUE.

Sin duda, las decisiones belgas se vieron influidas por las críticas de criminalización del movimiento independentista en otros lugares. Los tribunales belgas citaron expresamente las conclusiones del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de Naciones Unidas, que a mediados de 2019 había declarado que las detenciones preventivas de los líderes independentistas catalanes eran «arbitrarias» y vulneraban diferentes garantías del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: desde la libertad de expresión y reunión hasta los derechos procesales, como la presunción de inocencia, el derecho a un tribunal competente e imparcial y los derechos de defensa.⁴⁹ Otros expertos internacionales, grupos de derechos humanos y organismos cuasijudiciales se han mostrado igualmente muy críticos con las decisiones de los tribunales españoles. A raíz de estas críticas, el relator especial de las Naciones Unidas para la libertad de opinión y expresión ya había pedido a principios de 2018 a España que se abstuviera de presentar cargos penales por rebelión.⁵⁰ Y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en una medida excepcional en 2018, había sugerido la adopción de medidas provisionales para salvaguardar los derechos políticos en el contexto catalán.⁵¹

El TJUE tuvo que hacer frente a los tribunales nacionales de Bélgica y otros países que se negaban a dar curso a las órdenes de detención europeas emitidas por España. Y también a las crecientes expresiones de condena internacional de la estrategia de criminalización del movimiento independentista catalán desplegada por las autoridades españolas. En 2021, a raíz de las resoluciones belgas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa pidió a España que reformara su Código Penal, considerara la posibilidad de conceder indultos y pusiera fin a los procesos judiciales para despenalizar

48 Hof van Beroep de Brussel, decisión n.º 2021/79 de 7 de enero de 2021.

49 Docs. de Naciones Unidas A/HRC/WGAD/2019/6, de 13 de junio de 2019; A/HRC/WGAD/2019/12, de 10 de julio de 2019.

50 Véase Naciones Unidas: *UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia*, 6 de abril de 2018, disponible en <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/04/un-expert-urges-spain-not-pursue-criminal-charges-rebellion-against>.

51 Véase Nicolás Tomás y Carlota Camps: «La ONU insta a España a garantizar los derechos políticos de Sánchez», *El Nacional*, 23 de marzo de 2018. Véase también Krisch, capítulo 5 de este volumen.

los actos relacionados con el referéndum.⁵² En 2022, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que se habían vulnerado los derechos políticos de varios líderes independentistas catalanes como consecuencia de su persecución penal, que había provocado la suspensión de sus cargos parlamentarios.⁵³ El propio TJUE había sostenido, a finales de 2019, que las autoridades españolas debían respetar la inmunidad de los candidatos independentistas elegidos como eurodiputados, rechazada por un supuesto incumplimiento de formalidades.⁵⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había constatado una infracción del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la recogida de información sobre jueces que habían apoyado la convocatoria de un referéndum.⁵⁵ Además, un número significativo de casos relacionados con el movimiento independentista catalán estaban pendientes en el TEDH.

Al igual que en los casos relacionados con las condiciones de detención y la independencia judicial, la decisión del TJUE de crear una nueva categoría de excepciones en el asunto *Puig Gordi y otros* («deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable») no surgió de la nada, sino de un contexto repleto de serias preocupaciones por las vulneraciones de derechos y de críticas directas por parte de los tribunales nacionales. Además, los casos catalanes también plantearon con especial vehemencia cuestiones que tradicionalmente estaban incluidas en la «excepción de delitos de carácter político» en supuestos de extradición. Suprimidas por la Decisión Marco en nombre de la confianza mutua, vuelven a escena inevitablemente cuando existen diferencias de principios entre países a la hora de reconocer actos de naturaleza política dirigidos principalmente contra el Estado.⁵⁶ Aunque los delitos políticos clásicos (traición, rebelión o sedición) no se encuentran entre los delitos principales para los que la entrega es casi automática en el sistema de la ODE, se plantea esta misma cuestión cuando las acusaciones por otros delitos incluidos en la lista (como la «corrupción» en los casos que nos ocupan) tienen un elemento político. Entre Bélgica y España, estas cuestiones ya se habían planteado anteriormente en relación con los casos vascos, pero no se sometieron a la decisión de TJUE.⁵⁷ A la hora de abordar directamente el problema en el asunto *Puig Gordi y otros*, el TJUE —a diferencia del Abogado General— consideró necesario encontrar una respuesta fundamentada ampliando, aunque de forma acotada, los motivos por los que los tribunales nacionales pueden denegar la ejecución de las ODE.

52 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, resolución 2381 de 21 de junio de 2021.

53 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Dictamen de 30 de agosto de 2022, *Junqueras y otros/España*, Com. n.º 3297/2019.

54 TJUE, sentencia de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19.

55 TEDH, sentencia de 28 de junio de 2022, *M.D. y otros/España*, ap. n.º 36584/17.

56 Véase el argumento en König, Meichelbeck y Puchta (n.º 43).

57 Véase Meysman (n.º 34).

IV. Evolución de la confianza mutua en la Unión Europea

En el último decenio ha cambiado totalmente el equilibrio entre el principio de confianza mutua y la preocupación por los derechos fundamentales. Aunque el TJUE sigue insistiendo en el principio de que los tribunales de los Estados miembros normalmente no deben realizar un control de las leyes y procedimientos de otros Estados miembros (y, en su lugar, deben «confiar» en ellos) cuando tramitan órdenes de detención europeas, ha establecido dos excepciones fundamentales: las *deficiencias sistémicas o generalizadas* y las *deficiencias que afectan a grupos objetivamente identificables*, si existe la posibilidad de que dichas deficiencias den lugar a una violación de los derechos del individuo en un caso concreto. Como hemos visto en relación con los casos de detención, también podría reconocerse una excepción basada únicamente en circunstancias individuales, pero esta posibilidad parece quedar limitada a casos de especial gravedad, como amenazas para la vida o la integridad física de la persona afectada. Para comprender el ámbito de aplicación de estas excepciones, y especialmente de la relativa a los grupos, debemos volver hacia atrás e indagar en los fundamentos normativos que subyacen a su desarrollo.

Derecho y política penal de la UE: la búsqueda de legitimidad

La nueva fórmula contemplada en la jurisprudencia del Tribunal se ha interpretado tradicionalmente bajo el prisma de la construcción de la Unión Europea.⁵⁸ Como se ha mencionado al principio, la ODE se introdujo con la clara intención de avanzar hacia una «Unión cada vez más estrecha» en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, que hasta los años noventa había sido en gran medida intergubernamental. Los «valores comunes» de la UE, especialmente los derechos fundamentales, no eran un elemento esencial en la coyuntura posterior al 11-S, que dio lugar a la creación de la orden de detención europea y, en cualquier caso, se compartía la visión de que dichos valores estaban garantizados por los Estados miembros y no necesitaban una atención especial en el sistema de la orden de detención. De hecho, la Decisión Marco se promulgó en el contexto de una Unión relativamente homogénea de quince Estados miembros, cuya ampliación, que implicaría una mayor diversidad entre sus miembros, aún se veía como parte de un futuro relativamente lejano. La evolución del enfoque del TJUE puede percibirse, por un lado, como un reflejo de la creciente preocupación por el Estado de Derecho en una Unión ampliada, y por otro, como resultado de una mayor atención a los

⁵⁸ Véase, por ejemplo, Peers (n.º 1).

valores y derechos a partir del Tratado de Lisboa de 2007. En este contexto, la expectativa normativa de confianza mutua basada en normas homogéneas en toda la Unión se fue alejando cada vez más de la realidad. Por ende, el Tribunal reaccionó reequilibrando la integración y los valores, si bien lo hizo de forma cautelosa. En lugar de recurrir a un control pleno de los derechos humanos como habían pedido muchos activistas y académicos, e incluso algunos tribunales de los Estados miembros, trató de limitar las excepciones y permitir que el control reemplazara a la confianza y a la ejecución automática solo en situaciones graves y excepcionales que, por lo general, denotaran problemas estructurales que trascendían el caso individual. Si queremos reconstruir este enfoque desde una perspectiva normativa, nuestro esfuerzo dependerá en gran medida de nuestra noción de la confianza que sirve de cimiento a la ODE, así como la búsqueda de legitimidad en la construcción europea en general.

Precisamente, la integración política en Europa ha alterado sustancialmente las pautas y modelos de gobernanza y ha socavado la hegemonía del Estado en la función de ordenación social. Aunque su legitimidad original está limitada por el consentimiento de sus miembros al prestar (parcialmente) su soberanía, las instituciones de la UE han alcanzado vida propia, actuando cada vez más como organismos relativamente independientes que gozan de un importante poder coercitivo. Como resultado de dicha mutación, estas instituciones ejercen ahora la autoridad pública, y cada vez se presentan más como promotoras de los intereses públicos y no meramente de un conjunto de intereses agregados de sus miembros y de las comunidades nacionales que la componen. Así pues, el modelo contractualista, basado exclusivamente en el consentimiento del Estado, parece obsoleto tanto para explicar como para legitimar tales transformaciones y el impacto de amplias competencias ejecutivas sobre los derechos de los ciudadanos europeos.⁵⁹

En este nuevo contexto —caracterizado por la necesidad de constitucionalizar la Unión Europea sobre la base de unos valores comunes superando el modelo intergubernamentalista tradicional—, los principios de confianza y reconocimiento mutuos desempeñan un papel crucial no solo para garantizar una cooperación y un cumplimiento efectivos, sino también para legitimar la gobernanza europea en ámbitos que solían corresponder primordialmente a los Estados, como la seguridad y los asuntos penales. Esto obedece a que el nuevo régimen jurídico se construyó en base a la presunción de que se podía confiar en que todos los Estados miembros cumplirían con sus obligaciones de aplicar correctamente y de buena fe el Derecho de la Unión, garantizando incluso una protección efectiva de los derechos fundamentales reconocidos tanto en las constituciones nacionales como a escala de la UE, en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

59 Véase Fritz W Scharpf: *Gobernar en Europa: ¿Eficaz y democrático?* (Oxford University Press, 1999).

De la confianza moralista a la confianza racionalizada

Aunque el reconocimiento mutuo y la confianza no se mencionaban expresamente en los Tratados originales de la UE, ambos conceptos han sido invocados en el Derecho derivado y el TJUE ha sostenido su importancia a la hora de garantizar la cooperación, al tiempo que se asegura el respeto de los derechos fundamentales.⁶⁰ No cabe duda de que cualquier contrato o tratado lleva implícito un nivel mínimo de confianza, ya que cada parte necesita confiar en que la otra se atenderá a lo consentido y cooperará para cumplir sus obligaciones consiguientes. Pero en el contexto de la integración europea, la confianza mutua se ha relacionado a menudo con una concepción basada en principios y no calculadora, que se fundamenta en intereses y valores compartidos, como la democracia, los derechos humanos y la solidaridad, que fomentan un modelo óptimo de vínculos que justifican la integración supranacional como proyecto común. No hay duda de que la cooperación no surge de forma espontánea. Requiere que los actores implicados presenten a nivel interno un elevado grado de compromiso (con los bienes y valores que los mecanismos de cooperación buscan potenciar) y de altruismo (es decir, la voluntad de dejar de lado los propios intereses oportunistas, inmediatos o egoístas y priorizar la participación para lograr un «bien común»). Los beneficios de un clima de confianza generalizado a la hora de crear proyectos en común son evidentes. La confianza reduce la complejidad social y actúa como fuerza compensatoria frente a las actitudes egoístas y la tentación de eludir el riesgo, facilitando una acción colectiva eficaz y potenciando la capacidad de compartir con los demás de forma voluntaria. La confianza mutua, como actitud general «no calculadora» basada en la buena voluntad y fiabilidad de los demás, refleja una expectativa positiva que, en cierto sentido, es contraintuitiva; es decir, básicamente nos comportamos «como si el futuro fuera seguro»,⁶¹ y partimos de la suposición de que los demás cumplirán sus funciones de forma responsable o actuarán de acuerdo con normas sociales razonables respetuosas con los intereses o necesidades comunes.

La confianza permite así abordar los problemas que plantea la acción conjunta y que pueden impedir la consecución del bien común, e incluso se percibe como esencial a la hora de formar y mantener el capital social, en palabras de Robert Putnam,⁶² en la medida en que aumenta la capacidad de la sociedad civil para organizarse y crear asociaciones tanto formales como informales, desde partidos políticos a ligas de bolos. Además, las partes que actúan con confianza tienden a acatar de buen grado las normas, pues confían en que también los demás las cumplan. Esto permite ahorrarse una vigilancia constante

60 Véase Andrea Miglionico y 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), p. 10.

62 Véase, por ejemplo, Robert D Putnam: «Bowling Alone: America's Declining Social Capital» (1995) *6 Journal of Democracy*, p. 65.

para evitar comportamientos oportunistas, de tal manera que una sociedad democrática que cultiva sólidas relaciones de confianza podrá permitirse una menor regulación y mayores libertades.⁶³

Por esta razón, la confianza representa el «pegamento» o «lubricante» que une a la sociedad —incluidas las sociedades europeas—⁶⁴ y estimula una interacción positiva dirigida al logro de objetivos comunes, que es la base del buen funcionamiento de cualquier democracia.⁶⁵ A escala supranacional, también se asume que la democracia prosperará y será más eficaz si se extiende a nivel político un clima general de confianza entre los Estados miembros.⁶⁶ En un modelo de confianza moralista y no estratégico, la confianza se basa en creencias y compromisos normativos y no en una actitud calculadora que los economistas consideran la suprema expresión de racionalidad. La confianza moralista implica sobre todo una determinación prescriptiva de cómo deben comportarse y relacionarse las personas.⁶⁷ En esta concepción, la confianza tiene un valor *intrínseco* y no meramente instrumental: permite expresar respeto por los demás en cuanto seres humanos, así como la esperanza de que los demás sean igualmente capaces de actuar de forma respetuosa al apreciar la fe o confianza que depositamos en ellos. Por lo tanto, su naturaleza no va asociada primordialmente a un reconocimiento razonable de nuestra racionalidad «limitada» y de los límites de la «actitud calculadora»⁶⁸, sino más bien a una decisión consciente de confiar, a pesar de los riesgos que conlleva, como forma de comportarnos de acuerdo con nuestras creencias y compromisos, aunque ello implique hacer sacrificios o tener que asumir una posible falta de reciprocidad.

La cooperación basada en una forma estricta de confianza ha supuesto un reto desde siempre en contextos como el europeo, caracterizados por agravios históricos, asimetrías económicas y profundas divisiones culturales. Pero se convirtió en un reto aún mayor a medida que aumentaban las divergencias y disparidades entre los Estados miembros tras la ampliación de la UE y el declive de la democracia que también afecta a otras partes del mundo, un declive que lleva aparejado un retroceso de los derechos

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 Véase David Miller: *On Nationality* (Oxford University Press, 1995); Lenard (n.º 63).

66 Sobre la confianza política y sus implicaciones con respecto a la cooperación y el altruismo en la globalización de la democracia, véase Neus Torbisco Casals: «¿Beyond Altruism? Globalizing Democracy in the Age of Distrust» (2015) 98 *The Monist*, p. 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*, p. 453.

humanos.⁶⁹ De hecho, las crecientes situaciones de desconfianza e inseguridad han aumentado el riesgo de cooperar.

Evidentemente, participar en proyectos conjuntos siempre es arriesgado, pues exige conceder una discrecionalidad a los demás que puede afectar a nuestros intereses, lo que nos sitúa en una posición de especial vulnerabilidad.⁷⁰ Sin embargo, si crece la desconfianza, los incentivos para situarnos en una relación tan asimétrica se reducirán drásticamente y la predisposición a cooperar solo podrá existir en un marco altamente «racionalizado» y orientado a lograr la máxima eficiencia, que ofrezca suficientes garantías con respecto a la «racionalidad» de confiar en los demás, para lo cual será necesario que existan suficientes garantías para neutralizar (o minimizar) los riesgos subyacentes. Esta concepción racionalizada de la confianza contrasta con la concepción no calculadora y no oportunista descrita anteriormente. Más que como muestra de una actitud de tranquilidad ante la actuación del otro, la confianza aparece como resultado de un proceso de toma de decisiones que pretende asegurar que dicha confianza está realmente justificada. El conocimiento es, por tanto, crucial en esta explicación, y consiste sobre todo en cómo hacer predicciones precisas sobre la «fiabilidad» de los demás y sobre los riesgos de confiar en ellos basándose en información sobre su carácter, intereses, motivaciones o capacidades.

Pero existen obstáculos evidentes que dificultan el alcance de un alto grado de certeza cuando se sale del limitado ámbito de las relaciones especiales o estrechas que, en gran medida, son intrínsecamente no-calculadoras. Para empezar, hay numerosos factores que «comprometen» nuestra racionalidad y pueden poner en peligro la cooperación. Los agentes racionales tienen una capacidad cognitiva limitada para discernir los intereses de los demás, así como para identificar los resultados óptimos en circunstancias no ideales, es decir, cuando la información es incompleta o difícil de procesar y pueden surgir riesgos sistémicos debido a comportamientos engañosos. Más allá de la esfera individual, y sobre todo en ausencia de experiencias positivas previas o de pruebas concretas, la confianza colectiva implica confiar en extraños, lo que podría seguir siendo racional si podemos suponer que actuar a favor de nuestros intereses también redundará en beneficio de los suyos. La conocida explicación de Russell Hardin de la confianza como un interés «encapsulado»⁷¹ resulta muy útil para entender esa dimensión estratégica de la confianza que podría prevalecer en el ámbito de la UE, pues podemos suponer que, por ejemplo, la ejecución automática de las órdenes de detención europeas beneficiará

69 Véase Nancy Bermeo: «On Democratic Backsliding» (2016) 27 *Journal of Democracy*, 5; Leslie Vinjamuri: «Human Rights Backlash» en Stephen Hopgood y Jack Snyder (eds), *Human rights futures* (Cambridge University Press Cambridge, 2017).

70 Baier, Annette: «Trust and Antitrust» (1986), 96 *Ethics*, p. 231.

71 Russell Hardin: *Confianza y confiabilidad* (Fondo de Cultura Económica, 2010).

a todos los Estados miembros. Pero más allá de estos casos de maximización utilitarista de la «confianza», la noción hiperracionalista de confianza típica del razonamiento económico parece bastante contraria a este proyecto político.

En cualquier caso, el principio de confianza mutua en el contexto de la UE estaba vinculado principalmente no tanto a intereses particulares, sino a intereses, acuerdos o compromisos normativos y valores *compartidos*. Si estos se diluyen, o son menos compartidos, es más difícil predecir el cumplimiento y la cooperación (especialmente cuando la cooperación imponga obligaciones exigentes o pueda requerir el sacrificio de principios o valores constitucionales nacionales). Por definición, las interacciones de carácter meramente estratégico no se guían por normas éticas ni motivaciones altruistas.

La jurisprudencia cambiante del TJUE con respecto a la orden de detención europea puede examinarse como una expresión del paso de una confianza generalizada (ciega) a esta segunda noción de confianza, más cauta y racionalizada. Con este nuevo planteamiento, abre la puerta a un escrutinio y unos controles más estrictos que promuevan un equilibrio entre una concepción normativa, no calculadora, de la confianza mutua y un modelo racionalizado. Las excepciones más amplias a la ejecución automática, que permiten a los tribunales nacionales verificar la situación de los derechos humanos en otros Estados miembros, representan un cambio hacia un modelo de confianza más racionalista – menos moralista y más cauto– basado en la aceptación de controles para reafirmar tanto los principios fundacionales como posibles abusos.⁷²

Precisamente, la presunción de que se puede confiar en que todos los Estados miembros cumplan con su obligación de aplicar correctamente la legislación de la UE está estrechamente relacionada con la calidad democrática de la gobernanza transnacional. Pero la UE se ha ampliado para incorporar pueblos y sociedades diversos (heterogéneos y desiguales), y sigue sin estar claro cómo pueden presumirse o darse por sentados la confianza y el reconocimiento mutuos en un contexto marcado por fuertes divisiones culturales y políticas. Con el tiempo, y con las sucesivas ampliaciones de las «Comunidades Europeas» iniciales, hubo que reforzar estas salvaguardias. Por ejemplo, los Criterios de Copenhague sobre democracia, Estado de Derecho y derechos fundamentales, adoptados en 1993 por el Consejo Europeo⁷³, describían los valores compartidos como condiciones de entrada en la UE (ahora reflejadas en los artículos 2 y 49 del TUE), que también pueden considerarse condiciones previas necesarias para el reconocimiento mutuo y la confianza.

72 Véase también la explicación sobre confianza, información y control en Patricia Popelier, Giulia Gentile y 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*, p. 167.

73 Véase Comisión Europea: *Accession Criteria*, disponible en https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/enlargement-policy/glossary/accession-criteria_en.

Los mecanismos de salvaguardia son necesarios en cualquier contrato, pues sirven para incentivar la cooperación y evitar incumplimientos graves que puedan poner en peligro el acuerdo en su conjunto. La UE cuenta con diversos mecanismos de este tipo: procedimientos de infracción contra los Estados miembros por infringir el Derecho de la Unión, sanciones económicas o de otro tipo por incumplimiento de las sentencias del TJUE, e incluso una respuesta institucionalizada cuando existe riesgo de vulneración grave de los valores comunes de la Unión en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea. En el diseño original de la ODE, se suponía que los problemas relacionados con los derechos humanos y el Estado de Derecho en un Estado miembro concreto debían abordarse aplicando este último procedimiento. Sin embargo, debido al elevado umbral necesario para activar dicho mecanismo, este procedimiento no resulta práctico en casos de violaciones significativas de derechos humanos que no alcanzan el umbral de «violaciones graves de los valores de la Unión Europea».⁷⁴

Así pues, el TJUE tuvo que acudir a principios generales e instrumentos interpretativos para garantizar la protección de los derechos fundamentales. El reto consistía en definir excepciones que permitieran lograr un equilibrio adecuado, garantizando así el respeto de los derechos fundamentales, evitando al tiempo un menoscabo del automatismo y la eficacia del sistema de la ODE. En el caso que nos ocupa, la capacidad de los tribunales nacionales para examinar el cumplimiento de los derechos humanos por parte de otros Estados miembros puede, en última instancia, mejorar la calidad democrática de la gobernanza supranacional. Después de todo, esta constituye la base normativa que justificó la confianza y el reconocimiento mutuos en un primer momento. De hecho, una presunción de confianza ciega y meramente moralista podría ser contraproducente, ya que puede deteriorar la percepción de los ciudadanos con respecto a la legitimidad de la gobernanza supranacional en materia penal. En cambio, un modelo de confianza más racionalizado, que asuma que la desconfianza está a veces justificada, puede ofrecer una base más sólida para el reconocimiento mutuo partiendo de un compromiso común de preservación de los derechos fundamentales.

74 Decisión Marco, n.º 5 *supra*, preámbulo, apartado 10.

V. El TJUE como Tribunal Constitucional: el control judicial y sus límites

Si el cambio jurisprudencial desde un enfoque restrictivo de las sentencias *Radu* o *Melloni* a la mayor apertura de Puig Gordi y otros supuso una redefinición de la noción de confianza mutua en la UE, también redefinió el papel del TJUE en el sistema político e institucional. De este modo, también podemos entender el cambio como un reflejo del papel (aún limitado) del Tribunal como tribunal constitucional de la Unión Europea.⁷⁵

En un marco constitucional, un tribunal —incluso cuando se encarga de velar por el cumplimiento de una constitución o, en el caso de la UE, de los tratados fundacionales— observará normalmente un cierto grado de deferencia hacia el poder legislativo. Los enfoques de los tribunales varían de un país a otro, pero muchos combinan esa deferencia con distintos niveles de control, en función del problema de que se trate.⁷⁶ El «análisis del escrutinio» ha sido objeto de estudio especialmente en Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo ha desarrollado una jurisprudencia centrada en tres niveles distintos de escrutinio: el análisis de racionalidad, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto. Esta última categoría se aplica en casos en los que están en juego derechos constitucionales y, especialmente, cuando la legislación aplica «criterios sospechosos» que suscitan problemas de discriminación.⁷⁷

Este enfoque se ha interpretado y justificado como un equilibrio entre los principios democráticos y la protección de los derechos. En las sociedades democráticas, los tribunales que revisan las decisiones legislativas se enfrentan a una dificultad «contramayoritaria» en el sentido de que, al hacer valer derechos u otras protecciones constitucionales, suelen revocar las decisiones de una mayoría parlamentaria (y, por tanto, normalmente electoral).⁷⁸ Por tanto, un examen exhaustivo por parte de un tribunal de la racionalidad

75 Sobre el papel constitucional del TJUE, véase, por ejemplo, Alicia Hinarejos: *Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars* (Oxford University Press, 2009) cap. 1.

76 Para enfoques comparativos amplios, véase, por ejemplo, Mauro Cappelletti: *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill, 1971); Doreen Lustig y JHH Weiler: «Judicial Review in the Contemporary World—Retrospective and Prospective» (2018), 16 *International Journal of Constitutional Law*, p. 315.

77 Véase Richard H. Fallon Jr.: *The Nature of Constitutional Rights: La invención y la lógica del escrutinio judicial estricto* (Cambridge University Press, 2019).

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

y justificación de la acción legislativa presentaría el riesgo de interferir indebidamente en los procesos democráticos. De este modo, el desempeño adecuado de la función de control judicial se limita, conforme a la prestigiosa teoría de John Hart Ely, a analizar principalmente dos aspectos: el proceso y los procedimientos, de modo que se garantice que las decisiones del legislador reflejan efectivamente los procesos democráticos, y la representación y protección de las minorías que se encuentran estructuralmente en desventaja en dichos procesos.⁷⁹ Esta teoría se basa en una decisión de 1938 del Tribunal Supremo de EE. UU. en la que el magistrado Harlan Stone, como ponente del Tribunal, sugirió que «los prejuicios contra minorías aisladas y sin voz pueden generar una situación especial donde se tiende a obstaculizar de manera considerable la gestión de los procesos políticos en los que normalmente se confía para proteger a las minorías», y en consecuencia podría ser necesaria una «investigación judicial más profunda» de la que el Tribunal aplica normalmente.⁸⁰

La referencia a las «minorías aisladas y sin voz» proporciona un marco útil para entender el giro del TJUE hacia los «grupos objetivamente identificables». El TJUE, al interpretar la Decisión Marco, actúa en gran medida como un tribunal constitucional: aplica normas y principios constitucionales generales, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales, para reinterpretar la Decisión Marco de una manera que va mucho más allá de las excepciones explícitas al principio de ejecución automática de las ODE. La postura inicial del Tribunal –aplicando la redacción literal de la Decisión Marco durante más de un decenio– se entiende fácilmente como una muestra de deferencia hacia el proceso legislativo, y esa deferencia sigue estando muy presente en el establecimiento limitado y cauteloso de excepciones a la confianza mutua. El TJUE no revoca por completo las decisiones fundamentales sobre las que se sustenta la Decisión Marco, sino que interviene para garantizar que las deficiencias más generales del Estado de Derecho de un país (que afectan a los procesos políticos y judiciales en su conjunto), así como los problemas especiales de determinados grupos (que por lo general no se abordan adecuadamente en los procesos democráticos), puedan subsanarse en el sistema de la ODE.

No obstante, la postura del TJUE en este asunto debe considerarse en el contexto de la compleja arquitectura de la Unión Europea y sus Estados miembros. El cambio jurisprudencial no solo refleja un escrutinio del proceso legislativo a escala de la UE, sino que también permite el escrutinio por parte de los tribunales nacionales de las prácticas legales y judiciales de otros Estados miembros. A diferencia de los procedimientos de extradición tradicionales, en los que el examen se centra más en cuestiones de doble tipificación, los tribunales nacionales que deben decidir si ejecutan las órdenes de

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

80 Tribunal Supremo de EE.UU., *United States/Carolene Products Co.* (1938), 304 U.S. 144 (1938), Opinión mayoritaria (Stone), nota al pie n.º 4.

detención europeas deben formarse un juicio sobre las deficiencias del Estado de Derecho en otros países. Gracias a esto se genera un cierto mecanismo descentralizado de control de la actuación de los Estados miembros con respecto a los derechos fundamentales de la UE, un resultado ineludible desde la perspectiva de los derechos humanos y que además era deseable para los Estados miembros cuando adoptaron el sistema de la ODE. En principio, el propio Tribunal Europeo no está autorizado a controlar la actuación de los Estados miembros en materia de derechos humanos, salvo en aquellas materias en las que los Estados miembros aplican el Derecho de la Unión.⁸¹ Incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene atribuida la función de examinar que las actuaciones de los Estados respeten los derechos humanos, aplica a menudo un «margen de apreciación» para limitar su grado de escrutinio.⁸² En este contexto, el control descentralizado de los derechos en el sistema de la ODE también genera tensiones con la soberanía de los Estados miembros, y es comprensible que el TJUE muestre deferencia no solo hacia el Derecho de la Unión, sino también hacia los procesos políticos y judiciales de los Estados miembros.⁸³ Sin embargo, esta deferencia desaparece cuando existen indicios de que los procedimientos políticos o judiciales habituales que los Estados miembros aplican para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos no funcionan como deberían.

Así pues, el enfoque del TJUE relativo a los problemas relacionados con los derechos en el contexto de las ODE puede entenderse mejor como un reflejo tanto de la particular arquitectura de integración de la UE —y de la cambiante noción de confianza mutua resultante— como de la evolución de las funciones del Tribunal en cuanto tribunal constitucional de la Unión Europea. Ambos aspectos aconsejan un enfoque limitado y deferencial, que respete el principio de confianza mutua y la toma de decisiones democrática en la UE y los Estados miembros. Sin embargo, también exigen que el Tribunal ejerza un escrutinio cuando dicha confianza se vea socavada por problemas que normalmente no se corrigen en el proceso político. La fórmula hallada por el tribunal para las órdenes de detención europeas —ejecución automática salvo en situaciones de deficiencias generalizadas y sistémicas o problemas particulares relacionados con grupos— se entiende más bien como un intento de alcanzar el difícil equilibrio entre respeto y control.

81 Véase el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

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

83 Véase Janneke Gerards: «Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine» (2011) *17 European Law Journal*, p. 80.

VI. Aclaración del concepto de «grupos objetivamente identificables»

Los contornos del equilibrio entre deferencia y escrutinio, así como el alcance del cambio iniciado en *Puig Gordi y otros*, quedan más claros si somos capaces de concretar el alcance de las «deficiencias que afecten a grupos objetivamente identificables». Hasta ahora, la jurisprudencia del TJUE ha ofrecido directrices limitadas a este respecto. Sin embargo, estas directrices, junto con la reconstrucción de su razón de ser realizada en el apartado anterior, nos proporcionan algunas orientaciones sobre esta nueva categoría de excepciones al principio de confianza mutua y a la ejecución automática de las ODE.

Como ya se ha señalado, esta categoría se desarrolló por primera vez en un caso en el que existían deficiencias que afectaban a un grupo y estaban relacionadas con un grupo político concreto —el movimiento independentista catalán— que, dentro de España, es un grupo político minoritario que persigue un cambio esencial en la estructura constitucional del país y que, por ello, está siendo sometido a una persecución penal. Desde entonces, la nueva categoría solo se ha empleado en otro caso. En ese caso, la sentencia dictada en el asunto GN en diciembre de 2023, tuvo por objeto la negativa de un tribunal italiano a ejecutar una orden de detención emitida por las autoridades belgas para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía contra una madre con un hijo pequeño y embarazada de otro.⁸⁴ Hasta 2021, la legislación italiana contenía una cláusula que prohibía la entrega de mujeres embarazadas y madres de niños menores de tres años, pero el Parlamento italiano suprimió esta cláusula para permitir el correcto cumplimiento de la Decisión marco. Sin embargo, en el asunto GN, las autoridades belgas no habían facilitado información concreta sobre el régimen de penitenciario al que estaría sujeta la interesada, y los tribunales italianos consideraron que, sin la certeza suficiente de que Bélgica adoptaría medidas adecuadas para proteger el derecho de los menores a no ser privados de su madre, la entrega de esta última implicaría la vulneración de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución italiana y el CEDH. En la resolución que dictó en este asunto, el TJUE reiteró su planteamiento general sobre la confianza mutua en el sistema de órdenes de detención y recordó las dos categorías de excepciones desarrolladas anteriormente. El Tribunal de Justicia perfiló aún más estas categorías al considerar que una autoridad de ejecución debe cerciorarse de los motivos concretos por los que considera que puede existir una posible vulneración de derechos si detecta un riesgo

«ya sea debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con las condiciones de reclusión de las madres de niños de corta edad o de guarda de

⁸⁴ TJUE, sentencia de 21 de diciembre de 2023, GN, C-261/22.

esos menores [...], ya a deficiencias relativas a tales condiciones y que afectan más específicamente a un grupo objetivamente identificable de personas, como menores con discapacidad».⁸⁵

El Tribunal distingue en su sentencia entre la situación de madres e hijos —relacionada con posibles «deficiencias sistémicas o generalizadas»— y la de grupos más reducidos, como los menores con discapacidad, que entran en la categoría de «grupo objetivamente identificable de personas».

Aunque la línea divisoria entre estas dos categorías no queda del todo clara, esta última parece reservarse a los grupos más pequeños y especialmente vulnerables. Esto se correspondería con el planteamiento de *Puig Gordi y otros*, en el que una minoría política se vio afectada. También se alinearía con la interpretación desarrollada en el apartado anterior, que se basaba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de EE. UU. y destacaba el papel especial de los tribunales en la protección de «minorías aisladas y sin voz» que normalmente no pueden hacerse oír de manera efectiva en el proceso político.

Esto proporciona base suficiente para empezar a razonar con el fin de entender mejor la categoría jurídica de «grupos objetivamente identificables de personas». Por tanto, es probable que esta categoría contenga una serie de subcategorías de grupos vulnerables o marginados, no solo en términos de subordinación social o desventaja numérica, sino también en términos políticos. En términos generales, coincide con el razonamiento expresado por el juez Harlan Stone, del Tribunal Supremo de EE. UU., en el célebre asunto *United States/Carolene Products Co.* (1938) anteriormente descrito. Los litigantes pertenecientes a minorías siguen afirmando hoy en día la necesidad de un escrutinio especial («una investigación judicial más exhaustiva», en los términos originales) del impacto desproporcionado de ciertas normas o decisiones sobre «minorías aisladas y sin voz» concretas, que a menudo no están suficientemente representadas en los procesos legislativos, tienden a estar sistemáticamente oprimidas o marginadas o tienen un poder limitado para influir en los procedimientos y resultados legislativos o de toma de decisiones.

Esta concepción que tiene en cuenta los grupos y va más allá de las formas individualistas de discriminación y desigualdad para considerar las vulnerabilidades que afectan a grupos con una identidad concreta, se basa tanto en una noción ampliada del papel de los derechos humanos como freno a las mayorías poderosas como en la función instrumental del control judicial en la prevención de abusos. En contraste con el esquema individualista (más restringido) de la discriminación, que se centra en el impacto sobre un individuo concreto sin tener en cuenta su identidad o su rol en un grupo determinado, los defensores de la aplicación de una norma de escrutinio superior (cuando se analice, por ejemplo, la ejecución de una ODE contra uno o varios miembros de una minoría

⁸⁵ *Ibid.*, apartado 45 (énfasis añadido).

nacional) suelen cuestionar el enfoque individualista porque, por lo general, deja de lado la preocupación por las formas estructurales de discriminación y las vulneraciones de los derechos de las minorías. Con respecto al caso que nos ocupa, un modelo de control jurisdiccional «más débil» basado en un principio de confianza mutua (casi ciega) podría proteger *de facto* políticas nocivas de dominación y un paradigma de democracia basado en el mayoritarismo puro. Esto presenta riesgos evidentes para los derechos de los oponentes políticos minoritarios; en nuestro caso, para las naciones minoritarias que reivindican su autodeterminación y su cultura a través de partidos políticos o grupos de la sociedad civil propios.

De hecho, las discrepancias políticas contemporáneas que enfrentan cada vez más a mayorías y minorías en relación con las variables confluencias entre cultura, género, etnia y nacionalidad desempeñan un papel más importante en los litigios estratégicos ante tribunales de justicia supranacionales. El actual retroceso en materia de derechos humanos, vinculado a la aparición de modelos populistas de democracia, ha provocado una renovada hostilidad pública contra las minorías y, en muchos países europeos, importantes retrocesos en la protección nacional de sus derechos. En este contexto, las minorías, cada vez más desamparadas y frustradas, acuden a los tribunales internacionales en busca de protección. Obviamente, los tribunales públicos (en particular, los tribunales internacionales de derechos humanos) no siempre están bien preparados para abordar las polifacéticas dimensiones de las «luchas por el reconocimiento» político, en términos del filósofo político canadiense Charles Taylor.⁸⁶ Sin embargo, los litigantes pertenecientes a minorías que ven su estatus y sus derechos cada vez más amenazados por un clima político adverso y tienen pocas esperanzas de influir dada su marginación estructural, a menudo tratan de frenar la discrecionalidad de la que gozan las mayorías poderosas a la hora de perpetuar los sistemas de desventaja o reproducir los prejuicios culturales existentes o un sistema que los discrimina y subordina. A través de la litigación estratégica, buscan un reconocimiento de los derechos que consideran colectivos, y no meros derechos individuales o concesiones otorgadas por mera tolerancia.

Como consecuencia, los jueces están desempeñando un papel central a la hora de abordar los choques culturales y las reivindicaciones identitarias que enfrentan a las culturas mayoritarias y minoritarias. Esto plantea interrogantes sobre si el ámbito judicial ofrece el mejor marco para resolver estas controversias o si, por el contrario, podría exacerbarlas aún más. De entrada, hay razones para pensar que el papel esencial de los jueces y tribunales en la protección de las minorías vulnerables, que suele invocarse en las objeciones a la crítica contramayoritaria del control judicial, sitúa a los tribunales públicos en una buena posición para examinar sus reivindicaciones. El poder judicial, como afirmó célebremente Alexander Hamilton, podría ser de hecho el sector «menos peligroso» «para los derechos políticos de la Constitución», ya que no tiene «influencia sobre la espada ni sobre la

86 En Amy Gutmann (ed.) «Multiculturalism and «the politics of recognition». An Essay by Charles Taylor». NJ, Princeton University Press (1992): pp. 25-73.

cartera; no tiene control de la fuerza ni de la riqueza de la sociedad». ⁸⁷ En el contexto del retroceso político descrito, el escenario judicial internacional puede servir de foro para la deliberación pública y dar visibilidad a minorías cuyos intereses y opiniones suelen estar infrarrepresentados o simplemente excluidos de la esfera política nacional. Por lo tanto, la movilización judicial internacional de las minorías podría dar a los tribunales de derechos humanos la oportunidad de desestabilizar sistemas injustos, ayudar a informar a la opinión pública y subvertir las narrativas y la posición de privilegio de los grupos políticos dominantes. Cuando las sentencias (especialmente las que proceden de tribunales prestigiosos) reflejan un esfuerzo por escuchar las voces de las mujeres, o de las minorías raciales, étnicas, homosexuales, religiosas o nacionales, y por tratar sus causas con equidad, tienen el potencial de ayudar a superar los prejuicios dominantes contra estos grupos, así como los estereotipos sobre sus miembros y la subordinación de sus reivindicaciones políticas, que constituyen una tendencia antidemocrática.

Discriminación con conciencia de grupo y desigualdades estructurales

No obstante, la perspectiva anterior requiere una interpretación con conciencia de grupo de las formas estructurales de discriminación y, en este sentido, la introducción por parte del TJUE de la categoría de «grupos objetivamente identificables» es crucial para avanzar hacia un paradigma más colectivista de protección de los derechos humanos. En concreto, implica un cambio de perspectiva que puede adoptar la forma de un escrutinio judicial más riguroso o de una inversión de la carga de la prueba, cuando existe una sospecha razonable de persecución política o criminalización de grupos específicos, como sucede en el contexto catalán. Frente a la sospecha de discriminación de grupos minoritarios y subordinación histórica, la aplicación del principio de confianza mutua debería perder importancia.

Para explicar este argumento, pueden servir algunas observaciones adicionales sobre el concepto de desigualdad estructural y discriminación. Estas nociones representan algo más que meras desventajas transitorias y fortuitas que pueden ser producto de la pura mala suerte o simplemente atribuibles a malas elecciones individuales. Como sostiene Iris M. Young, la desigualdad estructural implica sobre todo «un conjunto de procesos sociales reproducidos que se refuerzan mutuamente para permitir o restringir las acciones individuales de muchas maneras». Consiste, pues, «en las limitaciones relativas con las que algunas personas se topan con respecto a su libertad y bienestar material como efecto acumulativo de las posibilidades que les ofrecen sus posiciones sociales, en comparación con otras que en sus posiciones sociales tienen más opciones o un acceso

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

más fácil a los beneficios»⁸⁸. La idea de «estructura social» hace referencia a una compleja estratificación de elementos (incluidas las instituciones jurídicas, los sistemas laborales y de propiedad, la organización de la familia y la sexualidad, las relaciones de mercado y la división del trabajo) en la que se encuentran los individuos de una posición determinada. Esta posición determina en gran medida su autopercepción, sus oportunidades y su poder para reivindicar sus derechos.

Las desigualdades estructurales tienden a estar arraigadas institucionalmente, profundamente enraizadas en normas, símbolos culturales y procesos de toma de decisiones, de modo que los actores individuales que actúan en este marco (a menudo también pertenecientes a grupos oprimidos) contribuyen a reforzar y perpetuar las pautas de desventaja existentes, a menudo *de forma involuntaria*. De este modo, se crean y reproducen diferentes estatus de grupo que sirven como portadores de subordinación, desencadenando efectos perjudiciales que, como argumentó Owen Fiss en su obra fundamental *Groups and the Equal Protection Clause*, es poco probable que se puedan impugnar judicialmente mientras el ideal de igualdad se interprete como un simple consagración de una interpretación individualista del principio antidiscriminatorio.⁸⁹ Esto es así porque la estructura altamente individualista de ese principio a menudo descuida que las reglas de la mayoría son desfavorables a las minorías de distintos tipos. En su lugar, una interpretación de la discriminación que tenga en cuenta a los grupos permite abordar con mayor garantía de éxito el reto de la protección de los derechos humanos en un mundo político y social configurado por profundas desigualdades de poder. Incluso si se prohíben las discriminaciones manifiestas que niegan los derechos políticos a determinados grupos, existen otras limitaciones igualmente apremiantes para la emancipación y la autonomía que pueden derivarse de las normas legalmente adoptadas que perpetúan las exclusiones sistémicas e imposibilitan que los grupos minoritarios ejerzan sus derechos.

En resumen: el concepto de «grupos objetivamente identificables» como excepción admitida por el TJUE permite adoptar una lógica contraria a la subordinación en el examen de normas o reivindicaciones cuando el caso en cuestión pueda afectar a miembros individuales de grupos que tengan una historia de subordinación de su posición (social, política o cultural) o sufran una falta de integración, marginación o posición no dominante en el proceso político en el contexto de un sistema democrático que, por lo demás, funcione bien. Este enfoque se basa en una concepción de los derechos y la democracia que va más allá del mero mayoritarismo y exige que los grupos minoritarios también participen en el proceso de autogobierno y que se proteja el pluralismo político.

Por supuesto, incluso reconociendo el potencial transformador del control judicial público para contrarrestar la hegemonía de la mayoría, la visión idealizada de los jueces como

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

89 Owen M Fiss: «Groups and the Equal Protection Clause» (1976), *S Philosophy & Public Affairs* 107.

autoridades imparciales y casi infalibles, que pueden ofrecer un refugio seguro frente a los prejuicios mayoritarios, subestima las limitaciones y sesgos institucionales que podrían socavar la imparcialidad requerida de los jueces. A este respecto, es importante recordar que los tribunales (tanto nacionales como internacionales) están integrados por élites profesionales de clase media y alta (en su mayoría hombres) que, en la mayoría de los casos, también son miembros de la cultura mayoritaria. Existe el riesgo de que los desequilibrios culturales, étnicos y de género que caracterizan a la judicatura en las democracias occidentales afecten a la imparcialidad⁹⁰, no por un prejuicio consciente, sino simplemente porque los jueces presten menos atención a los hechos enjuiciados o muestren un menor nivel de «sensibilidad perceptiva»⁹¹ hacia los razonamientos o argumentos invocados por los demandantes pertenecientes a minorías. El problema, en otras palabras, es que quienes imparten justicia son menos *conscientes*, y por tanto menos objetivos e imparciales, a la hora de evaluar las reivindicaciones de los litigantes pertenecientes a minorías⁹².

Por otra parte, los jueces no son legisladores y deben actuar como agentes jurídicos cuya función se circunscribe a la interpretación y aplicación de normas jurídicamente vinculantes. Sin embargo, las normas de derechos humanos y los derechos fundamentales suelen recogerse en cláusulas abstractas y vagas que incorporan conceptos controvertidos. En el ámbito legítimo de la discrecionalidad judicial, el TJUE y el TEDH pueden ciertamente adoptar una interpretación más amplia de la no discriminación utilizando la categoría de «grupos objetivamente identificables», lo que ofrece la posibilidad de mostrar un mayor interés por la experiencia concreta de los demandantes pertenecientes a minorías, que son representantes o miembros de grupos políticamente marginados, desfavorecidos o de otro modo subordinados y privados de derechos.

Una tipología (abierta) de grupos pertinentes

En base al análisis de la jurisprudencia existente y, posteriormente, la reconstrucción de los fundamentos que la justifican, podemos definir con mayor claridad los posibles contornos de la categoría de «grupos objetivamente identificables» en el contexto de la UE. De este modo, debe entenderse que esta categoría incluye:

90 Existe un interés creciente por explorar el impacto de la falta de diversidad en la composición de los tribunales (tanto nacionales como internacionales). Véase, por ejemplo, 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: «La legitimidad de los tribunales internacionales». *Revista de Filosofia Social*, tomo 52, número 4, 2022

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

92 Neus Torbisco-Casals reflexiona sobre esta cuestión en «Multiculturalism, Identity Claims and Human Rights: From Politics to Courts». *Derecho y Ética de los Derechos Humanos* 2016; 10(2): 367.

a). *Minorías culturales, étnicas y lingüísticas.* Estas minorías están presentes en muchos Estados miembros de la UE: desde los bretones en Francia a los turcos en Rumanía o los gitanos en diversos países. En cuanto a las lenguas, hay más de 60 lenguas regionales y minoritarias en toda la Unión Europea. Estas minorías están protegidas en el seno del Consejo de Europa, especialmente por el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, pero también por el propio Derecho de la Unión Europea.⁹³ Este tipo de minorías, normalmente con muchos menos miembros que los grupos sociales mayoritarios y con rasgos identitarios propios que las diferencian, suelen ser vulnerables a la hegemonía de la mayoría en el proceso político y sus reivindicaciones de derechos de minoría varían sustancialmente e implican políticas de adaptación y derechos colectivos como reconocimiento de sus diferencias con la cultura mayoritaria.

b). *Minorías raciales y religiosas.* Estas minorías suelen estar menos concentradas geográficamente, pero representan a grupos minoritarios de distintos Estados miembros. Esto se aplica en particular a las personas que no son de tez blanca-caucásica y a las religiones no cristianas (aunque en muchos países, ciertos grupos cristianos también son minoritarios). Se calcula que las comunidades musulmanas representan unos 13 millones de residentes en la UE, lo que equivale aproximadamente al 3,5 % de la población de este espacio. Las personas negras representan casi 10 millones de residentes. La prevalencia de ambos grupos varía mucho de un Estado miembro a otro, pero no suele superar el 10 % de la población. Estos grupos, a menudo identificables por sus rasgos físicos o su vestimenta o símbolos distintivos, están especialmente expuestos a la discriminación y tienen una representación política significativamente menor.

c). *Minorías sociales.* Se trata de una amplia subcategoría que comprende una variedad de grupos sociales que, debido a sus características físicas o culturales o a su identificación, se consideran en algún sentido distintos de la población mayoritaria. Más allá de los «menores con discapacidad» mencionados por el TJUE en el asunto GN, puede incluir a personas con discapacidades físicas o mentales en sentido más amplio, a personas con determinadas orientaciones sexuales e identidades de género o también a inmigrantes o personas de origen migrante. En general, cualquier característica puede perfilar a una minoría social si se utiliza para distinguir a un grupo y lo hace vulnerable a la discriminación o la dominación de la mayoría.

d). *Pueblos o naciones minoritarias* que reclaman no solo protección como minorías (en forma de una política de tolerancia que implica derechos negativos, exenciones o políticas contra la asimilación), sino que también aspiran a ser reconocidos como naciones o pueblos «diferentes» con derechos de autogobierno, como es el caso de

93 Véase Rainer Hofmann, Tove H Malloy y 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*, p. 92.

Cataluña, Escocia y otras naciones sin Estado. En estos casos, las reivindicaciones tienen por objeto derechos colectivos, como el derecho de autodeterminación (interna o externa). Estos grupos se organizan normalmente a través de partidos políticos y movimientos de la sociedad civil, que a menudo se enfrentan a obstáculos estructurales que les impiden participar de una manera eficaz en el proceso político de muchos países, y sus luchas por un reconocimiento especial, la justicia histórica y el acceso democrático a la condición de Estado a menudo se niegan o incluso se criminalizan, como sucede en el caso del movimiento político catalán de autodeterminación (que analiza la sentencia del asunto *Puig Gordí y otros*).

Aunque estas cuatro categorías dan una orientación sobre ciertas minorías «aisladas y sin voz» que pueden incluirse bajo el denominador común de «grupos objetivamente identificables», no deben considerarse fijas o limitadas. Los grupos se construyen socialmente, tanto a través de las acciones de sus miembros como de su entorno político. Las categorías de minorías y pueblos, como entidades diferentes, también son difusas y a menudo intercambiables, y los derechos de grupo pueden interpretarse y ejercerse de muchas maneras, también dentro de las fronteras de los Estados existentes. Los derechos de grupo han sido objeto de una creciente protección internacional de los derechos humanos en los dos últimos decenios, precisamente porque su desprotección ha tenido a menudo implicaciones negativas en términos de violaciones de los derechos humanos individuales, persecución política y deterioro de la democracia.

Como se desprende de la sentencia *GN*, algunos grupos no están necesariamente cohesionados ni muestran un autoconocimiento de sus miembros; pueden definirse únicamente en base a características comunes, como una discapacidad. Siempre que una característica de este tipo provoque reacciones concretas por parte de la mayoría o del Estado —mediante la represión, el control⁹⁴ u otras consecuencias negativas—, las personas con dicha característica podrán considerarse un «grupo objetivamente identificable». Las deficiencias que afectan a dicho grupo, especialmente las violaciones de los derechos humanos cometidas contra él, pueden entonces convertirse en un motivo de quebrantamiento de la confianza mutua en la cooperación europea en materia penal y justificar la denegación de la ejecución de la ODE.

Más allá del marco de la UE, un claro ejemplo de la importancia de adoptar un enfoque de protección de los derechos humanos que tenga en cuenta a los grupos como elemento esencial de la democracia es el de los pueblos indígenas. El progresivo reconocimiento de sus reivindicaciones de autodeterminación a escala internacional (que desembocó en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2007, que afirma el derecho de autodeterminación interna en forma de derechos colectivos a poseer y controlar sus tierras y territorios) no ha transformado necesariamente las realidades locales, pero sí que ha generado una creciente movilización política de estos

94 Véase Mégrét, capítulo 4 de este volumen.

grupos. Como consecuencia, los indígenas y los defensores de sus derechos se enfrentan hoy a una mayor violencia y a violaciones individuales de los derechos humanos, que los expertos consideran una reacción desencadenada por la creciente reivindicación de los derechos colectivos, como la autodeterminación, el derecho a la tierra y la autonomía territorial. Estos derechos son cruciales en sus luchas más amplias por la supervivencia cultural frente a los Estados colonizadores y en el contexto actual de crisis medioambiental, ya que la conservación de sus ecosistemas se considera parte intrínseca de sus identidades culturales e históricas. Esta lógica de grupo se refleja en una serie de iniciativas de litigación estratégica ante los tribunales internacionales regionales de derechos humanos, pero la movilización política ha provocado amenazas reales a los activistas y defensores de los derechos indígenas. Según Front Line Defenders, se calcula que casi la mitad de los defensores de los derechos humanos que fueron asesinados en 2022 en 26 países reivindicaban los derechos indígenas. Además, varios informes presentados al Consejo de Derechos Humanos por el relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de las Naciones Unidas han alertado de que la criminalización se está convirtiendo en una herramienta habitual, que contribuye a transformar las reivindicaciones políticas pacíficas en conflictos abiertos, ya que son en gran medida un intento de silenciar a los pueblos indígenas que expresan su oposición a proyectos que amenazan sus medios de vida y sus culturas. Más recientemente, el actual Relator Especial, Francisco Cali Tzay (un maya cakchiquel de Guatemala), también ha alertado sobre la impunidad generalizada de quienes cometen actos de violencia contra los defensores de los derechos indígenas y sobre la conexión entre abogar por la autodeterminación y ser víctima de violencia y persecución política. En algunos casos, el modo de vida y la cultura de los pueblos indígenas se han considerado ilegales para facilitar el desalojo de sus tierras ancestrales. Esto suele ocurrir como «reacción» de los Gobiernos y otras partes interesadas cuando los grupos nativos se oponen a proyectos de desarrollo a gran escala. Las organizaciones indígenas también han sido objeto de vigilancia ilegal y confiscaciones a través de normativas y políticas que pretenden debilitar su movilización y restringir su respaldo social. En este contexto, los enfoques jurídicos individualistas de la violencia, el derecho penal y la discriminación son claramente insuficientes para abordar los patrones estructurales de injusticia y vulnerabilidad.

VII. Conclusión

Desde su creación en 2002, el sistema de órdenes de detención europeas se ha mantenido prácticamente inalterado desde un punto de vista formal, pero ha experimentado una transformación fundamental en la práctica. Como se ha explicado en este capítulo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reestablecido un equilibrio –tras muchas vacilaciones en los primeros años– entre el principio de confianza mutua en que se basaba la ODE y las preocupaciones por los derechos fundamentales a través de diversas medidas. No ha abandonado la idea de que la ejecución automática de las órdenes de detención solo debe denegarse «en circunstancias excepcionales», pero con el tiempo ha ido ampliando progresivamente el ámbito de aplicación de estas circunstancias. Si durante mucho tiempo el Tribunal exigió deficiencias sistémicas y generalizadas, ahora admite deficiencias que afecten a grupos objetivamente identificables concretos, siempre que supongan un riesgo específico para los derechos de los individuos afectados.

Esta transformación no ha nacido de la nada, sino que es el resultado de una presión constante de la sociedad civil, los actores políticos y, especialmente, los tribunales. Los tribunales nacionales que han tenido que ejecutar órdenes de detención, los tribunales constitucionales a los que han recurrido los interesados contra las decisiones de entrega, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han ido cuestionando cada vez más la «confianza ciega» que exige la Decisión Marco y han pedido al TJUE que ejerza un control real y, especialmente, que permita a los tribunales nacionales ejercer dicho control con base en los derechos fundamentales, que adquirieron mayor peso en la UE con la Carta de los Derechos Fundamentales. Poco a poco, el TJUE se ha ido convirtiendo en un tribunal constitucional, no solo como «motor» del proceso de integración europea, sino también como control independiente de los órganos políticos de la UE en los casos en que la integración entra en tensión con los derechos individuales. Tanto en cuestiones de asilo como de cooperación en materia de justicia penal, el Tribunal ha ido construyendo, de forma lenta pero segura, un sistema en el que, a pesar de los mandatos de integración más estrictos del Derecho de la Unión, los tribunales nacionales puedan examinar las prácticas políticas y jurídicas de otros Estados miembros.

La atención prestada a las «deficiencias que afectan a grupos objetivamente identificables» en la sentencia de 2023 dictada en el asunto *Puig Gordi y otros* refleja con particular claridad este nuevo papel del TJUE. La atención a los problemas relacionados con los grupos, desentrañados en este capítulo, tenía cierto fundamento en la Decisión Marco y en la jurisprudencia anterior, pero no había adquirido importancia en casos anteriores. Sin embargo, los casos catalanes a los que se enfrentó el Tribunal pusieron la cuestión en primer plano. Sin «deficiencias sistémicas y generalizadas» que afecten a todo un país, pero con un claro patrón de violaciones de los derechos humanos más allá de los casos individuales, el TJUE tuvo que desarrollar un nuevo enfoque. Lo hizo de un modo que

recuerda a la justificación por el Tribunal Supremo de EE.UU. del escrutinio estricto para los problemas relacionados con «minorías aisladas y sin voz», al permitir a los tribunales nacionales denegar la entrega de personas cuando las órdenes de detención emitidas contra ellas conlleven el riesgo de generar deficiencias que afecten a grupos concretos. Estos grupos, como hemos argumentado basándonos en la jurisprudencia del Tribunal, pueden ser de diferentes tipos: los grupos étnicos, lingüísticos, raciales, religiosos, sociales o políticos pueden estar incluidos en esta categoría, siempre y cuando sea posible demostrar que se ven afectados de manera concreta por determinados problemas relacionados con los derechos. Con esta medida, el TJUE no ha abierto la puerta al escrutinio de los derechos humanos en todos y cada uno de los casos individuales, pero se ha acercado a un equilibrio viable entre la integración europea y la protección de los derechos de los grupos especialmente vulnerables, dando un paso más hacia la constitucionalización de la Unión Europea.

Capítulo 3

Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

David Banisar

Profesor visitante sénior en el Departamento de Gobierno de la London School of Economics and Political Science y abogado y consultor de derechos humanos en Londres; ha sido asesor legal sénior de ARTICLE 19, investigador visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leeds y en la Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard.

I. Introducción

La libertad de expresión es un derecho humano fundamental, esencial para la democracia. Es la base del derecho a la participación pública y política. Su fundamento se encuentra en el Derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Los grupos minoritarios y desfavorecidos gozan además de protección adicional en virtud del Derecho internacional para asegurar que su voz sea escuchada y protegida.

Aunque no es un derecho absoluto, los Estados solo pueden restringir la libertad de expresión en circunstancias limitadas. La opinión sobre temas políticos y cuestiones de interés público está fuertemente protegida y solo puede ser restringida en casos muy estrictos. Esta regla se aplica igualmente a los debates en torno a la autodeterminación y las estructuras políticas del Estado, incluida la secesión, siempre que no hagan apología de la violencia ni promuevan el odio.

Del mismo modo, la libertad de reunión, relacionada con protestas pacíficas, también ha sido declarada un derecho humano fundamental, interrelacionado con la libertad de expresión y esencial para la participación pública. Al igual que la libertad de expresión, su base está claramente establecida en el Derecho internacional de los derechos humanos y no puede ser restringida salvo en circunstancias estrictas, lo que incluye también la protección de debates sobre cuestiones como la secesión.

Los conflictos que emanan de los debates sobre la independencia de Cataluña han planteado numerosos desafíos a la libertad de expresión y reunión en España. En este capítulo se repasan las normas internacionales que gobiernan la libertad de expresión y de reunión, las polémicas surgidas en España en el contexto de estos conflictos y la respuesta de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos. Estas respuestas sitúan las actuaciones del Gobierno español en el contexto del marco internacional de derechos humanos y denotan que muchas de las actuaciones emprendidas en respuesta a los debates sobre la independencia han supuesto un incumplimiento de las obligaciones dimanantes del Derecho internacional de los derechos humanos.

En torno a este asunto se plantea la cuestión de si esas actuaciones son lo suficientemente habituales como para considerarlas una discriminación sistemática o que «afectan a un grupo objetivamente identificable». El gran número de declaraciones y veredictos de organismos y expertos internacionales en derechos humanos que constatan violaciones de las normas respalda esta conclusión de discriminación sistemática.

II. Libertad de expresión: protecciones y limitaciones

Se ha definido la libertad de expresión como la «piedra angular de toda sociedad libre y democrática», «una de las condiciones básicas para el progreso y la realización personal de cada individuo»² e «indispensable para la dignidad y la realización de las personas, constituye también pilares fundamentales de la democracia, el Estado de Derecho, la paz, la estabilidad, el desarrollo sostenible e integrador y la participación en la vida pública».³

La protección de la libertad de expresión está incorporada de manera sustancial al Derecho internacional de los derechos humanos en instrumentos de todo el mundo.⁴ El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: «[t]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».⁵ El artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».⁶

A escala europea también existen protecciones similares. El artículo 10, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) reconoce la libertad de expresión en el sistema europeo:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o

1 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, «Observación General n.º 34 - Artículo 19: Libertades de opinión y expresión», de 12 de septiembre de 2011, Doc. NN. UU. CCPR/C/GC/34, apartado 2.

2 *Handyside/Reino Unido* (1979), 1 EHRR 737, apartado 49.

3 Comisión Europea, Directrices de la UE sobre la libertad de expresión online y offline de 12 de mayo de 2014, apartado 1.

4 Véase Amal Clooney y Lord David Neuberger: «Freedom of Speech in International Law», *Oxford University Press* (2024).

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948, Res. AGNU 217 A(III) (DUDH), art. 19.

6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, 999 UNTS 171 (ICCPR), art. 19.

ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado el artículo 10 del CEDH en cientos de asuntos.⁷ Según el Tribunal, es «aplicable no solo a las “ideas” e “informaciones” aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que molestan, chocan o inquietan».⁸

El artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reproduce el contenido del CEDH.⁹ Según las explicaciones oficiales sobre la Carta, «este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado por el CEDH y las limitaciones de que puede ser objeto este derecho no pueden por lo tanto sobrepasar las establecidas en el apartado 2 de su artículo 10 [...]».¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de expresión es muy escasa porque su competencia en cuestiones internas de los Estados miembros es limitada.¹¹

1. Límites a la libertad de expresión

La libertad de expresión no es un derecho absoluto. Tanto los convenios europeos como los internacionales reconocen que este derecho puede ser restringido en circunstancias limitadas. El artículo 19, apartado 3, del PIDCP establece que el derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a ciertas restricciones para asegurar el respeto a los derechos de los demás o para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.¹² Con arreglo al CEDH, el artículo 10, apartado 2, establece que:

«El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o

7 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guía sobre el artículo 10 del Convenio - Libertad de expresión*, de 31 de agosto de 2022.

8 *Observer y Guardian/Reino Unido* (1992) 14 EHRR 153, apartado 59.

9 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2012, DO C 326.

10 Unión Europea, Explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02), de 14 de diciembre de 2007, DO C 303/17.

11 Véase, por ejemplo, sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 3 de febrero de 2021, asunto *Fussl Modestraße Mayr*, C-555/19, apartados 81-83.

12 PIDCP, art. 19.

de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».¹³

El TEDH ha elaborado un examen en tres fases para determinar si la injerencia en la libertad de expresión estaba «prevista por la ley», si «persigue uno de los fines legítimos» establecidos en el artículo 10, apartado 2, y si era «necesaria en una sociedad democrática». Una prueba similar se establece en el artículo 19, apartado 3, del PIDCP, que limita las restricciones a las permitidas en dicho precepto, fijadas por la ley, y que cumplan pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad.¹⁴

En virtud de los acuerdos internacionales firmados por España, estos importantes acuerdos y las decisiones del Tribunal Europeo y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas deberían reflejarse en la interpretación del artículo 20 (garantía de la libertad de expresión) de la Constitución española de 1978. Más aún cuando el artículo 10, apartado 2, de la Constitución señala que los derechos fundamentales «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

2. Protecciones del discurso político

En virtud del Derecho internacional y europeo, la libertad de expresión relativa al discurso político está sujeta a protecciones estrictas. El TEDH ha dictaminado que «en el apartado 2 del artículo 10 apenas se permiten restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso o de las cuestiones de interés general».¹⁵ En un caso procedente de España, el Tribunal dictaminó que una sanción penal por la quema de la foto del Rey violaba el artículo 10, ya que las restricciones exigían «razones imperiosas» para limitar la expresión política.¹⁶

El Tribunal ha dictaminado que el alto nivel de protección del discurso se extiende especialmente a los cargos electos:

13 CEDH, art. 10, apartado 2.

14 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General 34: art. 19: *Libertades de opinión y de expresión*, de 12 de septiembre de 2011, Doc. NN. UU. CCPR/C/GC/34, apartado 22.

15 *Wingrove/Reino Unido* (1996), 24 EHRR 1, apartado 58.

16 *Stern Taulats y Roura Capellera/España*, Demanda n.º 51168/15 y 51186/15, (TEDH, de 13 de marzo de 2018).

«Un adversario de las ideas y posturas oficiales ha de poder encontrar su lugar en la arena política. Bien precioso para las personas, la libertad de expresión lo es todo especialmente para un elegido del pueblo. Por lo tanto, las injerencias en su libertad de expresión empujan al Tribunal a centrarse en un control de los más estrictos».¹⁷

Como ya se ha dicho, la protección del discurso abarca también cuestiones polémicas, incluso aquellas que puedan causar incomodidad o impacto y que cuestionen opiniones comúnmente aceptadas. En un caso relacionado con Turquía, el Tribunal dictaminó que esto incluye también debates sobre el separatismo:

«A juicio del Tribunal, el hecho de que un proyecto político semejante resulte incompatible con los principios estructurales actuales del Estado turco no lo convierte en contrario a las reglas democráticas. Forma parte de la esencia de la democracia el permitir la presentación y el debate de proyectos políticos diversos, incluso de aquellos que cuestionan el modelo actual de organización de un Estado, siempre que no tengan como objetivo la vulneración de los propios principios democráticos».¹⁸

Sin embargo, el discurso debe ser pacífico y no debe «difundir, incitar, promover o justificar la violencia, el odio o la intolerancia»¹⁹ ni crear un peligro claro o inminente de violencia²⁰ que pueda tener «repercusiones sobre la “seguridad nacional” o el “orden público” mediante el fomento del uso de la violencia o la incitación a que otros lleven a cabo una resistencia armada o rebelión».²¹ Las restricciones deben tener un alcance y una finalidad limitados.²² El Tribunal utiliza un examen de tres fases para determinar si el discurso en cuestión es un llamamiento a la violencia:

«(i) si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso; (ii) si las declaraciones, interpretadas equitativamente y vistas en su contexto inmediato o más amplio, podrían considerarse como un llamamiento directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia; y (iii) la

17 *Piermont/Francia*, Demandas n.º 15773/89 y 15774/896 (TEDH, de 27 de abril de 1995), citando a *Castells/España* (1992) Serie A n.º 236, p. 22, apartado 42; Véase también *Otegi Mondragón/España*, Demanda n.º 2034/07 (TEDH, de 6 de febrero de 2019), apartado 50 (relativo a los diputados); y *Fragoso Dacosta/España*, Demanda n.º 27926/21 (TEDH, de 8 de junio de 2023) (sindicalistas).

18 *Partido Socialista y otros/Turquía* (1999) 27 EHRR 51, apartado 47.

19 *Stomakhin/Rusia*, Demanda n.º 52273/07 (TEDH, de 9 de mayo de 2018), apartado 92.

20 *Gül y otros/Turquía*, Demanda n.º 4870/02 (TEDH, de 14 de diciembre de 2000), apartado 42.

21 *Kılıç y Eren/Turquía*, Demanda n.º 43807/07 (TEDH, de 29 de noviembre de 2011), apartados 28-29.

22 *Bidart/Francia*, Demanda n.º 52363/11 (TEDH, de 2 de noviembre de 2015), apartado 42.

3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad, directa o indirecta, de provocar consecuencias perjudiciales».²³

Como principio, el Tribunal ha dictaminado que el discurso pacífico y no violento no puede justificar el encarcelamiento²⁴ salvo en «circunstancias excepcionales», cuando el discurso inste al uso de la violencia o constituya incitación al odio.²⁵

Del mismo modo, las restricciones por motivos de seguridad nacional y antiterroristas también están sujetas a un seguimiento estricto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado ampliamente sobre el artículo 10 y las medidas antiterroristas.²⁶ Sigue el enfoque de considerar cómo el discurso contribuye a un debate de interés general, si puede exacerbar o justificar la violencia, el odio o la intolerancia, así como la dureza de la sanción. Para que el discurso sea sancionable, debe crear un «peligro claro e inminente» que «afecte a la “seguridad nacional” o al “orden público” mediante el fomento del uso de la violencia o la incitación a otros a la resistencia armada o la rebelión».²⁷

Los organismos internacionales también se han pronunciado al respecto. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló en su Observación General 34:

«Los Estados partes deben procurar con el mayor cuidado que las leyes sobre traición y las disposiciones similares que se refieren a la seguridad nacional, tanto si se califican de leyes sobre secretos de Estado o sobre sedición, o de otra manera, estén redactadas y se apliquen de conformidad con las condiciones estrictas del párrafo 3».²⁸

El Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas profundizó en esta cuestión en su informe de 2016 al Consejo de Derechos Humanos:

23 Véase, por ejemplo, *Rivadulla Duró/España*, Demanda n.º 27925/21 (TEDH, de 9 de noviembre de 2023), apartado 32 (desestimación de la demanda del rapero español Pablo Hasél contra su condena penal por unas declaraciones críticas y una canción sobre el rey emérito Juan Carlos I, el GRAPO y la policía).

24 *Murat Vural/Turquía*, Demanda n.º 9540/07 (TEDH, de 21 de octubre de 2014), apartado 66.

25 *Erkizia Almandoz/España*, Demanda n.º 5869/17 (TEDH, de 22 de junio de 2021), apartados 39-40.

26 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide to Article 10 of the Convention - Freedom of expression*, de 31 de agosto de 2022.

27 *Kiliç y Eren/Turquía*, Demanda n.º 43807/07 (TEDH, de 29 de noviembre de 2011), apartados 29-30.

28 Observación General 34 (2011), apartado 30.

«debe quedar claro que el mero hecho de tener o expresar pacíficamente opiniones que se consideren “extremas” con arreglo a cualquier definición nunca debe tipificarse como delito, a menos que estén vinculadas a la violencia o la actividad delictiva. Ha de protegerse la reivindicación pacífica de un programa político, o de otra índole, incluso cuando dicho programa sea diferente de los objetivos del Gobierno y se considere “extremo”. Los Gobiernos deben rebatir las ideas de las que discrepan, pero no deben tratar de impedir que se debatan ideas y opiniones no violentas».²⁹

Los relatores especiales de las Naciones Unidas, de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Unión Africana (UA) sobre la libertad de expresión y acceso a la información también han establecido de manera conjunta las normas que deben seguir los Estados en su lucha contra el terrorismo. En su declaración conjunta de 2009, afirmaron que:

«La definición del terrorismo, al menos en cuanto a su aplicación en el contexto de las restricciones a la libertad de expresión, debe limitarse a los crímenes violentos diseñados para promover causas ideológicas, religiosas, políticas o de criminalidad organizada, con el objetivo de ejercer una influencia sobre las autoridades públicas mediante la generación de terror entre la población.

La criminalización de las expresiones relativas al terrorismo debe restringirse a los casos de incitación intencional al terrorismo -entendida como un llamado directo a la participación en el terrorismo que sea directamente responsable de un aumento en la probabilidad de que ocurra un acto terrorista-, o a la participación misma en actos terroristas (por ejemplo, dirigiéndolos). Las nociones vagas, tales como la provisión de apoyo en comunicaciones al terrorismo o al extremismo, la «glorificación» o la “promoción” del terrorismo o el extremismo, y la mera repetición de afirmaciones terroristas, que en sí mismas, no constituyan incitación, no deberían estar criminalizadas».³⁰

29 Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (22 de febrero de 2016), Doc. NN. U.U. A/HRC/31/65, apartado 38.

30 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de opinión y expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la libertad de los medios de comunicación, Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la libertad de expresión y el acceso a la información, *Declaración conjunta sobre la difamación de las religiones y la legislación antiterrorista y antiextremista* (diciembre de 2008); véase también la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión y las respuestas a las situaciones de conflicto, de 4 de mayo de 2015.

3. Derechos de las minorías nacionales

Un aspecto adicional de la libertad de expresión que es relevante para este debate son los derechos lingüísticos de las minorías. Los derechos lingüísticos se consideran «expresión de la identidad individual y colectiva»³¹, que se protegen también como derechos de libertad de expresión y en virtud de otros convenios de derechos humanos. En este sentido, se reconoce a las minorías nacionales una protección especial de su libertad de expresión, que incluye el derecho a hablar en la propia lengua en público y en privado, el acceso a contenidos de los medios, el acceso a los servicios públicos y el acceso a la información.³²

Las libertades de reunión pacífica y de expresión están expresamente protegidas para las minorías nacionales en virtud del Convenio Marco del Consejo de Europa para las Minorías Nacionales.³³ La Carta Europea de las lenguas regionales minoritarias compromete a los Estados a no poner restricciones a los documentos emitidos y redactados en una lengua regional o minoritaria.³⁴

III. Libertad de reunión pacífica

El derecho de reunión pacífica también se considera «uno de los fundamentos» de una sociedad democrática, junto con la libertad de expresión.³⁵ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que «constituye [...] el fundamento mismo de un sistema de gobierno participativo basado en la democracia, los derechos humanos, el respeto de la ley y el pluralismo».³⁶

31 Comité consultivo del Consejo de Europa sobre el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales: *Thematic Commentary No. 3. Thematic Commentary: The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities Under the Framework Convention*, de 24 de mayo de 2012.

32 Véase Relator Especial sobre cuestiones de las minorías de las Naciones Unidas: *Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas: Guía práctica para su aplicación*, marzo de 2017.

33 Convenio marco para la protección de las minorías nacionales (STE n.º 157), 2008, arts. 7 y 9.

34 Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias (STE 148), 1992, art. 11, apartado 2.

35 *Kudrevičius y otros/Lituania* [GC] Demanda n.º 37553/05 (TEDH, de 26 de noviembre de 2011), apartado 91.

36 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General n.º 37 (2020) sobre el derecho de reunión pacífica (art. 21), de 17 de septiembre de 2021, Doc. NN. UU. CCPR/C/GC/37, apartado 1.

Este derecho está reconocido en numerosos tratados internacionales con redacciones ligeramente diferentes. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas»³⁷, mientras que el PIDCP establece: «[s]e reconoce el derecho de reunión pacífica».³⁸ El CEDH y la Carta de la UE señalan que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica». ³⁹ Según las Explicaciones sobre la Carta oficiales, el sentido de la disposición de la Carta es el mismo que el del CEDH, pero su ámbito de aplicación es más amplio dado que puede aplicarse también a los organismos a escala europea.⁴⁰ Al igual que la libertad de expresión, no puede limitarse por debajo de los niveles marcados por el TEDH.

El concepto de reunión abarca una amplia variedad de supuestos. El TEDH se ha negado a establecer parámetros explícitos sobre lo que constituye una reunión y ha constatado que debe interpretarse en sentido amplio.⁴¹ Puede comprender actuaciones desde pequeñas protestas espontáneas hasta actos masivos organizados. Otros organismos europeos también han adoptado este enfoque. Las Directrices de la Comisión de Venecia de la OSCE/ODIHR la definen como «la presencia intencional de varias personas que desean expresar un punto de vista común en un espacio público. Esto incluye reuniones planificadas y organizadas, reuniones no planificadas y espontáneas, reuniones estáticas y en movimiento».⁴²

En la Observación General n.º 37, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirmó que:

«El artículo 21 del Pacto protege las reuniones pacíficas dondequiera que tengan lugar: al aire libre, en el interior y en línea; en espacios públicos y privados; o una combinación de las anteriores. Esas reuniones pueden adoptar muchas formas, incluidas las manifestaciones, las protestas, las reuniones propiamente dichas, las procesiones, los mítines, las sentadas, las vigiliadas a la luz de las velas y los flashmobs. Están protegidas en virtud del artículo 21, ya sean estáticas, como los piquetes, o en movimiento, como las procesiones o las marchas».⁴³

37 DUDH, art. 20.

38 PIDCP, art.21.

39 *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 26 de octubre de 2012, DO C 326.

40 Unión Europea, *Explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales* (2007/C 303/02), de 14 de diciembre de 2007, DO C 303/17.

41 *Navalnyy/Rusia* [GC], Demanda n.º 29580/12 (TEDH, de 15 de noviembre de 2018), apartado 98.

42 OSCE/OIDDH - Comisión de Venecia, *OIDDH-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3.ª Ed.), CDL-AD (2019) 017, de 8 de julio de 2019, apartado 18.

43 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General n.º 37 (2020) sobre el derecho de reunión pacífica (artículo 21), Doc. NN. UU. CCPR/C/GC/37, de 17 de septiembre de 2021, apartado 6.

Las reuniones también pueden protegerse cuando son virtuales. El Comité de Derechos Humanos ha declarado que «la protección del artículo 21 también se extiende a la participación y la organización a distancia de reuniones, por ejemplo, en línea».⁴⁴ Las protecciones también se aplican en las actividades asociadas, incluidas las preparaciones, las comunicaciones y los viajes.⁴⁵ Tampoco se pueden impedir las comunicaciones a través de Internet para limitar una reunión pacífica.

Según el Comité de Derechos Humanos, se aplican a todas las personas: «tanto los ciudadanos como los no ciudadanos. Lo pueden ejercer, por ejemplo, los ciudadanos extranjeros, los migrantes (documentados o indocumentados), los solicitantes de asilo, los refugiados y los apátridas».⁴⁶ Las Directrices de la OIDDH y la Comisión de Venecia señalan que las protecciones también se aplican a las organizaciones que las organizan:

«El derecho a la libertad de reunión pacífica puede ser disfrutado y ejercido por personas y grupos (informales o *ad hoc*), personas jurídicas y órganos sociales, así como asociaciones registradas o no registradas, incluidos sindicatos, partidos políticos y grupos religiosos».⁴⁷

Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar las reuniones. En concreto, están obligados a garantizar que los límites tanto legales como *de facto* a las reuniones no discriminan por una serie de motivos, entre ellos, la «opinión política o de otra índole, origen nacional o social, [la condición de] minoría [y el] origen nacional y social».⁴⁸ Así lo reafirma el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre las Minorías Nacionales, que exige que todos los signatarios «asegurarán a toda persona perteneciente a una minoría nacional el respeto de los derechos de libertad de reunión pacífica».⁴⁹

1. Definición de reunión pacífica

Como cuestión inicial, las protecciones de la libertad de reunión según el Derecho internacional solo se aplican a la «reunión pacífica», es decir, cuando la finalidad de la reunión no es violenta. En virtud del CEDH, el TEDH ha dictaminado que no se aplican cuando los organizadores tengan intenciones violentas, «inciten a la violencia o nieguen

⁴⁴ *Ibid.*, apartado 11.

⁴⁵ *Ibid.*, apartado 33.

⁴⁶ *Ibid.*, apartado 5.

⁴⁷ OSCE/OIDDH - Comisión de Venecia, *ODIHR-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3.ª Ed.), CDL-AD (2019) 017, de 8 de julio de 2019, apartado 43.

⁴⁸ Observación General n.º 37, apartado 25.

⁴⁹ Convenio marco, art. 7.

de otro modo los fundamentos de la sociedad democrática». ⁵⁰ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho que existe una «presunción en favor de considerar que las reuniones son pacíficas» ⁵¹ y, aunque no define qué es pacífico, ha señalado que «[u]na reunión “pacífica” es lo contrario de una reunión que se caracterice por una violencia generalizada y grave». ⁵² Define la violencia como «el uso por los participantes de una fuerza física contra otros que pueda provocar lesiones, la muerte o daños graves a los bienes». ⁵³

El bloqueo de actividades cotidianas no suspende de manera automática las protecciones de las reuniones. Las actividades que puedan infringir leyes o reglamentos, como la entrada en instalaciones y el bloqueo de carreteras o edificios, pueden estar protegidas en función de las circunstancias. ⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos lo ha aclarado en detalle:

«las reuniones pacíficas a veces se pueden utilizar para promover ideas u objetivos polémicos. Su escala o naturaleza puede causar perturbaciones, por ejemplo, a la circulación de vehículos o peatones o la actividad económica. Estas consecuencias, intencionadas o no, no ponen en entredicho la protección de la que gozan esas reuniones». ⁵⁵

El Comité también ha declarado que «[l]os empujones o la interrupción del tráfico de vehículos o peatones o de las actividades diarias no constituye “violencia”». ⁵⁶ Las Directrices de la OIDDH y la Comisión de Venecia señalan que:

«También incluye conductas que dificulten, impidan u obstruyan temporalmente las actividades de terceros, por ejemplo, el bloqueo temporal del tráfico. Como tal, una reunión puede ser totalmente “pacífica” aunque sea “ilegal” según la legislación nacional». ⁵⁷

También es importante señalar que el mero hecho de que algunos de los participantes en la reunión cometieran actos violentos esporádicos no convierte en ilegal a toda la reunión

⁵⁰ ECtHR, *Navalnyy*, apartado 98.

⁵¹ Observación General n.º 37, apartado 17.

⁵² *Ibid.*, apartado 15.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Para una visión detallada de los casos del TEDH, véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 11. of the European Convention on Human Rights: Freedom of assembly and association* (31 de agosto de 2022)

⁵⁵ Observación General n.º 37, apartado 7.

⁵⁶ *Ibid.*, apartado 15.

⁵⁷ Directrices OIDDH-Comisión de Venecia, apartado 19.

ni hace a los organizadores responsables de los actos de los participantes.⁵⁸ Además, el TEDH ha dictaminado que «aunque exista un riesgo real de que una manifestación pública pueda derivar en altercados como resultado de acontecimientos ajenos al control de los organizadores, dicha manifestación no queda como tal fuera del ámbito [de las protecciones]».⁵⁹ Además, la violencia contra la reunión, especialmente por parte de la policía, no la convierte en no pacífica. Según la Observación General n.º 37:

«La violencia contra los participantes en una reunión pacífica por las autoridades o agentes provocadores que actúen en su nombre no hace que la reunión no sea pacífica. Lo mismo se aplica a la violencia por parte de otros ciudadanos contra la reunión o por participantes en contramanifestaciones».⁶⁰

2. Límites a la libertad de reunión

Al igual que ocurre con la libertad de expresión, el derecho de reunión puede limitarse si las restricciones cumplen el tradicional examen de tres fases de los derechos humanos, que exige que estén «previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos».⁶¹ Las restricciones por motivos de seguridad pública solo pueden justificarse cuando la reunión «crea un riesgo real y significativo para la seguridad de las personas (la vida o la seguridad personal) o un riesgo similar de daños graves a los bienes».⁶² La prohibición de reuniones solo se puede considerar como «una medida de último recurso» y cualquier restricción debe utilizar las «medidas menos intrusivas».⁶³ Un concepto clave es que cualquier restricción debe ser «neutral en cuanto al contenido».

El TEDH ha dictaminado que los requisitos de notificación y autorización previa no infringen el Convenio, pero no pueden aplicarse de forma desproporcionada de manera que impidan las reuniones.⁶⁴ Sin embargo, el derecho de reunión pacífica se aplica tanto a las reuniones no comunicadas y espontáneas como a las autorizadas oficialmente.

58 *Laguna Guzman/España*, Demanda n.º 41462/17 (TEDH, 6 de octubre de 2020), apartado 34.

59 *Taranenko/Rusia*, Demanda n.º 19554/05 (TEDH, 15 de mayo de 2014), apartado 65.

60 Observación General n.º 37, apartado 18.

61 CEDH, art. 11, apartado 2. En artículo 21 del PIDCP se encuentra prácticamente la misma redacción.

62 Observación General n.º 37, apartado 43.

63 Observación General n.º 37, apartado 37.

64 TEDH, *Navalnyy*, apartado 100.

El Comité de Derechos Humanos también ha declarado que las sanciones por conductas ilícitas impuestas por una reunión pacífica deben ser «proporcionadas y no discriminatorias y no se deben basar en delitos ambiguos o definidos de manera excesivamente amplia».⁶⁵

3. Relación entre libertad de reunión y libertad de expresión

Existe una estrecha relación entre las protestas y la libertad de expresión. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación General n.º 34 sobre la libertad de expresión, afirmó que la libertad de expresión es «fundamental para el disfrute de los derechos a la libertad de reunión y de asociación»⁶⁶, mientras que la libertad de reunión es «esencial para la expresión pública de la opinión», lo que «incluye la posibilidad de participar en reuniones pacíficas con intención de apoyar determinadas causas o disentir de ellas».⁶⁷ El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n.º 37, reafirmó la relación simbiótica que existe al incorporar las normas sobre libertad de expresión a toda valoración de los límites a la libertad de reunión:

«Las normas aplicables a la libertad de expresión se deberían cumplir en lo que respecta a los elementos expresivos de las reuniones. Por consiguiente, las restricciones a las reuniones pacíficas no se deben utilizar, explícita o implícitamente, para reprimir la expresión de la oposición política a un gobierno, los desafíos a la autoridad, incluidos los llamamientos en favor de cambios democráticos de gobierno, la constitución o el régimen político, o la búsqueda de la libre determinación. No se deberían utilizar para prohibir los insultos al honor y la reputación de los funcionarios o los órganos del Estado».⁶⁸

La OSCE ha destacado la importancia de la reunión para asegurar que los puntos de vista minoritarios y disidentes puedan ser transmitidos y debatidos. Lo describe como:

«relacionado con el derecho a cuestionar los puntos de vista dominantes en la sociedad, a presentar ideas y opiniones alternativas, a promover los intereses y puntos de vista de grupos minoritarios y colectivos marginados de la sociedad, y

65 Observación General n.º 37, apartado 67.

66 *Ibid.*, apartado 4.

67 *Praded/Bielorrusia*, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Dictamen adoptado el 10 de octubre de 2014, Doc. NN. UU. CCPR/C/112/D/2029/2011, apartado 7, párrafo cuarto.

68 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General n.º 37 (2020) sobre el derecho de reunión pacífica (art. 21), CCPR/C/GC/37, de 17 de septiembre de 2021, apartado 49.

3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

a brindar a las personas la oportunidad de expresar sus puntos de vista y opiniones en público, independientemente de su poder, riqueza o condición».⁶⁹

El TEDH ha dictaminado en numerosos casos que las protestas son expresiones de opinión que están protegidas por el artículo 10.⁷⁰ El Tribunal también ha señalado el carácter complementario de ambos derechos en un asunto reciente relacionado con Cataluña:

«en el ámbito del debate político, las garantías ofrecidas por los artículos 10 y 11 son a menudo complementarias [...]. A pesar de su función autónoma y de la especificidad de su ámbito de aplicación, el artículo 11 también debe considerarse a la luz del artículo 10 cuando el ejercicio de la libertad de reunión tiene por objeto la expresión de opiniones personales o la necesidad de dar pleno espacio al debate público y de dejar que las protestas se expresen abiertamente».⁷¹

En los casos en que se contemplan ambos derechos, el Tribunal considera el artículo 11 como *lex specialis*, pero afirma que «también debe ser considerado a la luz del artículo 10, en el que la finalidad del ejercicio de la libertad de reunión es la expresión de opiniones personales».⁷²

En el contexto del tema de este artículo, la OSCE ha señalado que tales derechos «también pueden ser una importante herramienta de llamada al cambio en contextos en los que no se encuentran disponibles mecanismos más institucionales para efectuar cambios sociales». ⁷³ Según el TEDH, esto incluye los derechos a reivindicar la autonomía o la secesión en ausencia de intención violenta:

«el hecho de que un grupo de personas reclame la autonomía o incluso solicite la secesión de parte del territorio estatal –demandando cambios constitucionales y territoriales fundamentales– no puede justificar automáticamente una prohibición de sus reuniones. Demandar cambios territoriales en discursos y manifestaciones no supone automáticamente a una amenaza a la integridad territorial y a la seguridad nacional del Estado.

La libertad de reunión y el derecho a expresar los puntos de vista propios a través de ella figuran entre los valores primordiales de una sociedad democrática. La esencia de la democracia es su capacidad de resolver problemas a través de un

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

70 *Steel y otros/Reino Unido*, Demanda n.º 24838/94 (TEDH, de 23 de septiembre de 1998).

71 *Forcadell i Lluís y otros/España*, Demanda n.º 75147/17 (TEDH, de 7 de mayo de 2019), apartado 23.

72 *Kudrevičius y otros/Lituania* [GC], Demanda n.º 37553/05 (TEDH, de 15 de octubre de 2015), apartado 86.

73 *Handbook on Monitoring Freedom of Peaceful Assembly*, apartado 7.

debate abierto. Las medidas radicales de carácter preventivo para suprimir la libertad de reunión y de expresión, salvo en casos de incitación a la violencia o de rechazo de los principios democráticos –por chocantes e inaceptables que puedan parecer a las autoridades determinadas opiniones o palabras y por ilegítimas que puedan ser las demandas formuladas– hacen un mal servicio a la democracia y a menudo incluso la ponen en peligro.

En una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho, las ideas políticas que cuestionan el orden existente y cuya realización se propugna por medios pacíficos deben gozar de una posibilidad adecuada de expresión mediante el ejercicio del derecho de reunión, así como por otros medios lícitos».74

Además, no debe utilizarse la legislación antiterrorista para limitar las reuniones pacíficas. Según la Observación General n.º 37:

«Si bien los actos de terrorismo se deben penalizar de conformidad con el derecho internacional, la definición de esos delitos no debe ser excesivamente amplia ni discriminatoria y no se debe aplicar de manera que restrinja o desaliente el ejercicio del derecho de reunión pacífica. El mero hecho de organizar una reunión pacífica o participar en ella no se puede penalizar en virtud de leyes antiterroristas».75

También es necesario considerar la libertad de expresión en relación con los periodistas que cubren las protestas, ya sean pacíficas o no. Los periodistas tienen derecho a seguir las protestas, grabarlas e informar sobre lo que ha pasado.76 Esto incluye asegurar que los periodistas puedan acceder sin obstáculos a las protestas, independientemente de su acreditación, que se les brinde protección contra la violencia dirigida hacia ellos por cualquiera de las partes y que su equipamiento esté protegido contra incautaciones o daños.77 El TEDH ha dictaminado que todo intento de apartar a los periodistas de las protestas está sometido a un escrutinio estricto.78 Además, ha constatado que la violencia contra los periodistas que cubren las protestas constituye una vulneración del artículo 10.79

74 *Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden/Bulgaria*, Demandas n.ºs 29221/95 y 29225/95, (TEDH, de 20 de octubre de 2005), apartado 97.

75 Observación General n.º 37, apartado 68.

76 OSCE/OIDDH - Comisión de Venecia, *ODIHR-Venice Commission Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (3.ª Ed.), CDL-AD (2019) 017 (8 de julio de 2019), apartado 34; Consejo de 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/S.3-appendix11 (2007).

77 Miklós Haraszti: *Special Report: Handling of the media during political demonstrations, Observations and Recommendations*, Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación (junio de 2007) ESP.

78 *Pentikäinen/Finland*, Demanda n.º 11882/10 (TEDH, de 20 de octubre de 2015), apartado 89.

79 *Najafli/Azerbaijan*, Demanda n.º 2594/07 (TEDH, de 2 de octubre de 2012), apartado 67.

IV. Retos de la libertad de expresión en España

La situación de la libertad de expresión en España es compleja. Por un lado, como miembro de la Unión Europea y del Consejo de Europa, ha accedido a adoptar normas que ofrecen la protección de la libertad de expresión de mayor alcance del mundo. Figura en el puesto 36 en la Clasificación Mundial de la Libertad de Prensa 2023 de Reporteros sin Fronteras (RSF)⁸⁰, mientras que Index on Censorship clasifica al país como «significativamente abierto», en el mismo rango que Canadá y Francia, y por encima de Estados Unidos.⁸¹

Sin embargo, antes y después del conflicto por el referéndum de independencia, se han producido muchos casos que han suscitado preocupación por la libertad de expresión.⁸² Los hechos que han originado estos casos incluyen medidas antiterroristas, injurias a la Corona y otros delitos tipificados en el Código Penal. Estos casos constituyen el trasfondo de un conflicto en torno a la independencia, y muchos de ellos suponen desafíos a la autoridad del Estado y afectan a grupos minoritarios nacionales, incluido el pueblo catalán. El Centro Europeo para la Libertad de Prensa y de los Medios ha registrado en su base de datos más de 300 incidencias desde 2014.⁸³ Este apartado presenta una selección de leyes y conflictos.

1. Libertad de expresión y protesta bajo presión

Una de las leyes más polémicas es la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, comúnmente conocida como «Ley Mordaza», que restringe los derechos de expresión y reunión, aprobada por el Gobierno conservador en 2015.⁸⁴ Tipifica como infracción grave «la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones», así como la ocupación de espacios públicos. Otra de sus disposiciones dota a los informes policiales de una presunción de veracidad. Se pueden prohibir las protestas

80 Reporteros sin Fronteras, España (2023).

81 Index on Censorship, *Index Index* (2023).

82 Véase, por ejemplo, la carta del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa al Ministro de Justicia, Ref: CommHR/DM/sf 015-2021 (11 de marzo de 2021); «España: Delitos relacionados con la Libertad de expresión en el Código Penal», *Article 19* (marzo de 2020).

83 *Mapping Media Freedom*, Centro Europeo para la Libertad de Prensa y de los Medios. Disponible en <https://www.mappingmediafreedom.org>.

84 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana; véase Tori Sparks: «Spain's Gag Law: Watch What You Say», *Barcelona Metropolitan* (19 de abril de 2021).

en las zonas próximas a los órganos legislativos locales, aunque no estén reunidos. Amnistía Internacional denunció que, hasta 2022, se habían impuesto más de 250 000 multas y otras sanciones en virtud de la ley.⁸⁵ También denunció que la ley ha tenido un efecto disuasorio en las protestas, ya que muchas personas están preocupadas por las duras sanciones por participar en ellas.

Una disposición que prohibía el uso «no autorizado» de imágenes de agentes de policía fue parcialmente anulada por el Tribunal Constitucional, que dictaminó que la autorización no era necesaria. La Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en 2018⁸⁶, y la Comisión de Venecia, en 2021, pidieron a España que reformara la ley para tipificar de una manera más adecuada las infracciones y generar una presunción de autorización de las reuniones, aunque no sean comunicadas con antelación.⁸⁷ El Gobierno actual se ha comprometido a reformar la ley, pero estos esfuerzos aún no se han traducido en ningún cambio.

Otro motivo de preocupación desde hace tiempo es el uso excesivo de las leyes antiterroristas. El artículo 578 del Código Penal tipifica como delito «el enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos [de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares». Las penas impuestas son más elevadas cuando «se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información».⁸⁸ La Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa escribió públicamente al Gobierno español en 2021 pidiendo la reforma del artículo, señalando que:

«algunas resoluciones judiciales españolas no han determinado adecuadamente si el enaltecimiento del terrorismo comporta realmente el riesgo de un peligro real, concreto e inminente [...] algunos tribunales españoles también han interpretado la noción de intencionalidad de los autores de manera abstracta, sin tener en cuenta ningún otro elemento al margen del enunciado en cuestión, y sin considerar adecuadamente el contexto que envolvía el discurso objeto de acusación o sus consecuencias».⁸⁹

85 «Derecho a la protesta en España: Siete años, siete mordazas que restringen y debilitan el derecho a la protesta pacífica en España», *Amnistía Internacional* (noviembre de 2022).

86 Dunja Mijatovic: *Carta a Juan Carlos Campo*, CommHR/DM/sf 015-2021 (11 de marzo de 2021).

87 *Dictamen sobre la Ley de Seguridad Ciudadana*, Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), Dictamen n.º 826/2015, de 22 de marzo de 2021.

88 Artículo 578, apartado 2, del Código Penal español.

89 Dunja Mijatovic, *Carta a los líderes del Parlamento español* CommHR/DMSf 087-2018, de 20 de noviembre de 2018.

3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

El TEDH declaró en 2021 que la condena de un expolítico vasco por apología del terrorismo en un discurso a favor de la independencia del País Vasco durante el homenaje a un antiguo amigo vulneraba el artículo 10, ya que no hacía apología de la lucha armada.⁹⁰ Sin embargo, en 2023, el Tribunal declaró inadmisibile el recurso del rapero español Pablo Hasél contra su condena penal por unas declaraciones críticas y una canción relacionadas con diversos temas, entre ellos el rey emérito y la policía.⁹¹

También se ha criticado duramente el papel del Tribunal Constitucional y de la Audiencia Nacional, un tribunal especial con competencia para conocer de los delitos contra el Estado. En al menos un caso que llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el tribunal constató una violación del artículo 6 [del CEDH] en relación con el derecho a un proceso equitativo mediante la condena penal de un parlamentario vasco por injurias al rey al haber criticado su participación en la inauguración de una central eléctrica, tras la redada de un periódico local y la detención de periodistas.⁹²

Además de las disposiciones en materia de terrorismo, el Código Penal español contiene otras que afectan a la libertad de expresión. Se ha detectado que las autoridades las utilizan de forma indebida para acallar voces disidentes.⁹³ El artículo 543 del Código Penal tipifica como delito las injurias contra «España, sus Comunidades Autónomas o sus símbolos o emblemas». En junio de 2023, el TEDH dictaminó que la condena penal de un representante sindical que gritó palabras ofensivas durante el izado de la bandera nacional durante una protesta violaba el artículo 10, ya que no creó alteraciones del orden público.⁹⁴

Otras disposiciones, concretamente los artículos 490 y 491, prohíben las injurias a la Corona. El TEDH dictaminó en 2018 que las condenas penales a dos personas en Cataluña por quemar una foto de los reyes de España no podían considerarse incitación al odio y a la violencia al tratarse de una crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía, declarando contraria a Derecho una sentencia del Tribunal Constitucional que había considerado que se trataba de incitación al odio, no protegida por la libertad de expresión.⁹⁵ En su carta de 2021, la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo

90 *Erkizia Almandoz/España*, Demanda n.º 5869/17 (TEDH, de 22 de junio de 2021).

91 *Rivadulla Duró/Spain*, Demanda n.º 27925/21 (TEDH, de 9 de noviembre de 2023), apartado 32.

92 *Otegi Mondragon/Spain*, Demanda n.º 2034/07 (TEDH, 15 Sept 2011). Para un artículo de fondo que repasa el caso, ver 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, n.º 3 (2019): pp. 574-588.

93 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (traducción del Ministerio de Justicia de España).

94 *Fragoso Dacosta/España*, Demanda n.º 27926/21 (TEDH, de 8 de junio de 2023).

95 *Stern Taulats y Roura Capellera/España*, Demanda n.º 51168/15 51186/15 (TEDH, de 13 de marzo de 2018).

de Europa también recordó al Gobierno español la necesidad de aplicar medidas de protección y manifestó su preocupación por el número de artistas y activistas procesados en los últimos años.⁹⁶

El Tribunal también dictaminó en 2022 que una decisión en un procedimiento disciplinario militar que constituía un reproche por unas declaraciones críticas con la Constitución española expresadas en un debate televisado violaba el artículo 10.⁹⁷

Estas preocupaciones también se han planteado en el contexto del Examen Periódico Universal en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En la sesión del EPU de marzo de 2020, numerosos Estados, entre ellos Estados Unidos, Bélgica, Suiza, Chequia e Italia, recomendaron a España que revisara sus leyes en materia de libertad de expresión y de asociación y reunión para cumplir las normas internacionales.⁹⁸ España aceptó muchas de sus recomendaciones.⁹⁹

2. Conflictos relacionados con el debate sobre la independencia

En este apartado se examinarán algunos de los conflictos relacionados con la libertad de expresión que han surgido en el contexto del debate sobre la independencia expuesto anteriormente, con vistas a examinar si ha habido discriminación o deficiencias con carácter sistemático que afecten a un grupo objetivamente identificable según la jurisprudencia del TJUE.

En primer lugar, es importante señalar que las cuestiones relacionadas con la libertad de expresión y la independencia no comenzaron con la votación sobre la independencia. Se ha informado de una investigación de la policía nacional con el nombre en clave de «Operación Cataluña» iniciada varios años antes. Quizá a raíz de ello, en 2014, la policía confeccionó secretamente y filtró a la prensa una lista de jueces que habían firmado un documento público en apoyo del derecho de los catalanes a decidir sobre la independencia. Un periódico nacional publicó los archivos, con fotos y datos personales, bajo el título *La conspiración de los treinta y tres jueces separatistas*. El TEDH dictaminó que la lista carecía de base legal y que, por tanto, esta vulneraba el artículo 8 del CEDH, pero como no se impusieron sanciones a los jueces, no consideró que hubiera habido

96 Carta a los líderes del Parlamento español, CommHR/DMSf 087-2018.

97 *Ayuso Torres/España*, Demanda n.º 74729/17 (TEDH, de 8 de noviembre de 2022).

98 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: España, A/HRC/44/7, de 18 de marzo de 2020.

99 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal: España, Adición, A/HRC/44/7/Add.1, de 18 de marzo de 2020.

3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

vulneración del artículo 10.¹⁰⁰ Sin embargo, incluso en ausencia de sanciones oficiales, debe tenerse en cuenta la probabilidad de que se produzca un efecto disuasorio en las opiniones de los jueces que se enfrentan a investigaciones.

Varios mandatos de las Naciones Unidas también contactaron con el Gobierno en 2022 tras conocerse que sesenta y cinco personas, en su mayoría líderes catalanes, habían sido víctimas de *software* espía para interceptar ilegalmente sus comunicaciones.¹⁰¹ El uso de *software* espía constituye también una violación de la libertad de expresión, así como de la protección de la privacidad. El uso de programas espía puede coartar la libertad de expresión al disuadir a las personas de utilizar sus dispositivos de comunicación personales para el libre intercambio de ideas y pensamientos con otras personas y para la expresión libre de sus planes.¹⁰²

El conflicto se amplificó sustancialmente con la decisión de celebrar otro referéndum de independencia en 2017. Según tres relatores especiales de las Naciones Unidas, el Gobierno español emprendió una serie de acciones que afectaron gravemente a los derechos de libertad de expresión, reunión y participación pública. En 2017, los tres relatores se dirigieron por escrito al Gobierno español indicando ámbitos problemáticos y solicitando más información. Estas cartas mencionaban las siguientes cuestiones:¹⁰³

- El sitio web oficial del referéndum, así como muchos otros, fueron desconectados por orden de la policía.¹⁰⁴
- Se registraron las oficinas del periódico *El Vallenc*.
- El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña prohibió hablar del referéndum en la Televisión de Cataluña (TV3).
- Se prohibió una manifestación pública sobre el referéndum en Madrid.
- El Fiscal General del Estado ordenó a las fiscalías provinciales investigar a más de 700 alcaldes que habían apoyado públicamente el referéndum y detallar cuáles se negaban a cooperar.

100 *M.D. y otros/España*, Demanda n.º 36584/17 (TEDH, de 28 de junio de 2022).

101 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, AL ESP 8/2022, de 24 de octubre de 2022.

102 Véase, por ejemplo, Teresa Ribeiro: *Communiqué by the OSCE Representative on Freedom of the Media On the Use of Digital Surveillance Technology on Journalists*, Comunicado n.º 1/2023, de 7 de septiembre de 2023.

103 Carta de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo y del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 22 de septiembre de 2017.

104 Véase también Laurens Cerulus, Diego Torres: «Spanish authorities try to shutter Catalan referendum websites», *Politico* (22 de septiembre de 2017).

- Las manifestaciones contra la investigación de los alcaldes desembocaron en violencia policial contra los manifestantes y los observadores.¹⁰⁵

En el siguiente apartado se examinan algunos casos con más detalle.

Detención y juicio de líderes de la sociedad civil

Tras el referéndum sobre la independencia de Cataluña celebrado el 1 de octubre de 2017 y la declaración de independencia a finales de ese mismo mes, varios líderes políticos y de la sociedad civil catalana fueron acusados de rebelión, sedición y malversación de caudales públicos por su actuación en el referéndum, que incluyó la organización de protestas y de debates parlamentarios sobre el referéndum. El partido político de extrema derecha Vox solicitó con éxito actuar también como acusación popular en el caso. Nueve acusados ingresaron en prisión preventiva poco después del referéndum.

En 2019, doce líderes, incluidos el vicepresidente del Gobierno catalán y el presidente del Parlamento catalán, fueron declarados culpables y condenados a largas penas de prisión por el Tribunal Supremo.¹⁰⁶ Muchos también fueron inhabilitados para ejercer cargos públicos. Fueron absueltos del delito de rebelión. Nueve de ellos permanecieron encarcelados hasta su indulto en 2021.¹⁰⁷

En una reforma del Código Penal de 2022, se suprimió el delito de sedición y se sustituyó por una modalidad agravada de desórdenes públicos.¹⁰⁸ Las condenas anteriores fueron debidamente modificadas, aunque se mantuvo la inhabilitación para cargo público de cuatro acusados, pese al cambio legislativo.¹⁰⁹ Las acciones contra los tres líderes exiliados, Puigdemont, Comín y Ponsatí fueron modificadas para reflejar la nueva ley, según lo acordado por el Tribunal Supremo en 2023.¹¹⁰

105 Carta de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo y del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, de 22 de septiembre de 2017.

106 Diego Torres: «Spain's Supreme Court jails Catalan leaders for up to 13 years», *Político* (14 October 2019).

107 «Spain pardons Catalan leaders over independence bid», *BBC* (22 de junio 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 febrero 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 España* (15 de junio de 2023).

3. David Banisar, Cuestiones de libertad de expresión y reunión en el conflicto sobre la independencia de Cataluña

Tal y como se ha señalado en el apartado anterior, el discurso político está fuertemente protegido por el Derecho internacional. Solo puede ser restringido en casos de apología de la violencia o cuando constituya incitación al odio. En este caso, pocos hechos indican que la celebración del referéndum o la declaración política de independencia constituyesen ninguno de estos dos supuestos, opinión compartida por los órganos de las Naciones Unidas y por los mandatarios. Según detalló el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, en una declaración relativa a las acusaciones:

«Los procesamientos por “rebelión” que podrían conllevar largas penas de prisión plantean serios riesgos de disuadir discursos totalmente legítimos, por polémicos e incómodos que sean. [...] La acusación de rebelión por actos que no conllevan violencia o incitación a la violencia pueden limitar los derechos de protesta pública y disidencia. [...] El Derecho internacional de los derechos humanos advierte que, especialmente en situaciones que conllevan disidencia política, solo deben imponerse restricciones si son estrictamente necesarias y proporcionadas para proteger los intereses del Estado».¹¹¹

Además, la continuación de la privación de libertad de algunos líderes también suscitó preocupaciones por la libertad de expresión. Tres relatores especiales de las Naciones Unidas y el vicepresidente del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas dirigieron en 2019 una carta al Gobierno español destacando su preocupación por la detención por rebelión del líder de una organización no gubernamental destacada en ausencia de pruebas de que fomentara la violencia:

«Se expresa preocupación por la detención y el procesamiento del Sr. Cuixart por el delito de rebelión, por actos que no parecen implicar violencia o incitación a la violencia por parte del Sr. Cuixart, lo que supondría una interferencia con sus derechos de protesta pública y libertad de expresión. En tal sentido, recordamos que el Derecho internacional de los derechos humanos advierte que, las restricciones a estos derechos solo deben imponerse cuando sean estrictamente necesarias y proporcionadas».¹¹²

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas determinó en 2019 que la detención de seis líderes políticos y de la sociedad civil violaba las normas

111 *UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia*, ACNUDH (6 April 2018).

112 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, AL ESP 5/2018, 28 de enero de 2019.

internacionales sobre un juicio justo.¹¹³ El Grupo de Trabajo constató que los juicios estaban sesgados a causa de las declaraciones públicas de altos funcionarios y que la prisión preventiva era arbitraria, ya que era resultado del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros derechos.¹¹⁴ No halló pruebas de la existencia de violencia asociada a las protestas incitada o causada por los acusados. En cambio, declaró que, a su juicio, las acusaciones eran un intento directo de limitar la expresión de las opiniones de los seis líderes. Uno de los informes del Grupo de Trabajo afirmaba:

«La ausencia del factor de violencia y de información creíble sobre cualquier acto atribuible a los Sres. Cuixart, Sánchez y Junqueras que pudiera relacionarlos con el tipo de conductas constitutivas de los delitos que se les imputan, ha llevado al Grupo de Trabajo a creer que la finalidad de las acusaciones penales formuladas contra ellos es intimidarlos por sus opiniones políticas en relación con la independencia de Cataluña e impedirles que persigan dicha causa en la esfera política. El Grupo de Trabajo está convencido de que las acusaciones penales presentadas contra los Sres. Cuixart, Sánchez y Junqueras pretenden justificar su detención por ejercer sus derechos a la libertad de opinión, expresión, asociación, reunión y opinión política [...]». ¹¹⁵

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa revisó en 2021 los procedimientos penales contra funcionarios en Cataluña y recomendó a España que reformara las leyes vigentes sobre rebelión y sedición y malversación de caudales públicos para limitar su aplicación en casos políticos, que pusiera fin a los procedimientos penales y a las solicitudes de extradición y que considerara la posibilidad de indultar a los funcionarios.¹¹⁶

En julio de 2022, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dictaminó que la suspensión de miembros del Parlamento catalán acusados de rebelión antes de su condena violaba el derecho de participación pública recogido en el artículo 25 del PIDCP. Sostuvo que «una aplicación del Derecho interno que resulte automáticamente en la suspensión de funciones de oficiales electos, por presuntos delitos sobre la base de hechos públicos y pacíficos, con anterioridad a la existencia de una condena, precluye un análisis individualizado de la proporcionalidad de la medida y no puede por ende

113 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Dictamen n.º. 6/2019 relativo a Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol y Oriol Junqueras I Vies (España), A/HRC/WGAD/2019/6 (13 de junio de 2019); Dictamen n.º. 12/2019 relativo a Joaquín Forn I Chiariello, Josep Rull I Andreu, Raúl Romeva I Rueda y Dolores Bassa I Coll (España), A/HRC/WGAD/2019/12, de 10 de julio de 2019.

114 Grupo de Trabajo, apartado 129.

115 Grupo de Trabajo, apartados 119-120.

116 *Should politicians be prosecuted for statements made in the exercise of their mandate?*, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 2381 (2021), apartado 10.3.

considerarse que cumpla los requisitos de razonabilidad y objetividad exigidos». ¹¹⁷ Señaló que los demandantes habían convocado manifestaciones pacíficas y destacó que, en virtud del Derecho internacional en materia de libertad de reunión, «hay una presunción en favor de considerar que las reuniones son pacíficas» y que «los actos de violencia aislados de algunos participantes no se deberían atribuir a otros, a los organizadores o a la reunión como tal». ¹¹⁸

En resumen, existe una convergencia de opiniones y decisiones de organismos y expertos internacionales en torno a la constatación de una violación de los derechos de expresión, reunión y participación de los líderes catalanes al promover protestas pacíficas sin hacer apología de la violencia.

Violencia contra manifestantes y votantes

El 1 de octubre de 2017, mientras se celebraba el referéndum público contraviniendo la orden del Tribunal Constitucional, la policía se incautó de material e intentó impedir que la gente votara. Cientos de personas resultaron heridas y hubo acusaciones generalizadas de violencia policial. Amnistía Internacional documentó que «tanto miembros de la Policía Nacional (Unidad de Intervención Policial) como agentes de la Guardia Civil emplearon un uso excesivo de la fuerza contra manifestantes pacíficos, e hicieron uso inadecuado de material antidisturbios como pelotas de goma o sustancias químicas irritantes contra personas que hacían resistencia pacífica». ¹¹⁹

Tras la condena por el Tribunal en 2019 de los líderes de la consulta independentista, las protestas en Barcelona y en todo el país también se saldaron con enfrentamientos y heridos, con la policía utilizando munición antidisturbios y otras medidas. ¹²⁰ En esas protestas también resultaron heridos numerosos periodistas. ¹²¹

117 Dictamen aprobado por el Comité de conformidad con el art. 5, apartado 4, del Protocolo Facultativo, relativo a la comunicación n.º 3297/2019, Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/135/D/3297/2019, de 17 de agosto de 2023, apartado 8, párrafo octavo.

118 *Ibid.*, apartado 8, párrafo sexto.

119 *Actualización de la situación en Cataluña*, Amnistía Internacional (1 de octubre de 2019).

120 *ESPAÑA: Las autoridades deben desescalar la tensión y garantizar el derecho de reunión pacífica*, Amnistía Internacional (18 de octubre de 2019).

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

La violencia fue recibida con preocupación por funcionarios de las Naciones Unidas, entre ellos el Alto Comisionado para los Derechos Humanos¹²² y varios Procedimientos Especiales.¹²³ En su informe anual de 2018 a los Estados miembros sobre las preocupaciones en materia de derechos humanos, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos declaró:

«En España, me consternó la violencia desatada durante el referéndum independentista celebrado en octubre en Cataluña. Dado el uso aparentemente excesivo de la fuerza por la policía, la descripción por parte del Gobierno de la actuación policial del 1 de octubre como “legal, legítima y necesaria” es cuestionable. Recuerdo a las autoridades que la prisión preventiva debería considerarse un último recurso. Insto a la resolución de esta situación mediante el diálogo político».¹²⁴

En una carta dirigida en 2023 al Gobierno de España, cinco mandatos especiales de las Naciones Unidas pidieron información a España sobre 1983 casos notificados de personas heridas en reuniones públicas entre 2017 y 2019 relacionadas con la cuestión de la independencia.¹²⁵

Tsunami Democràtic

Tsunami Democràtic era una plataforma de Internet, descentralizada y «sin líderes» que promovía la independencia mediante la protesta pacífica. Apareció poco antes de las condenas de los líderes y ofreció sofisticadas aplicaciones móviles para organizar protestas contra el juicio y las condenas penales.¹²⁶ Buena parte del grupo ha desaparecido ya.¹²⁷

122 «Comentario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, sobre la situación en Cataluña (España)», Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2 de octubre de 2017).

123 *UN experts urge political dialogue to defuse Catalonia tensions after referendum*, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (4 de octubre de 2017).

124 *High Commissioner's global update of human rights concerns*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein (7 de marzo de 2018).

125 Mandatos del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación; del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria; del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados y del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, AL ESP 11/2022, de 8 de febrero de 2023.

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

127 Vladyslav Zinichenko y Anna Udovenko: «“Tsunami democràtic” como escenario online del movimiento independentista catalán», *Obraz*, 2023. Vol. 3 (43). pp. 6–17.

Se desconoce quién coordinaba el grupo, pero los medios de comunicación y la fiscalía estatal afirman que la organización está relacionada con varios líderes políticos y de la sociedad civil. El grupo organizó una serie de protestas, entre ellas en el Camp Nou durante un partido de fútbol clave y en el aeropuerto de Barcelona, que se saldaron con la cancelación de decenas de vuelos y enfrentamientos directos con la policía. Muchas personas resultaron heridas y fueron detenidas en relación con los hechos.

La Audiencia Nacional comenzó a investigar al grupo por terrorismo en 2019 tras las protestas en el aeropuerto y actuó contra su sitio web¹²⁸ y contra el sitio de códigos de Internet Github, que alojaba la aplicación informática del grupo.¹²⁹

El juez instructor de la Audiencia Nacional indicó en noviembre de 2023 que comenzaría a investigar formalmente a una serie de líderes políticos y sociales catalanes por delitos de terrorismo relacionados con Tsunami Democràtic, incluso después de que la fiscalía considerase que el bloqueo del aeropuerto no constituyó un acto de terrorismo. En 2024, mientras el Congreso de los Diputados debatía una proposición de ley de amnistía, el Tribunal Supremo incoó investigaciones adicionales por terrorismo contra eurodiputados y diputados autonómicos catalanes a quienes la Audiencia Nacional no podía procesar.

V. Deficiencias sistémicas y grupos objetivamente identificables

De conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Puig Gordi y otros* (C-158/21), un Estado miembro puede negarse a atender una orden de detención si existe una violación de los derechos humanos fundamentales «debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en dicho Estado miembro o de deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado».¹³⁰ Deben disponer de «elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente

128 «El juez ordena cerrar las webs y redes de Tsunami Democràtic», *El País* (18 de octubre de 2019).

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

130 Asunto C-158/21, *Puig Gordi y otros*, DOC 217, de 7 de junio de 2023.

actualizados» que acrediten las deficiencias. Además, la «autoridad debe comprobar, de modo concreto y preciso» que existe riesgo de que se produzca tal violación de un derecho humano fundamental. Según el Tribunal, la justificación de dicho riesgo puede basarse, al menos en parte, en las conclusiones de órganos pertenecientes al sistema de las Naciones Unidas, como el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria.

Como se ha descrito anteriormente en el apartado sobre Derecho internacional en materia de libertad de expresión, las protecciones de la libertad de expresión de la UE respetan las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal en materia de libertad de expresión marca la pauta para su evaluación.

En este caso, parece que existe una base razonable para concluir que ha habido una discriminación sistemática contra los partidarios de la independencia de Cataluña por parte de cargos políticos, jurídicos y judiciales. Los informes de diversos relatores especiales de las Naciones Unidas y del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, así como de prestigiosas organizaciones como Amnistía Internacional, han constatado numerosas violaciones de las normas internacionales sobre libertad de expresión.

En concreto, han observado en repetidas ocasiones una respuesta desproporcionada a declaraciones políticas y protestas generalmente pacíficas que ha desembocado en acusaciones excesivas de terrorismo y sedición contra cargos públicos y líderes de la sociedad civil. Por último, se ha impedido en varias ocasiones que los medios de comunicación informaran sobre las protestas. Así pues, estos problemas sistemáticos con la libertad de expresión y reunión se entienden mejor como «deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable».

Esta conclusión también podría tener importantes implicaciones, más allá de las órdenes de detención, en la protección de la libertad de expresión en toda la UE. El TJUE ya está examinando otro caso español relacionado con la libertad de expresión. Una opinión muy reciente del Abogado General sobre la negativa de los tribunales franceses a ejecutar una elevada multa por difamación impuesta a un diario y un periodista franceses impuesta por los tribunales españoles ha concluido que el efecto disuasorio o paralizante de la ejecución de la sentencia violaría el orden público de la UE (por su impacto en la libertad de expresión) y justificaría, por tanto, la denegación.¹³¹

131 TJUE, Conclusiones del Abogado General Szpunar de 8 de febrero de 2024, *Real Madrid Club de Fútbol, AE/EE, Société Editrice du Monde SA*, C-633/22, apartados 171 y 193.

VI. Conclusión

El Derecho internacional de los derechos humanos marca un listón muy alto para el procesamiento de personas que practican el discurso político, incluso en torno a la polémica cuestión de la secesión y los cambios en la estructura constitucional de un Estado. La exigencia es particularmente elevada para los cargos electos. Para que las restricciones estén justificadas, el discurso, en el contexto de la situación, debe amenazar el orden público o la seguridad nacional, hacer apología de la violencia o constituir incitación al odio. Este nivel de protección se aplica igualmente a quienes participan en protestas pacíficas.

En el caso del debate sobre la independencia de Cataluña, parece haber pocas pruebas públicas que sustenten la idea de que los líderes del referéndum de independencia o sus partidarios hicieran apología de la violencia o el odio. Organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión, entre otros, han concluido que la actuación de las autoridades españolas violó derechos humanos internacionales fundamentales como la libertad de expresión, de reunión y de asociación, así como el derecho a un proceso equitativo. Los tribunales nacionales de Alemania y Bélgica también han llegado a la misma conclusión. Por ello, no es de extrañar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea diera respuesta a esas preocupaciones en su sentencia de 2023, dictada en el asunto *Puig Gordi y otros*, y abriera la puerta a que las «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable» se esgriman como motivo para que los tribunales nacionales denieguen la ejecución de las órdenes de detención europeas.

Capítulo 4

La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

Frédéric Mégret

Catedrático, cátedra Hans y Tamar Oppenheimer en Derecho Internacional Público, codirector del Centro de Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad McGill de Montreal.

I. Introducción

La confluencia de la orden de detención europea con la vigilancia supone una interesante superposición que revela las tendencias actuales en materia de protección de los derechos humanos internacionales, sobre todo cuando afectan a determinados grupos y minorías. Ambas manifiestan de manera diferente que incluso los Estados democráticos en los que uno confiaría normalmente para conceder una extradición pueden incurrir en prácticas sumamente problemáticas en materia de derechos. Así sucede en el caso de la vigilancia como fenómeno que presumiblemente ha pasado de ser una práctica minoritaria dirigida a grupos criminales y terroristas a otra que, como resultado del recurso omnipresente a la tecnología de comunicaciones digitales y de la creciente sofisticación y disponibilidad de herramientas cibernéticas para controlarla, implica cada vez más formas de interceptación de las comunicaciones rutinaria y a gran escala. Como consecuencia de esto, incluso las democracias pueden caer fácilmente en las tentaciones del Estado vigilante. Paralelamente, la evolución legal ha puesto de manifiesto los límites de la «confianza mutua» entre las democracias europeas que participan en la orden de detención europea (ODE). También ha destacado la preocupación constante de que las democracias, a pesar de su compromiso con los derechos, puedan incurrir en una serie de prácticas que frenarían un impulso, de lo contrario fuerte y legítimo, de cooperación penal.¹

En este capítulo, repasaremos una exposición de dicha superposición en forma de evolución reciente dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relativa a la ODE, en aquellos casos en que la ejecución de dicha orden pueda originar la extradición de personas a un país con deficiencias que afecten a «un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado».² Concretamente, nos centraremos en el estado de la vigilancia como nuevo motivo que, por sí mismo o junto con otros, podría constituir un indicio de que los derechos de los miembros de un grupo pueden verse afectados de manera negativa, de tal modo que un Estado podría negarse a ejecutar una ODE. El presente análisis surge en un contexto de creciente preocupación por la vigilancia a escala mundial y de intensificación de los esfuerzos jurídicos para regularla y responsabilizar a los Estados que la realizan, así como una detenida reflexión sobre, al menos, las ventajas de estrategias amplias

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 (última visita el 22 de enero de 2024).

2 Sentencia del Tribunal de 31 de enero de 2023, apartado 102.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

de «fluidificación» de la extradición.³ Se destacará hasta qué punto se magnifican las preocupaciones por la vigilancia y por los límites adecuados de la cooperación penal cuando se vigila a grupos concretos.

La primera parte expone el marco general en el que opera la ODE, destacando tanto las intenciones como los cada vez más numerosos límites de la «confianza ciega», sobre todo en relación con grupos determinados. En la segunda parte se aborda en qué grado se ha aprovechado la vigilancia para dirigirla contra grupos con intención discriminatoria. A continuación, en la tercera parte se examina con más detalle lo que podría entenderse como la incidencia *prima facie* de la vigilancia sobre los derechos negativos. Por último, en la cuarta parte, se analizan una serie de dificultades adicionales que surgen al evaluar la legalidad y la legitimidad de la vigilancia.

II. El trasfondo de las órdenes de detención europeas en el caso catalán

1. El marco de la orden de detención europea y los límites de la confianza mutua

La Decisión Marco relativa a la orden de detención europea, de 13 de junio de 2002, es el instrumento que rige la ODE.⁴ Para que quede claro, las órdenes de detención europeas deben ser *a priori* atendidas, como se han preocupado de destacar reiteradamente los Abogados Generales Europeos, de acuerdo con la importancia de la confianza mutua en la que se basa todo el sistema.⁵ La competencia del juez que emite una orden de detención

3 Véase, por ejemplo, Nicola Langille & Frédéric Mégret: «Red Notices and Transnational Police Practices», *International Practices of Criminal Justice* 108 (2017).

4 2002/584/JHA: Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión marco.

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

europea no puede permanecer bajo ninguna sombra de duda. La importancia de la confianza mutua entre Estados ha sido mencionada en repetidas ocasiones como el pilar central de la eficacia de las órdenes de detención europeas. Además, la ejecución de una ODE no puede ser denegada por ningún motivo salvo los incluidos en la Decisión Marco.

Dicho esto, la postura calificada a veces como de «confianza ciega»⁶ ha ido dando pasos paulatinamente a otra que permite denegaciones por razones excepcionales y muy bien documentadas. La propia Decisión Marco relativa a la ODE prevé especialmente que:

«Nada de lo dispuesto en la presente Decisión Marco podrá interpretarse en el sentido de que impide [denegar] la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones».⁷

Además, la ODE no deroga la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, y una autoridad judicial de ejecución puede denegar la entrega especialmente cuando una persona pueda «ser sometid[a] a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes» por ejemplo cuando las condiciones de detención en el Estado miembro emisor vulneren el artículo 4 de la Carta. No obstante, se trata de excepciones bastante limitadas a la regla que se aplica bajo una presunción general de confianza mutua. Por ejemplo, la norma conocida como «test Aranyosi y Caldăraru»⁸ exige una valoración sobre si las condiciones generales de detención son problemáticas y si existen «razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor».⁹

Sin embargo, el Derecho europeo ha evolucionado paulatinamente hacia el reconocimiento de la posibilidad de denegar una ODE fuera de la casuística relativamente limitada de la discriminación o el trato inhumano o degradante en los centros de reclusión, sobre todo en relación con el derecho a un proceso equitativo. La Comisión Europea

6 Ermioni Xanthopoulou: «Mutual Trust and Rights in EU Criminal and Asylum Law: Tres fases de evolución y el territorio inexplorado más allá de la confianza ciega», 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/JHA: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - Declaraciones realizadas por algunos Estados miembros con ocasión de la adopción de la Decisión Marco. 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 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, *Pál Aranyosi y Robert Căldăraru/Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, apartado 94.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

y el Fiscal General ya han manifestado previamente que, para denegar una ODE por riesgo de vulneración de un derecho, debe haber «elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que tiendan a demostrar la existencia de un riesgo real de que se vulnere, en el Estado miembro emisor, el derecho fundamental a un proceso equitativo». Esto se entendía principalmente en relación con «deficiencias sistémicas y generalizadas en el sistema judicial del Estado que solicita una extradición» y con pruebas de que dichas deficiencias afecten a la persona respecto de la cual se dicte una ODE. Así lo ha venido afirmando el Tribunal en sentencias relacionadas principalmente con Polonia, donde existen elementos objetivos que permiten concluir que el Estado de Derecho no funciona adecuadamente.¹⁰ El umbral a alcanzar era evidentemente alto.

En el caso Lluís Puig Gordi, exconsejero catalán exiliado en Bélgica, los tribunales belgas determinaron que la extradición para ser juzgado por el Tribunal Supremo español violaría los derechos de las personas afectadas porque dicho tribunal no era el predeterminado por la ley, en violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y, por lo tanto, no tenía competencia para emitir una ODE.¹¹ Esto llevó al Tribunal Supremo español a plantear al TJUE una petición de decisión prejudicial. El TJUE argumentó que no correspondía al Estado requerido evaluar si los tribunales del Estado requirente eran competentes en sí mismos, salvo cuando esa falta de competencia causara un serio riesgo de violación de los derechos fundamentales del acusado. Aunque finalmente el TJUE se alineó con el Abogado General al destacar la importancia primordial de la cooperación, también dejó entrever la posibilidad de que los Estados miembros de la UE pudieran negarse excepcionalmente a ejecutar una ODE con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el Tribunal también constató, en lo que se considera una sutil evolución de su jurisprudencia, que las deficiencias que afectan a un sistema, incluso cuando son «sistémicas o generalizadas», pueden simplemente «afectar[...] a un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado».¹² Expresado en otros términos, en lugar de señalar las condiciones imperantes generalmente en el país requirente (y aun siendo evidente que tales condiciones generalizadas a veces pueden prevalecer), es válido preocuparse por las condiciones que afectan solo a un grupo concreto. La cuestión, por tanto, consiste en determinar en qué circunstancias se pueden acreditar «deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas al que pertenezca el interesado», concretamente como consecuencia de la vigilancia.

10 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, COMUNICADO DE PRENSA n° 32/2022, Denegación de ejecución de una orden de detención europea: el Tribunal de Justicia precisa los criterios que permiten a la autoridad judicial de ejecución apreciar el posible riesgo de vulneración del derecho fundamental de la persona buscada a un proceso equitativo, de 22 de febrero de 2022.

11 Kamer van Inbeschuldigingstelling (Tribunal de Apelación de Bruselas) 2021/79.

12 Sentencia del Tribunal de 31 de enero de 2023, apartado 102.

2. El caso de la vigilancia en Cataluña

No hay duda de la pertinencia del supuesto de la vigilancia en Cataluña a la hora de evaluar las deficiencias de un sistema jurídico que afectan a «grupos objetivamente identificables» y que, por ello, suponen un impedimento para la ejecución de una ODE. También es una preocupación por los derechos humanos en sí misma. A continuación, se ofrece un breve resumen de los hechos del caso catalán, destacando el tipo, el alcance y la intensidad de la vigilancia ejercida y contextualizándola en la actuación represora general de las autoridades españolas. Aunque no todas las acusaciones son igual de graves ni se han probado todas de forma concluyente (de hecho, algunas han sido muy criticadas en España), conforman juntas un patrón sistemático de vigilancia de los líderes independentistas catalanes, en buena medida al margen de la legalidad.

El caso más notorio es el conocido como «Catalangate», revelado por Citizen Lab, con sede en Toronto, en el que se ha denunciado un uso generalizado del programa espía Pegasus contra los líderes del movimiento independentista catalán.¹³ Esta revelación hecha en 2022 sugiere que toda una serie de cargos políticos, así como activistas y abogados y en algunos casos sus familias, han sido objeto de ese espionaje. Se intervinieron los teléfonos de al menos 65 personas entre 2017 y 2020, la mayoría de ellas relacionadas con partidos independentistas catalanes. Se trata de un número de afectados superior al identificado en anteriores informes del Citizen Lab. Si bien no se ha podido imputar la responsabilidad de estos hechos de forma concluyente, se han hallado pruebas indirectas evidentes que apuntan al Gobierno español. Parte de la vigilancia fue posteriormente justificada alegando que estaba amparada por una orden judicial, si bien no se han aportado pruebas a tal efecto con respecto a numerosos afectados.

Un caso relacionado es la Operación Cataluña, una operación policial encubierta contra el proceso de independencia de Cataluña sin autorización judicial. La operación se centró en políticos independentistas, con intentos de la policía española de obtener información bancaria en Andorra bajo amenazas.¹⁴ Estos hechos dieron lugar a la apertura de una

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/> (última visita el 22 de febrero de 2024).

14 José Precado: «El Gobierno de Rajoy investigó al margen de la ley a partidos independentistas durante al menos cinco años», *El Diario*, 15 de enero de 2024, https://www.eldiario.es/politica/gobierno-rajoy-investigó-margen-ley-partidos-independentistas-durante-cinco-anos_1_10827474.html (última visita el 10 de marzo de 2024); José Precado: «Las notas policiales que recibía Fernández Díaz en su despacho para montar campañas contra el independentismo», *El Diario*, 15 de enero de 2024, https://www.eldiario.es/politica/notas-policiales-recibia-fernandez-diaz-despacho-montar-campanas-indendentismo_1_10832806.html (última visita el 10 de marzo de 2024).

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

comisión de investigación en el Parlamento de Cataluña.¹⁵ Del mismo modo, Tsunami Democràtic (Tsunami Democràtic), un grupo de desobediencia civil favorable a la celebración de un referéndum de autodeterminación que estuvo tras la ocupación del aeropuerto de Barcelona en 2019, ha sido investigado por el Gobierno español basándose en acusaciones imprecisas de terrorismo, lo que ha motivado que al menos un diputado haya tenido que exiliarse.¹⁶ Por último, la asociación catalana Òmnium Cultural ha sido objeto de labores de infiltración y vigilancia electrónica.¹⁷

El uso del programa informático Pegasus ha sido motivo continuo de preocupación no solo en España, sino en todo el mundo. En el caso de España, tanto el Consejo de Europa como Amnistía Internacional¹⁸ han expresado su inquietud. También se ha constituido una comisión de investigación del Parlamento Europeo para estudiar las infracciones del Derecho de la Unión que ha supuesto el uso de Pegasus y otros programas espía.¹⁹

15 Parlament de Catalunya, *Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre l'Operació Catalunya*, BOPC 498, Sep. 1, 2017, <https://www.parlament.cat/document/bopc/232188.pdf> (última visita el 10 de marzo de 2024); «Aprobadas conclusiones de la comisión investigación de «operación Cataluña»», *La Vanguardia*, Sep. 9, 2027, <https://www.lavanguardia.com/politica/20170907/431110548296/aprobadas-conclusiones-de-la-comision-investigacion-de-operacion-cataluna.html> (última visita el 10 de marzo de 2024).

16 Claudia Chiappa: «España abre una investigación sobre terrorismo a Puigdemont», *Político*, 29 de febrero de 2024, <https://www.politico.eu/article/spain-open-terrorism-probe-carles-puigdemont-catalonia/> (última visita el 10 de marzo de 2024); Vicenç Pagès: «El diputado catalán Rubén Wagensberg se traslada a Suiza por la persecución judicial en el caso Tsunami», *El Nacional*, 31 de enero de 2024, https://www.elnacional.cat/en/politics/catalan-mp-ruben-wagensberg-moves-switzerland-persecution-tsunami_1152791_102.html (última visita el 10 de marzo de 2024).

17 Camille Pagella: «L'indépendantisme catalan sous cybersurveillance», *Le Temps*, 9 de abril de 2022, <https://www.letemps.ch/monde/europe/lindependantisme-catalan-cybersurveillance> (última visita el 10 de marzo de 2024).

18 España: La Unión Europea debe actuar para poner fin a los abusos con *software* espía, después de que destacadas figuras catalanas hayan sido espiadas con Pegasus, Amnistía Internacional (2022), <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/04/spain-pegasus-spyware-catalans-targeted/> (última visita el 22 de febrero de 2024).

19 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *España: Expertos de la ONU piden que se investigue el supuesto programa de espionaje contra los líderes catalanes*, 2 de febrero de 2023, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/02/spain-un-experts-demand-investigation-alleged-spying-programme-targeting> (última visita el 10 de marzo de 2024); Parlamento Europeo, *Examen del uso del programa espía de vigilancia Pegasus y otros programas equivalentes*, Recomendación de 15 de junio de 2023, P9_TA(2023)024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0244_ES.pdf (se adoptó una recomendación).

III. Vigilancia de grupos

Comprender la naturaleza de la vigilancia y dónde encaja la vigilancia del entorno independentista catalán dentro de ese amplio paradigma es un paso importante. Aunque pueda pensarse que la vigilancia es seña de identidad de una sociedad autoritaria e incluso totalitaria, es necesario matizar cualquier «excepción democrática». De hecho, una de las características del actual fenómeno de la vigilancia es su tendencia a trascender las divisiones superficiales entre autoritario y democrático, nacional e internacional y público y privado. La ampliación de la vigilancia más allá de una serie de objetivos habituales –definida, especialmente a raíz de la pandemia de la COVID, como «normalización» de la vigilancia²⁰– ha alertado a la sociedad civil sobre su prevalencia y omnipresencia, más aún cuando grupos vulnerables han seguido siendo en muchos sentidos objeto prioritario de vigilancia. Esto exige una crónica de los patrones de vigilancia necesaria para explicar cómo la vigilancia de determinados grupos se ve amplificada por patrones generales de vigilancia de todos.²¹

1. Vigilancia general frente a vigilancia a grupos

La jurisprudencia del TJUE señala «deficiencias sistemáticas o generalizadas» que, sin embargo, «afectan a un grupo objetivamente identificable».²² En efecto, la vigilancia puede ser general en las sociedades autoritarias, pero la cuestión es si también puede ir dirigida a un «grupo objetivamente identificable» en un sistema que, por lo demás, es democrático. Esto es de interés porque, desde una perspectiva de los derechos humanos, a simple vista puede parecer contrario al sentido común. Por lo general, se entiende que un Estado es autoritario o no lo es, y que, si lo es, entonces se espera que aplique de manera amplia su autoritarismo. Está claro que esto no excluye que sea más despótico con los disidentes u opositores, pero algunos Estados parecen ciertamente que pretenden vigilar a su población en general. En cambio, a menudo, se presume que los Estados democráticos no incurren, al menos, en formas ilegales y generalizadas de injerencia.

20 Christian Powell Sundquist: *Normalización de la vigilancia*, 58 Harv. CR-CLL Rev. 117 (2023); Evan Selinger & Hyo Joo (Judy) Rhee: *Normalizing Surveillance*, 22 SATS 49 (2021).

21 Mary Anne Franks: *Vigilancia democrática*, 30 Harv. J. L. & Tech. 425 (2016).

22 La sentencia contiene cierta ambigüedad. A veces, parece indicar que tales deficiencias deben existir y que deben afectar al grupo, pero en el apartado 114 el Tribunal habla de «deficiencias sistemáticas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor o de deficiencias que afecten a la tutela judicial de un grupo objetivamente identificable de personas», lo que parece indicar que las deficiencias solo han de ser sistémicas o generalizadas con respecto a dicho grupo. Subrayado añadido.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

Sin embargo, la hipótesis que nos interesa en este caso es que un Estado puede ser específicamente autoritario para con un grupo concreto, y este es, de hecho, el escenario histórico y más plausible en sistemas que, por lo demás, son democráticos y respetuosos con la ley. En sociedades divididas no es una posibilidad tan descabellada. Sin ir más lejos, la vigilancia de grupos concretos está arraigada en muchas sociedades y puede incluso suscitar un análisis transversal que ponga de relieve cómo ciertas personas tienen mayor probabilidad de ser vigiladas.²³ Incluso en sociedades que, por el contrario, generalmente son autoritarias, la vigilancia puede ser especialmente exhaustiva y sistemática cuando se dirige a determinadas minorías étnicas o nacionales, por ejemplo los uigures de Xinjiang.²⁴ La cuestión es que la vigilancia tiene un «impacto desigual» en grupos concretos y que, de hecho, la tendencia de los defensores de las libertades civiles de plantear la vigilancia como una cuestión general de privacidad que «perjudica a todos» y «conculca los derechos de la ciudadanía en general», conduce a «argumentos universalistas [que] desdibujan la topografía del poder».²⁵ En la práctica, casi siempre hay ciertos grupos (disidentes, minorías, etc.) más vigilados que otros. Huelga decir que esto no hace que dicha vigilancia sea menos problemática.

De hecho, las democracias tienen su propia historia de despliegue de vigilancia contra grupos considerados subversivos, aunque se abstengan de utilizar tales métodos de forma más generalizada. Esto puede apuntar, al menos, a un contexto de «deficiencias sistémicas o generalizadas» (por ejemplo, en términos de supervisión y soluciones), o aún más cuando tales deficiencias «afectan» sobre todo a un grupo objetivamente identificable. La relación histórica entre las prácticas de vigilancia y la discriminación o, al menos, el control policial desproporcionado de ciertos grupos es estrecha y viene de lejos.²⁶ A finales de la década de 1960, el FBI vigiló fuertemente a los activistas negros defensores de los derechos civiles, incluido Martin Luther King, dentro del programa COINTELPRO (Programa de contraespionaje). Esto puede hacerse fácilmente extensivo a grupos raciales o étnicos enteros, especialmente en sociedades que arrastran una historia y una realidad continua de discriminación sistémica. La vigilancia ha caracterizado especialmente la experiencia histórica de los afroamericanos, desde confidentes que

23 Sundquist, nota 20 *supra* en 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 de abril de 2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html> (última visita el 13 de diciembre de 2023).

25 Barton Gellman y Sam Adler-Bell: «The Disparate Impact of Surveillance», *The Century Foundation* (21 de diciembre de 2017), <https://tcf.org/content/report/disparate-impact-surveillance/> (última visita el 13 de diciembre de 2023).

26 Dahaba Ali Hussen: «“Dystopian” Surveillance “Disproportionately Targets Young, Female and Minority Workers”», *The Guardian*, 26 de marzo de 2023, <https://www.theguardian.com/global-development/2023/mar/26/dystopian-surveillance-disproportionately-targets-young-female-minority-workers-ippr-report> (última visita el 13 de diciembre de 2023).

abortaban rebeliones de esclavos hasta la persecución de «agitadores raciales» a partir de principios del siglo XX.²⁷

Privacy International señala que «las minorías étnicas corren un mayor riesgo de vigilancia excesiva tras las protestas».²⁸ De hecho, en relación con EE. UU., se ha señalado que «[l]a vigilancia ha sido una táctica gubernamental para oprimir, intimidar y criminalizar a grupos enteros de estadounidenses, practicada a menudo en nombre de la “seguridad nacional”».²⁹ En los últimos años, esto también ha afectado sobre todo a los musulmanes de la zona de Nueva York, donde la policía (NYPD) «se ha infiltrado en grupos de estudiantes musulmanes y ha vigilado negocios, restaurantes y organizaciones comunitarias de propiedad musulmana, hasta el punto de crear equipos juveniles de fútbol y críquet patrocinados por el NYPD con la intención de espiar a los jóvenes que jugaban en tales equipos».³⁰ Estas tácticas se han hecho extensivas a muchas ciudades de Estados Unidos. El «color de la vigilancia»³¹ incluye a multitud de comunidades, entre ellas minorías religiosas e inmigrantes. La vigilancia se ve reforzada por el «control policial predictivo», cuyos algoritmos refuerzan constantemente la idea de grupos sospechosos.

Además, el mero hecho de que estos grupos practiquen la disidencia los convierte en objeto de una vigilancia específica y reiterada. Por tanto, hay un vínculo estrecho entre minoría étnica, activismo político y vigilancia. Por ejemplo, se ha destacado que «las personas negras y otras personas de color han convivido durante siglos con prácticas de vigilancia destinadas a mantener una jerarquía racial».³² Al comentar el movimiento Black Lives Matter, el informe indica:

«[...] la participación en una protesta conlleva una vigilancia continua e injustificada de algunos manifestantes hasta mucho después de terminar la protesta y, además, [...] estas actividades de vigilancia posteriores a la protesta

27 «Mass Surveillance and Black Legal History», ACS, (18 de febrero de 2020), <https://www.acslaw.org/expertforum/mass-surveillance-and-black-legal-history/> (última visita el 13 de diciembre de 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> (última visita el 22 de febrero de 2024).

29 «October 4 & 2016, Impact of Government Surveillance on Muslim Americans and Communities of Color», *Friends Committee On National Legislation*, <https://www.fcni.org/updates/2016-10/impact-government-surveillance-muslim-americans-and-communities-color> (última visita el 13 de diciembre de 2023).

30 *Id.*

31 Alvaro M. Bedoya: «Privacy as Civil Right», 50 NML Rev. 301 (2020).

32 Malkia Amala Cyril, *Black America's State of Surveillance*, Progressive.org, marzo de 2015, <https://progressive.org/%3Fq%3Dnode/188074/> (última visita el 13 de diciembre de 2023).

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

suelen afectar sobre todo a personas negras y otras minorías raciales. [...] En la práctica, esto constituye una forma de control policial predictivo que se nutre del control excesivo, en este caso de individuos de comunidades minoritarias y étnicas que organizan protestas o que participan en ellas».³³

Expresado en otros términos, a menudo existe una relación entre discriminación generalizada de grupos y vigilancia de la comunidad activista dentro de los grupos.

La singularidad de la vigilancia en el caso de los líderes independentistas catalanes deja poco margen a la duda. Se trató de una operación muy selectiva. No se está afirmando que España vigile a su población de forma rutinaria o masiva. La operación de espionaje informático llevada a cabo a través de Pegasus y Candiru afectó a unas 65 personas, todas ellas con estrechos vínculos con el movimiento independentista catalán, entre las que se encontraban eurodiputados y miembros de entidades de la sociedad civil como la Asamblea Nacional Catalana (ANC) y Òmnium Cultural. La naturaleza de las operaciones de *phishing* llevadas a cabo, sobre todo a través de SMS, indica un alto grado de voluntad, preparación y determinación.

De hecho, un grupo de relatores especiales de las Naciones Unidas que se ha dirigido al Gobierno español en relación con la vigilancia en España a través de Pegasus ha expresado su especial preocupación porque esta actuación contra dicho grupo se dirigiera y afectara a la «minoría» constituida por el pueblo catalán:

«También expresamos una preocupación especial por el hecho de que las personas afectadas anteriormente mencionadas son todas miembros de la minoría del pueblo catalán, y que su ataque parece estar relacionado con sus actividades pacíficas a favor de la minoría catalana. Esta focalización específica parece interferir con el derecho de los grupos minoritarios a afirmar y promover libremente su identidad, cultura y puntos de vista. Además, esta orientación selectiva parece ser un perfil de una minoría, y dicha práctica está prohibida por las normas internacionales y regionales de derechos humanos».³⁴

En este contexto, cabe señalar que el TEDH no exige en modo alguno que toda una población sea objeto de vigilancia para concluir que se ha violado el derecho a la privacidad de personas concretas. De hecho, ha señalado específicamente que una de las

33 «Ethnic minorities at greater risk of oversurveillance after protests», *Privacy International*, nota 28 supra.

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 de octubre de 2022, p. 5.

formas de probar una posible vigilancia (más adelante volveremos a hablar de por qué la norma es efectivamente la mera posibilidad de vigilancia) es que el demandante «forme parte de un grupo de personas objeto de la legislación impugnada».³⁵

2. La constitución de grupos «objetivamente» identificables mediante la vigilancia

Así pues, la vigilancia puede ser aplicable concreta y particularmente a grupos objetivamente identificables, pero ¿cómo entender este concepto en general? Cabe destacar que el concepto de «grupos objetivamente identificables» es relativamente reciente dentro del contexto de las ODE y de la literalidad de las palabras no emana un significado evidente. La delimitación de grupos es desde hace tiempo un complejo ejercicio a efectos de Derecho internacional de los derechos humanos, protección de las minorías o Derecho penal internacional. En el caso de Cataluña, cabe preguntarse si los catalanes en general, los nacionalistas catalanes («el bando independentista») o las personas concretas atacadas por el *software* espía cumplirían los requisitos para constituir un grupo objetivamente identificable.

Cabe destacar que el criterio para determinar un grupo objetivamente identificable no debe ser especialmente estricto. Concretamente, el grupo podría estar objetivamente constituido no por algún rasgo «cultural» inherente, sino por cómo es tratado por el Estado. Por ejemplo, las ONG de derechos humanos denuncian repetidamente la vigilancia de «defensores de los derechos humanos», incluidos periodistas y miembros de la sociedad civil,³⁶ sin insinuar que estas personas formen parte de una minoría directamente identificable (a veces son descritas como «comunidades objetivo que realizan actividades protegidas»³⁷). Existen como grupo objetivamente identificable, en cierto modo por el mero hecho de compartir la característica de ser vigiladas. En el caso de Cataluña y la vigilancia, el grupo son los individuos que son objeto de vigilancia, y hay poco que añadir.

Dicho esto, no parece irrelevante que el grupo objeto de vigilancia no solo se defina funcionalmente por esta vigilancia (en el sentido de que un grupo cualquiera de «delincuentes» podría ser definido como grupo objetivamente identificable, aunque no

35 *Roman Zakharov/Rusia*, Solicitud n.º 47143/06, sentencia de 4 de diciembre de 2015, apartado 171.

36 Demand an end to the targeted surveillance of Human Rights Defenders, Amnistía Internacional, <https://www.amnesty.org/en/petition/targeted-surveillance-human-rights-defenders/> (última visita el 20 de enero de 2024).

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/> (última visita el 20 de enero de 2024).

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

mantengan relación entre sí ni presenten rasgos compartidos), pero es que además se trata de un grupo de personas que pertenece a una minoría nacional o étnica y que participa en una serie de actividades políticas comunes. En cualquier caso, esto refuerza la idea de que el grupo es realmente un grupo y no solo una «categoría» intercambiable. La protección de las minorías es evidentemente una figura del Derecho internacional que viene de lejos y, aunque posiblemente tenga menos peso que en el periodo de entreguerras, se ha integrado en el Derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo en virtud del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.³⁸ Además, la protección de minorías ciertamente no es ajena al contexto europeo, con el artículo 2 del Tratado de Lisboa como bandera.

Definir minorías o grupos protegidos ha resultado siempre difícil en Derecho internacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos parecen a menudo partir de suposiciones sobre la existencia de estos grupos para identificar los derechos de miembros individuales. Esto ha permitido que algunos Estados nieguen con vehemencia que en su territorio haya cualquier grupo objetivamente identificable entendido siquiera como minoría. Para dejarlo claro, de nuevo, la jurisprudencia del TJUE como tal no remite a la necesidad de demostrar que los activistas catalanes constituyan, por ejemplo, una minoría en sentido nacional o étnico. Me limito a indicar que este último argumento refuerza la idea de que son un grupo objetivamente identificable, definido no solo por cómo son tratados por el Estado, sino también por una serie de características (étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas) compartidas que permiten seleccionarlos, de forma problemática, para ser objeto de una vigilancia intensificada.

Con el tiempo, la ley ha evolucionado claramente en cuanto a cómo define la objetividad en relación con la identificación de grupos. A nivel más intuitivo, el enfoque clásico es que las minorías se definen por unos rasgos étnicos, religiosos o lingüísticos que las distinguen claramente del resto de la población.³⁹ Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) ha declarado que una minoría es una forma de «comunidad» y que una comunidad es un «grupo de personas que viven en un país o en una localidad determinados y están unidas por [su] identidad de raza, religión, lengua y tradiciones».⁴⁰

Al mismo tiempo, la tendencia ha consistido en destacar la construcción social, especialmente las percepciones subjetivas, de dichos grupos. La CPJI ya hablaba del rasgo definitorio de las minorías, consistente en que están «unidas por esta identidad de raza, religión, lengua y tradiciones en un sentimiento de solidaridad, de cara a preservar

38 Joshua Castellino: «La protección de las minorías y los pueblos indígenas en el Derecho internacional: A Comparative Temporal Analysis», 17 *International Journal on Minority and Group Rights* 393 (2010).

39 Informe anual de 2019 a la Asamblea General, A/74/160, apartado 53.

40 «Comunidades» greco-búlgaras (1930) PCIJ Ser B No 17, 19.

sus tradiciones, mantener su forma de culto, asegurar la instrucción y la educación de sus hijos de acuerdo con el espíritu y las tradiciones de su raza y prestarse ayuda mutua». En otros términos, el sentimiento de pertenencia define a una minoría tanto o más que sus características inherentes. A los efectos de este estudio, la construcción social mediante la identificación de uno mismo y entre sujetos sigue siendo susceptible de validación objetiva (tal y como existe objetivamente en el proceso subjetivo), pero no llega a ser exactamente lo mismo que la objetividad en el sentido de que se considere que un grupo presente unos rasgos inherentes irrefutables. El enfoque pasa de una cualidad intrínseca de los miembros del grupo a un cierto grado de identificación propia y ajena.

Una evolución paralela se pone de manifiesto en el ámbito relacionado, aunque bastante diferente, del Derecho penal internacional. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los tutsis a efectos de la Convención sobre el genocidio ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).⁴¹ Existe un amplio consenso en que los tutsis no son objetivamente una raza y ni siquiera un grupo étnico. Sin embargo, el tratamiento recibido de los colonizadores y después de la Ruanda independiente ha sido el mismo «que si» fueran una raza o un grupo étnico. Como mínimo, ha sido la discriminación que han sufrido lo que ha forjado su carácter distintivo como grupo. De hecho, esta es la razón por la que el Gobierno ruandés posterior al genocidio ha intentado prohibir el «etnicismo» como la ideología de considerar que los ruandeses son de etnias diferentes. En otros términos, es la discriminación étnica la que crea los grupos étnicos y no los grupos étnicos los que crean el etnicismo. Lo que sugiere la definición de los tutsis como grupo según la Convención sobre el genocidio es, además de un sentimiento de destino compartido, una cierta coincidencia de tratamiento, sobre todo a manos del Estado.

Esto significa que, a pesar de que la vigilancia pueda emanar de la existencia de un grupo de disidentes catalanes que se identifiquen como tal de forma más o menos difusa, la propia vigilancia de ese grupo concreto contribuye a crearlo (un grupo de «víctimas» que además pueden compartir lazos comunes). De hecho, la propia negación de la identidad diferenciada y de las agendas políticas de grupos (por ejemplo, afroamericanos, pueblos indígenas, etc.) les ha llevado a menudo a reivindicar esa identidad con mayor contundencia. Debe quedar claro que en el contexto limitado de una ODE esta determinación no reviste en absoluto un carácter tan dramático. La cuestión no es si los

41 William A. Schabas: «Grupos protegidos por la Convención sobre el genocidio: Interpretaciones contradictorias de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda», 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 (última visita el 22 de enero de 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> (última visita el 22 de enero de 2024).

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

catalanes (y mucho menos los nacionalistas catalanes o ciertos líderes catalanes) son un grupo étnico o incluso una minoría propia.

Ahora bien, sí es pertinente que la forma en que un grupo es tratado constituye mucho más los contornos objetivamente constatables de dicho grupo que cualquier rasgo previo a ese tratamiento. Dicho de otro modo, lo que hace un grupo objetivamente identificable es su tratamiento como tal, incluida la medida en que esto pueda marcar la existencia continuada de ese grupo en su interacción con el Estado. Puede incluso que dicho grupo no se autoidentifique sistemáticamente como tal. En ese contexto, la vigilancia puede no ser el único proceso mediante el cual constituyen los grupos (que puede incluir, por ejemplo, formas de persecución más directas), pero es presumiblemente un acto continuo, más sistemático y preliminar en toda persecución. Por ejemplo, en China, las herramientas de vigilancia digital no solo sirven para vigilar a los uigures, sino también para «identificarlos» a través de sus rasgos faciales, sobre todo cuando viajan a las grandes ciudades del este del país.⁴² Tal como se ha señalado en los Principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones, es importante que «[n]inguna medida [de vigilancia] debe aplicarse de manera discriminatoria por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».⁴³ La vigilancia tendría que analizarse junto a otros indicadores de discriminación, como la falta relativa de protección de las lenguas minoritarias en España o las campañas de «denigración» de la minoría catalana y la persecución de algunas de sus figuras políticas.⁴⁴

42 Mozur, nota 24 *supra*.

43 Electronic Frontier Foundation, *International Principles on the Application of Human Rights to Communications Surveillance* (2013), <https://www.eff.org/files/necessaryandproportionatefinal.pdf> (última visita el 9 de marzo de 2024).

44 Informe del Relator Especial sobre cuestiones de las minorías, Visita a España, A/HRC/43/47/Add.1, 9 de marzo de 2020.

IV. La incidencia de la vigilancia en los derechos humanos generales, colectivos e individuales

¿Cuál es entonces la trascendencia general de la vigilancia para evaluar el tipo de tratamiento que un grupo objetivamente identificable puede esperar recibir en el sistema judicial? La vigilancia ha sido objeto de un mayor escrutinio al menos desde que las revelaciones de Edward Snowden insinuaron que la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos estaba llevando a cabo un amplio seguimiento de las comunicaciones a escala mundial. Este hecho ha dado lugar a una serie de respuestas que van mucho más allá del caso de los separatistas catalanes en España. Por ejemplo, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo presentó una «Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión».⁴⁵ Posteriormente, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión y el Relator Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han adoptado una «Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión».⁴⁶ Estas fuentes han ayudado a cristalizar paulatinamente una idea clara del efecto no deseado de las medidas de vigilancia y del régimen estricto que deben cumplir para ser legales.

45 «Recopilación de buenas prácticas relacionadas con los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo, particularmente en lo que respecta a su supervisión», 17 de mayo de 2010 (A/HRC/14/46).

46 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y de expresión y Relator Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Declaración conjunta sobre programas de vigilancia y su impacto en la libertad de expresión», de 21 de junio de 2013.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

1. La vigilancia como violación de los derechos humanos

Los efectos nocivos de la vigilancia en los derechos humanos están bien documentados y son intuitivamente comprensibles. Han sido subrayados por una serie de instrumentos internacionales, entre los que destaca la Resolución 68/167 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el «Derecho a la privacidad en la era digital» (18 de diciembre de 2013). Se ha hecho mucho hincapié en el carácter problemático de la «vigilancia masiva», diferente de la situación catalana, pero con la cual guarda relación.

La vigilancia masiva, por ejemplo mediante la recogida y conservación sistemáticas de datos de comunicación, así como la videovigilancia, pueden tener un impacto profundamente erosivo en el derecho a la privacidad. Esto se debe por un lado a que su justificación, al ser extremadamente genérica, es también particularmente débil, y, por otro, al riesgo de desviarse de unos objetivos potencialmente legítimos para alcanzar objetivos ilegales. Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Szabó y Vissy/Hungría*, el «alcance de las medidas podría incluir prácticamente a cualquier persona [y] las nuevas tecnologías permiten al Gobierno interceptar fácilmente masas de datos relativos incluso a personas fuera del radio de acción original». ⁴⁷

De rebote, las implicaciones para los derechos son más amplias y profundas, y conllevan posibles violaciones de libertades básicas como la libertad de expresión y de opinión. Su efecto es generalmente amedrentador. Como ha sugerido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, más allá del derecho a la privacidad, la vigilancia masiva puede afectar a la libertad de opinión y de expresión, al derecho a buscar, recibir y difundir información, o al derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación y a la vida familiar. ⁴⁸ Incluso se ha insinuado que la vigilancia masiva es ilegal *per se*. Como indicó el entonces Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo:

«Los Estados que realizan vigilancia a gran escala hasta ahora no han conseguido justificar públicamente su necesidad en detalle y con pruebas, [...]. Desde el punto de vista del artículo 17 del Pacto, esto prácticamente equivale a derogar por completo el derecho a la privacidad de las comunicaciones digitales. Por estos motivos, la vigilancia a gran escala de los datos de tráfico y de contenido de las comunicaciones digitales es una gran amenaza a una norma establecida del derecho internacional. [...] [L]a existencia misma de programas de vigilancia a gran escala constituye una injerencia importante desproporcionada en el derecho a la privacidad». ⁴⁹

⁴⁷ *Asunto Szabó y Vissy/Hungría* (Solicitud n.º 37138/14), 12 de enero de 2016, apartado 89.

⁴⁸ A/HRC/27/37, apartados 24-27.

⁴⁹ Doc. n.º A/69/397, apartado 18.

Se ha llegado a afirmar que el carácter endémico y sistemático de la vigilancia masiva podría llegar a constituir un crimen de lesa humanidad.⁵⁰

Cataluña no es un caso de vigilancia masiva, sino un caso de vigilancia muy selectiva. En cualquier caso, esto hace que sea aún más problemático. Cuando se dirige a grupos relativamente reducidos, la vigilancia tiene esencialmente los mismos efectos: todos los demás aspectos se mantienen iguales, salvo que esta vez se añade una dimensión más condenatoria de persecución de un grupo concreto. En el Derecho internacional de los derechos humanos se han destacado, por ejemplo, el nefasto efecto de la vigilancia de defensores de los derechos humanos como forma concreta de vigilancia selectiva.

En el caso de los independentistas catalanes, los Relatores Especiales de las Naciones Unidas han destacado especialmente que la vigilancia parece ser:

«[...] una interferencia en su derecho a tener y expresar libremente sus puntos de vista, intercambiar y difundir información e ideas, a reunirse pacíficamente y participar en asociaciones, a tener una vida privada y privacidad en la correspondencia, a ser iguales ante la ley y con derecho a igual protección de la ley sin discriminación alguna».⁵¹

Entre sus consecuencias más destacadas se encuentra un efecto amedrentador que conduce a la «autocensura» con el consiguiente «efecto inhibitor del disfrute del derecho a la libertad de opinión y expresión en Cataluña en general».

Un ámbito interesante en el que ha aflorado la cuestión de la vigilancia de grupos es el derecho de asilo. La cuestión, relativamente hipotética en este momento, es si la vigilancia y la consiguiente violación del derecho a la privacidad son susceptibles de constituir una forma de persecución que fundamente el acceso al asilo. Como ha argumentado Liane M. Jarvis Cooper, las violaciones de la privacidad pueden ayudar a identificar una persecución previa o prever una persecución futura, pero también pueden «calificarse de persecución aunque no vayan acompañadas de otros daños, amenazas, actos o acontecimientos».⁵² Esto es así al menos si ciertos «daños por falta de control, por el efecto amedrentador y por manipulación, [son] los suficientemente graves en sí mismos como para incrementar el nivel de persecución».⁵³ Aunque es demasiado pronto para saber hasta dónde llegará esta tendencia, es evidente que las violaciones sistemáticas del

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

51 Mandatos del Relator Especial, nota 34 *supra*, p. 5.

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

53 *Id.* en 491.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

derecho a la privacidad tienden a tomarse cada vez más en serio como violaciones de los derechos humanos y, por tanto, como forma de persecución.

2. El régimen jurídico de la vigilancia

Probar que la vigilancia es ilegal es clave para sostener que debe denegarse una ODE debido a deficiencias en el Estado solicitante. Cabe señalar que la vigilancia no es ilegal *per se* y que puede estar justificada en una sociedad democrática. Como indica el Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

«puesto que las tecnologías de comunicación digital pueden ser, y han sido, utilizadas por particulares con fines delictivos (como el reclutamiento para la comisión de atentados terroristas y el financiamiento de los mismos), la vigilancia legal y específica de las comunicaciones digitales puede constituir una medida necesaria y eficaz para las entidades de inteligencia y/o de aplicación de la ley».⁵⁴

Del mismo modo, este reconocimiento básico no supone un cheque en blanco para cualquier medida de vigilancia. El riesgo es que se invoquen sistemáticamente preocupaciones formuladas de forma muy amplia para justificar injerencias en los derechos de una forma que va mucho más allá de lo que se consideraba aceptable hace pocos años. El TEDH y el Consejo de Europa han determinado las circunstancias que permitirían la vigilancia, esencialmente en la línea del régimen ya incorporado en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia). El principio básico es:

«[n]o podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Los Principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones, firmados por más de 400 entidades de la sociedad civil, son también un buen ejemplo de iniciativa ascendente de Derecho indicativo para dar cuerpo a un régimen de vigilancia a escala mundial destacando la aplicabilidad del «Derecho internacional de los derechos humanos». Prevén que la vigilancia debe estar prescrita por la ley, perseguir un objetivo legítimo, ser «estricta y demostrablemente necesaria»,

⁵⁴ A/HRC/27/37, apartado 24.

adecuada y proporcional.⁵⁵ El Comité de Derechos Humanos también ha destacado la importancia de que las injerencias en el derecho a la intimidad cumplan los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad.⁵⁶

Cabe señalar que algunos casos de supuesta vigilancia han sido desestimados por ser «manifiestamente infundados», dada la existencia de garantías adecuadas y eficaces contra el abuso dentro de las leyes impugnadas.⁵⁷ Lo mismo ocurre en la fase de examen del fondo, en la que, a fin de cuentas, el Tribunal Europeo se ha alineado a veces del lado de los Estados. En *Breyer/Alemania*, por ejemplo, el Tribunal consideró que las enmiendas a la ley de telecomunicaciones alemana que exigían a las empresas la recogida y conservación de los datos personales de todos sus clientes, incluidos los usuarios de tarjetas SIM de prepago, no suponían una violación del artículo 8 por parte de Alemania. El Tribunal tuvo especialmente en cuenta el «margen de apreciación» de Alemania en el ejercicio de su facultad discrecional, dictaminando que la medida había sido «necesaria en una sociedad democrática» y que existían garantías adecuadas.⁵⁸

Expresado de otro modo, la ilegalidad de la vigilancia no es una conclusión automática, aunque la práctica suscite, con razón, preocupaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, varias denuncias de gran repercusión sobre injerencias ilícitas han llevado a la conclusión de que los Estados en cuestión han incumplido sus obligaciones en materia de derechos humanos, algunas de las cuales se analizan a continuación. En el asunto *Kennedy*, el Tribunal acabó por concluir que la Ley contenía suficientes garantías para justificar la vigilancia.⁵⁹ Por lo general, el Tribunal ha considerado, en consonancia con el tenor del artículo 8 y su enfoque general de las limitaciones de derechos, que las investigaciones penales o motivos de seguridad nacional pueden justificar medidas de vigilancia, pero ha insistido en una serie de garantías mínimas para evitar abusos de poder. No obstante, existen varios factores que por sí solos permiten concluir que se ha producido una violación del derecho a la privacidad.

En primer lugar, cualquier limitación al artículo 8 debe estar prescrita por ley y la injerencia resultante debe ser «conforme a la ley». Dicha ley debe indicar con suficiente claridad cómo será ejercida la discrecionalidad de las autoridades. Como dijo el Tribunal:

«[...] la previsibilidad en el contexto especial de las medidas secretas de vigilancia, como la interceptación de las comunicaciones, no puede significar que una

55 Principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones.

56 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el cuarto informe de los Estados Unidos de América en virtud del PIDCP, 26 de marzo de 2014.

57 Véase, por ejemplo, TEDH, *Weber y Saravia/Alemania*, 29 de junio de 2006.

58 ECtHR, *Breyer/ Alemania*, solicitud n.º 50001/12 de 30 de enero de 2020.

59 TEDH, *Kennedy/ Reino Unido*, solicitud n.º 26839/05 de 18 de mayo de 2010.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

persona deba ser capaz de prever cuándo es probable que las autoridades intercepten sus comunicaciones para poder adaptar su conducta en consecuencia [...]. Sin embargo, especialmente cuando un poder conferido al ejecutivo se ejerce en secreto, los riesgos de arbitrariedad son evidentes [...]. Por tanto, es esencial contar con normas claras y detalladas sobre la interceptación de las conversaciones telefónicas, particularmente porque la tecnología disponible para su uso es cada vez más sofisticada [...]. El Derecho interno debe ser lo suficientemente claro como para ofrecer a los ciudadanos una indicación adecuada de las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están facultadas para recurrir a tales medidas».⁶⁰

Además:

«[...] dado que la aplicación en la práctica de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones no está abierta al escrutinio de los individuos o del público en general, sería contrario al Estado de Derecho que la discrecionalidad legal otorgada al poder ejecutivo o judicial se exprese en términos de un poder ilimitado. En consecuencia, la ley debe indicar el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la forma de su ejercicio con la suficiente claridad para dar al individuo una protección adecuada contra la injerencia arbitraria [...]».⁶¹

Algunas sentencias han llegado a la conclusión de que el artículo 8 solo se ha infringido en esta primera fase de análisis. En el caso *Liberty y otros/Reino Unido*, por ejemplo, el Tribunal constató que:

«la legislación interna [no] indicara a la sazón con la suficiente claridad para ofrecer la adecuada protección contra el abuso de poder, el alcance o el ejercicio de la amplia discreción conferida al Estado para interceptar y examinar las comunicaciones externas. En particular, no indicaba de forma accesible al público, tal y como exige la jurisprudencia del Tribunal, ningún procedimiento a seguir para seleccionar y examinar, intercambiar, conservar y destruir la información interceptada».⁶²

En el asunto *Ekimdzhev y otros/Bulgaria*, el Tribunal también consideró que la ley no cumplía el requisito de «calidad de la ley».⁶³

60 *Asociación para la Integración Europea y los Derechos Humanos y Ekimzhiev*, apartado. 93.

61 *Asociación para la Integración Europea y los Derechos Humanos y Ekimzhiev*, apartado. 94.

62 Asunto *Liberty y otros/Reino Unido*, solicitud nº 58243/00, de 1 de julio de 2008.

63 Asunto *Ekimdzhev y otros/Bulgaria*, de 11 de enero de 2022.

En segundo lugar, la vigilancia debe tener un fin legítimo, ser «necesaria dentro de una sociedad democrática» y proporcional. En el asunto *Roman Zakharov/ Rusia*, el demandante, redactor jefe de una editorial, denunciaba que el sistema ruso de interceptación de las comunicaciones de telefonía móvil no cumplía los requisitos del artículo 8 del Convenio. El Tribunal dictaminó por unanimidad que la ley de vigilancia estaba publicada y era accesible, pero que era excesivamente amplia, pues abarcaba una serie de delitos y afectaba a personas que nos son investigadas o acusadas. Además, la ley no «daba ninguna indicación de las circunstancias en las comunicaciones podían ser interceptadas debido a sucesos o actividades que pongan en peligro la seguridad nacional, militar, económica o ecológica de Rusia».

En cambio, otorgaba a las autoridades una discrecionalidad casi ilimitada a la hora de determinar qué sucesos o actos constituían tal amenaza y si esta era lo suficientemente grave como para justificar una vigilancia secreta. Esto abría posibilidades para el abuso. Además, la posible duración de las medidas no ofrecía suficientes garantías contra injerencias arbitrarias y el control judicial seguía siendo demasiado limitado. En consecuencia, el Tribunal consideró que se había vulnerado el derecho a la privacidad de la demandante, ya que el procedimiento de autorización previsto en la legislación rusa «no era capaz de garantizar que las medidas de vigilancia secreta no fueran ordenadas de forma caprichosa, irregular y sin la debida y adecuada consideración».⁶⁴ Otros casos, especialmente aquellos relacionados con la vigilancia masiva, han hecho destacado cómo el poder casi ilimitado conlleva injerencias arbitrarias que violan el Estado de Derecho,⁶⁵ o problemas asociados a la conservación de datos y los consiguientes riesgos permanentes para la privacidad.⁶⁶

En el caso de Cataluña, el problema radica en parte en que la vigilancia se ha producido al margen de la ley y en parte en que se basa en una interpretación problemática de la ley. España ha aducido que la vigilancia de al menos 18 personas fue autorizada judicialmente por el Tribunal Supremo y que tales casos pueden presentar un mayor grado de respeto por los derechos humanos, aunque cabe señalar que las órdenes judiciales nunca se han llegado a publicar. Pero esto sigue dejando muchos casos (cerca de 50) de *hackeo* relacionados con Pegasus al margen del marco judicial. Además, no queda claro y es poco plausible que ese amplio *hackeo* se llevara a cabo con autorización judicial. La naturaleza indiscriminada del método de vigilancia, a saber, el uso del *software* espía Pegasus, puede apuntar a una operación que no contaba con un estrecho control judicial o que se había realizado solo con fines de investigación. Apunta más bien a una operación policial de

64 Asunto *Roman Zakharov/Rusia*, solicitud n.º 47143/06, de 5 de diciembre de 2015.

65 Asunto *Haščák/Eslovaquia*, de 23 de junio de 2022.

66 Asunto *Ekimdzhev y otros/Bulgaria*, 11 de enero de 2022.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

los servicios de inteligencia que a una actuación judicial, posiblemente de naturaleza «incontrolada» y, por tanto, ni necesaria ni proporcional.⁶⁷

Además, incluso en la medida en que la vigilancia se llevara a cabo dentro de un marco judicial o, al menos, jurídico en sentido amplio, podría ser igualmente abusiva. Uno de los motivos de preocupación en el caso de Cataluña es que, a pesar de que es posible que la vigilancia haya sido ordenada judicialmente, se basaba en acusaciones genéricas de «sedición» y «rebelión»⁶⁸, que en sí mismas son imprecisas y anticuadas, así como en acusaciones de «». ⁶⁹ Las autoridades españolas han invocado repetidamente el secreto y la seguridad nacional para negarse a explicar por qué se produjo la vigilancia, pero es perfectamente posible que los políticos y activistas fueran vigilados no por haber cometido delitos, sino por sus actividades políticas. Tampoco ayuda el hecho de que el Tribunal Supremo haya rechazado las solicitudes que solicitaban el acceso a las órdenes judiciales que supuestamente autorizaron la vigilancia.⁷⁰ Las investigaciones de oficio realizadas por el Defensor del Pueblo español indican que este se dio por satisfecho con que se presentara la justificación preceptiva para autorizar la vigilancia, pero no ha revelado en qué se basó para llegar a dicha conclusión.⁷¹ A pesar de que pueda haber sido concedida una autorización judicial en tales casos, sigue sin demostrar que se respetaron los derechos, por ejemplo por falta de proporcionalidad.

3. Denuncia de vigilancia ilegal y derechos humanos

La dificultad de probar la vigilancia es que a menudo es, por definición, secreta, y los solicitantes pueden tener poco más que sospechas de estar siendo vigilados. Esto puede hacer que les resulte muy difícil demostrar que se han vulnerado sus derechos, sobre todo en aquellos Estados que les exigen probar la naturaleza exacta de la injerencia de la que fueron objeto. En España, los denunciantes de vigilancia ilegal, como los miembros de *Ómnium Cultural*, han tenido muchas dificultades para demostrar la infección de sus teléfonos, sobre todo porque la información de inteligencia es clasificada. Al mismo tiempo, el Tribunal no suele permitir la impugnación de leyes *in abstracto*. Esto supone

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> (última visita el 18 de enero de 2024).

68 Sentencia n.º 459/2019, de 14 de octubre, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la Causa Especial n.º 20907/2017.

69 Amnesty International: *Tuitea..., sí te atreves: Cómo las leyes antiterroristas restringen la libertad de expresión en España*, (2018).

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

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).

de entrada un verdadero obstáculo para los solicitantes y, potencialmente, una situación delicada desde la perspectiva de la protección de los derechos. A falta de pruebas disponibles de que Kennedy hubiera sido específicamente objeto de vigilancia, el TEDH ha considerado, no obstante, que puede examinar en general si existía una «probabilidad razonable» de que las comunicaciones hubieran sido interceptadas.⁷²

Según el Tribunal, esto confiere al Convenio su «efecto útil» pues, de lo contrario, sus garantías estarían «materialmente debilitadas» y las protecciones del artículo 8 podrían «en una larga medida ser reducido a la nada».⁷³ Como dijo el Tribunal en el caso *Klass*:

«El Tribunal acepta, pues, que un individuo pueda, bajo ciertas condiciones, pretenderse víctima de una violación ocasionada por la simple existencia de medidas secretas o de una legislación que permita estas medidas, sin tener que alegar que tales medidas le han sido, en efecto, aplicadas a él. Las condiciones relevantes deben ser definidas en cada causa según el o los derechos alegados del Convenio o que han sido infringidos, el carácter secreto de las medidas incriminadas y la relación entre el interesado y estas medidas».⁷⁴

Esto garantiza que las medidas de vigilancia no se conviertan virtualmente en «incuestionables» y queden fuera de toda supervisión nacional o internacional concebible. Por tanto, un demandante puede alegar excepcionalmente que es víctima de la mera existencia de un régimen de vigilancia o de una legislación que permite tales medidas, aunque no pueda aportar pruebas concluyentes de que individualmente haya sido objeto de tal vigilancia. Además, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, «es responsabilidad de las autoridades que deseen limitar el derecho demostrar que la limitación está relacionada con un objetivo legítimo».⁷⁵ El Tribunal tendrá en cuenta el ámbito de aplicación de la legislación y si el demandante puede verse afectado por ella, sobre todo considerando si el demandante pertenece a un grupo en riesgo de estar sometido a tales medidas.⁷⁶

Además, el tribunal valorará la existencia de recursos a nivel nacional. Si tales recursos no están generalmente disponibles, entonces «no se puede decir que estén injustificadas la sospecha y la preocupación generalizadas entre la sociedad de que se está produciendo un abuso de los poderes de vigilancia secreta». Una mera amenaza de vigilancia será suficiente. En cambio, si existen recursos jurídicos disponibles, será difícil invocar una sospecha generalizada. De hecho, el régimen que permite a los individuos denunciar violaciones de sus derechos de privacidad en abstracto no llega a modificar la regla

72 *Kennedy/Reino Unido*, solicitud n.º 26839/04, de 18 de mayo de 2010.

73 *Klass y otros/Alemania*, apartado 36.

74 *Klass y otros/Alemania*, apartado 34.

75 AHRC/27/37, apartado 23.

76 *Marie Ringler/Austria*, solicitud n.º 2309/10, de 12 de mayo de 2020, apartado 49.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

general de agotamiento de los recursos nacionales. En *Privacy International y otros/Reino Unido*, el Tribunal consideró que no era admisible que varias ONG que denunciaban el *hacking* por los servicios de inteligencia británicos porque el Estado contratante no había tenido la posibilidad de abordar o corregir las violaciones denunciadas.⁷⁷ No obstante, la eficacia de los recursos también se evaluará en cuanto al fondo; por ejemplo, el hecho de que los recursos solo estén a disposición de personas capaces de presentar pruebas de haber sido objeto de interceptación será considerado categóricamente contrario a su eficacia.⁷⁸

4. Vigilancia y derecho a un proceso equitativo

La vigilancia puede tener un efecto particularmente pernicioso sobre todo en el contexto judicial y especialmente en relación con el derecho a un proceso equitativo, por ejemplo, mediante la revelación de información protegida. Esto es evidentemente importante en el contexto concreto de la admisión de las ODE. El principal problema de la vigilancia es que interfiere en la confidencialidad de las comunicaciones entre un cliente y su abogado. Como afirma el TEDH:

«El derecho de un acusado a comunicarse con su representante legal fuera del alcance de terceros forma parte de los requisitos básicos de un proceso equitativo dentro de una sociedad democrática y emana del artículo 6, apartado 3, letra c), del Convenio. Si un abogado no fuera capaz de consultar a su cliente y de recibir instrucciones confidenciales sin esta vigilancia, su asistencia perdería buena parte de su utilidad, mientras que el Convenio pretende garantizar derechos prácticos y eficaces».⁷⁹

Está claro que esto no se traduce en que nunca pueda tener lugar una vigilancia de un abogado, sino que debe producirse dentro del contexto específico de una investigación judiciales de naturaleza penal. Evidentemente, la «condición [de abogados] no los exime de las responsabilidades y deberes de todo ciudadano, ni tampoco debe protegerlos del control de los agentes del orden».⁸⁰ Pero existen pruebas claras de que la vigilancia ha sobrepasado de forma rutinaria los límites de las investigaciones penales, aunque solo

77 *Privacy International y otros/Reino Unido*, 7 de julio de 2020. Ver también *Marie Ringler / Austria*, solicitud n.º 2309/10 de 12 de mayo de 2020.

78 Asunto *Roman Zakharov/Rusia*, solicitud n.º 47143/06 de 5 de diciembre de 2015, apartados 286-301.

79 *S/Suiza*, n.º 12629/87; 13965/88, de 28 de noviembre de 1991, apartado 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. Rev. [1878], 1858 (1987).

sea por la naturaleza indiscriminada de buena parte de la vigilancia contemporánea y su carácter omnipresente, por ejemplo dentro del sensible contexto penitenciario, así como por la vulnerabilidad de todas las conversaciones digitales.⁸¹

De hecho, el problema reside actualmente no tanto en el abuso del marco jurídico penal vigente en materia de vigilancia, relativamente limitado por los procedimientos, sino en su soslayo por la recogida de datos ordinaria y el espionaje generalizado. En cualquier caso, esto se ha exacerbado por los discursos de seguridad nacional que destacan la importancia de prevenir la delincuencia. Las filtraciones o *hackeos* de datos masivos también han incrementado la posibilidad de que se revelen conversaciones confidenciales.⁸² Algunas personas o grupos han especialmente sido objeto de vigilancia en sus conversaciones con sus abogados, entre los que destacan los detenidos de Guantánamo.⁸³ Los abogados también han sido cada vez más objeto de vigilancia, ya sea en la India⁸⁴ o en Jordania.⁸⁵ Debería preocupar que el programa informático Pegasus no tenga una forma de excluir las conversaciones protegidas de los activistas catalanes con sus abogados y, por tanto, presenta un problema intrínseco. Es muy probable que las conversaciones protegidas por el secreto profesional hayan sido objeto de vigilancia.

De hecho, la existencia de una vigilancia masiva y rutinaria ha suscitado temores de que, en la práctica, se vea muy restringido el secreto profesional que protege las conversaciones entre cliente y abogado, afectando considerablemente a los abogados en cuanto a sus obligaciones deontológicas hacia sus clientes.⁸⁶ Por ejemplo, la National Association of Criminal Defense Lawyers estadounidense se quejaba a través de un *amicus curiae* de que «[s]i cada forma de comunicación moderna razonable parece estar sometida a registros e incautaciones masivas rutinarias por parte del Gobierno, el derecho a consultar a un

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

82 Jordan Smith y Micah Lee: «Massive Hack of 70 Million Prisoner Phone Calls Indicates Violations of Attorney-Client Privilege», *The Intercept* (11 de noviembre de 2015), <https://archive.ph/MHC2m> (última visita el 14 de diciembre de 2023); Paul H. Beach: «Viewing Privilege through a Prism: Attorney-Client Privilege in Light of Bulk Data Collection Note», 90 *Notre Dame L. Rev.* 1663 (2014).

83 Ian Kysel: «Guantánamo Dispatch: New Revelations of Attorney-Client Surveillance», *American Civil Liberties Union* (14 de junio de 2013), <https://www.aclu.org/news/national-security/guantanamo-dispatch-new-revelations-attorney-client-surveillance> (última visita el 14 de diciembre de 2023).

84 Siddhart Varadarajan: «Supreme Court Registrars, Lawyers of Key Clients, Justice Arun Mishra's Old Number on Pegasus Radar», *The Wire*, agosto de 2021, <https://thewire.in/law/supreme-court-registrars-lawyers-of-key-clients-and-old-number-of-an-sc-judge-on-pegasus-radar> (última visita el 22 de febrero de 2024).

85 «Journalists and Lawyers Hacked With Pegasus Spyware in Jordan-Probe», *Time*, febrero de 2024, <https://time.com/6590855/jordan-pegasus-spyware-hack/> (última visita el 22 de febrero de 2024).

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> (última visita el 14 de diciembre de 2023).

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

abogado bajo la protección del secreto profesional de las comunicaciones entre abogado y cliente sencillamente desaparece». ⁸⁷ En efecto, en algunos países los abogados han tenido que recurrir a métodos extremos para asegurar la confidencialidad de sus comunicaciones, como «recurrir a tecnologías como la encriptación, ordenadores aislados de Internet y teléfonos “desechables”». ⁸⁸ No poder garantizar la confidencialidad puede obstaculizar el trabajo de los abogados y «dificultar [...] mucho más la generación de confianza hacia sus clientes, y predisponer [...] a los clientes a estar menos dispuestos a hablar de forma íntegra y francamente, lo que complica la labor de diseñar una estrategia jurídica eficaz». ⁸⁹

Esta sensibilidad hacia los peligros de la vigilancia para los derechos humanos en el contexto del juicio ha suscitado una especial preocupación sobre el régimen que autoriza dicha vigilancia. Es cierto que puede autorizarse el control de las comunicaciones entre abogado y cliente, pero solo si es «estrictamente necesario» dentro de una sociedad democrática y en circunstancias excepcionales. En el asunto *Klass y otros/ República Federal de Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, los demandantes eran cuatro abogados y un juez que cuestionaban la aplicación de la Ley de 13 de agosto de 1968 sobre restricciones al secreto de la correspondencia, el correo y las telecomunicaciones (*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses*) en violación del artículo 10 de la Ley Fundamental alemana que garantizaba el secreto como «inviolable».

La ley permitía, en línea con la posibilidad de limitaciones prevista por la Ley Fundamental, imponer restricciones para proteger contra «peligros inminentes» que amenazarán el «orden constitucional democrático libre», «la existencia o la seguridad de la Federación o de un *Land*» o «la seguridad de las fuerzas armadas [aliadas] estacionadas en el territorio de la República. Además, dichas medidas solo podían ser adoptadas si existían indicios objetivos (*tatsächliche Anhaltspunkte*) de que una persona estaba planificando, cometiendo o había cometido determinados actos delictivos tipificados en el Código Penal, como delitos contra la paz o la seguridad del Estado, el orden democrático, la seguridad exterior o la seguridad de las fuerzas armadas aliadas. Además, solo se podía recurrir a tales medidas si el esclarecimiento de los hechos por otro método no tenía perspectivas de éxito o resultada considerablemente más difícil. Las medidas debían ser revocadas inmediatamente en cuanto desaparecieran las condiciones exigidas o las propias medidas ya no fueran necesarias.

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> (última visita el 22 de febrero de 2024).

⁸⁸ Alex Sinha: *Cómo la vigilancia del Gobierno de EE.UU. amenaza el privilegio abogado-cliente* (15 de agosto de 2014), <https://www.jurist.org/commentary/2014/08/alex-sinha-attorney-client-privilege/> (última visita el 14 de diciembre de 2023). También Peter Micek Stribling-Uss Esq, Jonathan: «Why Encryption Is Vital to Attorney-Client Privilege», *Access Now* (11 de enero de 2021), <https://www.accessnow.org/encryption-attorney-client-privilege/> (última visita el 14 de diciembre de 2023).

⁸⁹ Sinha, nota 88 *supra*.

El Tribunal no constató violación alguna del artículo 8 del Convenio en este caso concreto debido a las amenazas a las que estaba haciendo frente Alemania, sobre todo de espionaje y terrorismo por parte de elementos subversivos, pero sí destacó que mantenía un elevado nivel de preocupación por la confidencialidad de las comunicaciones entre cliente y abogado donde estas circunstancias no concurren. Tal y como afirmó el juez Pinto de Albuquerque en el asunto *Big Brother*:

«La legislación interna debe prever un régimen específico de protección para las comunicaciones profesionales privilegiadas de parlamentarios, médicos, abogados y periodistas. La recopilación masiva e indiscriminada de comunicaciones sin sospechas frustraría la protección de información protegida y confidencial, lo que solo puede ser garantizado mediante la autorización judicial para la interceptación de tales comunicaciones cuando se presenten pruebas que sirvan de apoyo a la sospecha de la comisión de delitos graves o conductas que atenten contra la seguridad nacional den relación con estos profesionales. Además, cualquier comunicación de estas categorías de profesionales al estar cubiertas por su secreto profesional, sin son interceptadas por error, deben ser destruidas inmediatamente».⁹⁰

Además, la actual impugnación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la ley francesa de inteligencia insiste especialmente en que la ley carece de garantías adecuadas para proteger el secreto de las conversaciones entre abogado y cliente.⁹¹ Una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán expresa la misma preocupación.⁹² Estas preocupaciones son susceptibles de magnificarse si las personas de las que se interceptan las conversaciones con sus abogados también forman parte de un grupo identificable que es objeto de vigilancia generalizada. De hecho, los programas espía Pegasus y Candiru pueden haber tenido como objetivo, entre otros, a los abogados que representaban a los líderes catalanes presos, y los relatores especiales de las Naciones Unidas han denunciado este hecho concreto, señalando que, de confirmarse esta práctica, «constituiría un ataque a la independencia de los abogados y los defensores de los derechos humanos».⁹³

90 Opinión parcialmente concurrente y parcialmente disidente del Juez Pinto de Albuquerque, apartado 25.

91 Solicitud n.º 49526/15, *Association confraternelle de la presse judiciaire/ Francia*, de 26 de abril de 2017.

92 Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de mayo de 2020 (1 BvR 2835/17).

93 Mandatos del Relator Especial, nota 34 *supra*.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

V. Posibles factores de complicación al valorar el efecto de la vigilancia en los derechos humanos

En este apartado final, repasaremos brevemente algunos factores que complican la valoración de la incidencia de la vigilancia en los derechos humanos.

1. La dudosa validez de la vigilancia basada en el grupo

Una cuestión que se plantea es si la vigilancia de un grupo puede llegar a ser legal en general. La vigilancia de grupo puede emanar simplemente de que muchos integrantes individuales de un grupo sean como tales objetos de vigilancia, lo que, en su conjunto, significa que se pueda decir que un grupo está siendo vigilado; pero también puede basarse en la vigilancia del grupo como tal, en el que los individuos son controlados por el mero hecho de pertenecer al grupo. Cuanto más se aparte de un modelo de vigilancia individual, más preocupaciones por los derechos humanos se desencadenarán, por ejemplo, por comportar alguna forma de «pesca de datos» exploratoria, y dichas preocupaciones aumentarán en proporción a cualquier idea de que se esté vigilando a un grupo como tal, sobre todo alguna forma estrechamente relacionada con características minoritarias concretas.

La vigilancia de grupos ha generado preocupación a partir de la idea de que «los individuos no son objetos aislados de vigilancia»⁹⁴ y que, en la práctica, la vigilancia individual se entrelaza cada vez más con la vigilancia colectiva. En algunos casos, la vigilancia de grupos, dentro de su carácter indiscriminado, se aproxima más a la «vigilancia masiva», sobre la que el TEDH ha expresado su mayor recelo. El Tribunal declaró en el asunto *Szabó y Vissy/Hungría*, por ejemplo, que la «petición se realiza íntegramente en el ámbito del poder ejecutivo y sin una evaluación de la estricta necesidad, [...] y dada la total ausencia de medidas correctoras efectivas, por no hablar de las judiciales», se había producido una violación del artículo 8.⁹⁵ En cambio, en el caso *Kennedy*, precisamente porque la legislación británica no permitía «la recogida indiscriminada de grandes cantidades de comunicaciones», el Tribunal concluyó que no existía ninguna violación del artículo 8. En cualquier caso, el Tribunal ha insistido en el asunto *Big Brother* en que

94 Kirstie Ball *et al.*: «Regulación de la vigilancia. The Importance of Principles», Routledge Handbook of Surveillance Studies, 377 (2012).

95 Asunto *Szabó y Vissy/Hungría* (Solicitud n.º 37138/14), 12 de enero de 2016, apartado 89.

la vigilancia masiva debe ser objeto de un régimen específico de «garantías de extremo a extremo», desde la adopción de medidas de interceptación a gran escala hasta permitir una interceptación concreta, garantizando la posibilidad de una revisión *a posteriori*, ninguna de las cuales resultaron satisfactorias en este caso.⁹⁶

El problema de la vigilancia basada en grupos amplios como tipología a caballo entre la vigilancia masiva y la individualizada es potencialmente triple: primero, puede parecerse de hecho más a la vigilancia masiva que a la individual, adoptando por ello todos sus rasgos problemáticos y la mayor preocupación legal; segundo, puede indicar un ánimo discriminatorio por el que presumiblemente solo algunos grupos son vigilados en un contexto en el que, como hemos visto, los grupos vulnerables han sido objeto de vigilancia a menudo históricamente; y tercero, al confundir lo que invariablemente es un grupo diverso de individuos, no distingue entre los miembros de dichos grupos y aumenta el riesgo de que una persona caiga accidentalmente en la vigilancia. Por tanto, el enfoque en la vigilancia de grupos plantea los límites del modelo de privacidad individual, por lo demás influyente, dentro de un contexto en el que desencadena una serie mucho más amplia de violaciones de derechos.⁹⁷ Es cierto que si todos los integrantes de un grupo son sospechosos de haber cometido delitos (por ejemplo, una banda criminal), en algunas circunstancias pueden ser objeto de interceptaciones como tales. En materia de seguridad nacional, los grupos que planean atentados terroristas pueden ser objeto de vigilancia, pero esta práctica es mucho más dudosa si los grupos no están involucrados en amenazas violentas contra el Estado.

Además, el recelo ante la vigilancia de grupos se acentúa cuando se trata de determinadas categorías de personas. En Francia, por ejemplo, una ley prevé que las comunicaciones electrónicas de los parlamentarios, magistrados, abogados o periodistas en el ejercicio de sus funciones no puedan ser objeto de medidas de vigilancia por parte de los servicios de inteligencia, salvo si son estrechamente controladas por el pleno de la Commission Nationale de Contrôle des Techniques de Renseignement, encargada, bajo el control jurisdiccional del Conseil d'Etat, de velar por la proporcionalidad de tales medidas.⁹⁸ Al mismo tiempo, el Conseil constitutionnel francés se da por satisfecho con que dicho régimen no constituya en sí mismo «un ataque manifiestamente desproporcionado al derecho al respeto de la vida privada, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de la correspondencia».⁹⁹ No obstante, la ley ha sido impugnada actualmente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por carecer de sanciones adecuadas y no ser estrictamente necesaria para preservar las instituciones democráticas.

96 Véase también el asunto *Centrum För Rättvisa/ Suecia*, solicitud n.º 35252/08 de 25 de mayo de 2021.

97 Ball *et al.*: nota 94 *supra*, p. 378.

98 Artículo L. 821-7.

99 Conseil constitutionnel, Decisión n.º 2015-713-DC de 23 de julio de 2015. Traducción del autor.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

2. La (ir)relevancia de las nuevas tecnologías

Un nuevo factor que complica la valoración de las respuestas a la vigilancia ha sido el hecho de que la vigilancia cada vez se vea más facilitada por las mismas tecnologías que permiten las comunicaciones digitales. En el caso conocido como «CatalanGate», el uso del programa espía Pegasus constituía supuestamente el núcleo de la vigilancia encubierta. Muchos de los casos recientemente presentados ante el TEDH corroboran la importancia de estas nuevas formas de vigilancia que amplían los límites de su realización, así como la incomodidad ocasional de los tribunales internacionales sobre algunas dificultades que plantea. Como afirma el TEDH:

«Si bien las capacidades tecnológicas han aumentado considerablemente el volumen de las comunicaciones que atraviesan Internet, las amenazas a las que se enfrentan los Estados Contratantes y sus ciudadanos también han proliferado. Éstas incluyen, entre otras, el terrorismo global, el narcotráfico, la trata de personas y la explotación sexual de niños. Muchas de estas amenazas provienen de redes internacionales de actores hostiles con acceso a una cada vez más sofisticada tecnología que les permite comunicarse sin ser detectados. El acceso a dicha tecnología también permite que agentes estatales y no estatales hostiles alteren la infraestructura digital e incluso el correcto funcionamiento de los procesos democráticos mediante el uso de ciberataques, una seria amenaza para la seguridad que por definición existe solo en el dominio digital y como tal solo se puede detectar e investigar allí. En consecuencia, se solicita al Tribunal que lleve a cabo la evaluación de los regímenes de interceptación masiva de los Estados Contratantes, una valiosa facultad tecnológica para identificar nuevas amenazas en el dominio digital, sobre el cumplimiento del Convenio por referencia a la existencia de salvaguardas contra la arbitrariedad y el abuso, sobre la base de la limitada información sobre la forma en que operan esos regímenes».¹⁰⁰

Esto llevó al Tribunal a insistir en que «[p]or tanto, las salvaguardas son fundamentales y, sin embargo, elusivas».¹⁰¹

En principio, el TEDH, en una de sus primeras sentencias sobre la vigilancia digital «moderna», consideró que «es una consecuencia natural de las formas adoptadas por el terrorismo actual que los Gobiernos recurran a tecnologías de vanguardia para evitar tales ataques, incluida la vigilancia masiva de las comunicaciones susceptibles de contener indicios de incidentes inminentes». Por lo tanto, en principio no hay nada censurable en que los Estados adapten sus prácticas de vigilancia a la evolución de las tecnologías; afirmar lo contrario sería frustrar el propósito de la vigilancia (legal).

100 Asunto *Big Brother Watch y otros/Reino Unido*, demandas n.º 58170/13, 62322/14 y 24960/15 de 25 de mayo de 2021, apartado 323.

101 *Ibid*, apartado 322.

Por la misma razón, el Tribunal consideró que debía «examinar la cuestión sobre si el desarrollo de métodos de vigilancia que conllevan la recogida masiva de datos ha estado acompañado por un desarrollo simultáneo de garantías jurídicas que velen por asegurar el respeto de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Convenio». Efectivamente, esto supondría:

«cuestionar el objeto de los esfuerzos del Gobierno por contener el terrorismo y recuperar la confianza ciudadana en su capacidad de mantener la seguridad pública, si la amenaza terrorista fuera sustituida paradójicamente por una amenaza percibida de la intrusión sin límites de un poder ejecutivo en la esfera privada de los ciudadanos mediante técnicas y prerrogativas de vigilancia descontroladas y de amplio alcance».¹⁰²

El temor a que el Derecho no pueda mantener el ritmo de los avances tecnológicos es una constante entre los organismos internacionales. Por ejemplo, la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha preocupado porque «la legislación en materia de inteligencia y seguridad haya permanecido inadecuada frente a los desarrollos de las nuevas tecnologías, lo que permite el acceso indiscriminado y sin precedentes a datos sobre la comunicación de las personas».¹⁰³

Una de las preocupaciones en este sentido es que los Gobiernos exigen cada vez más a los proveedores de Internet, por ejemplo, la conservación y posible divulgación de metadatos de las comunicaciones de sus clientes. Estos metadatos pueden ser explotados tanto por las fuerzas del orden como por los servicios de inteligencia, ya que «las medidas de vigilancia que pueden ser necesarias y proporcionadas para un objetivo legítimo pueden no serlo para otros fines». Expresado en otros términos, no se puede presumir directamente que la vigilancia justificada dentro del marco limitado de supuestos en el contexto de la investigación penal también lo sea en el trabajo general de inteligencia, a pesar de que la falta de «limitaciones de uso» de los datos a gran escala y su transmisión «difumina significativamente» la «línea que separa la justicia penal de la protección de la seguridad nacional».¹⁰⁴

102 Asunto *Szabó y Vissy/Hungría*, solicitud n.º 37138/14 de 12 de enero de 2016, apartado 68.

103 La Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos insta a Estados Unidos a fortalecer reformas al programa de recolección de metadatos de la NSA, R50/15, de 14 de mayo de 2015.

104 ACNUDH, El derecho a la privacidad en la era digital, A/HRC/27/37, 30 de junio de 2014, apartado 27.

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

3. Vigilancia a cargo o mediada significativamente por actores privados

Una complicación importante en muchos casos de vigilancia es que, de hecho, no está claro que la vigilancia sea el resultado de la actividad del propio Estado. Al menos, puede resultar difícil probar de forma concluyente la implicación del Estado si no se constata la participación de agentes estatales o la actuación de grupos en nombre del Estado o con su aquiescencia. Puede ocurrir que, en su lugar, sea un Estado extranjero o una empresa quienes estén implicados en la vigilancia, a veces incluso de forma extraterritorial. De hecho, los Estados pueden sentirse inclinados a externalizar la vigilancia a actores privados con los que será difícil relacionarlos. Para complicar aún más las cosas, «[i]ncluso los grupos no estatales están adquiriendo, según se ha informado, sofisticados equipos de vigilancia digital», posiblemente con el riesgo de que «la vigilancia digital escape a los controles gubernamentales».¹⁰⁵ Como señala Mary Ann Franks, una de las limitaciones del «relato dominante sobre la privacidad» es su «enfoque limitado en el Gobierno como principal amenaza para la privacidad y fuente principal de vigilancia», incluso cuando los «formidables» poderes de vigilancia del Gobierno «están ahora íntimamente ligados al sector privado».¹⁰⁶ Nada de esto debería eximir a las empresas de su obligación de no participar en la vigilancia ilegal y de no ser cómplices de violaciones de derechos humanos.¹⁰⁷

La dificultad de identificar el origen de la vigilancia puede ser cierta en el caso de la vigilancia de los separatistas catalanes, a pesar de los indicios que sugieren que el marco estatal es el más pertinente. El Gobierno español ha admitido encontrarse detrás, al menos, de las 18 personas objeto de vigilancia legalmente sancionada, pero esto deja una zona gris de vigilancia de orientación similar cuya autoría no ha sido aún atribuida. Esta especie de difuminación de las fronteras entre lo privado y lo público ha dificultado la atribución de responsabilidades. Sin embargo, un Estado puede incumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, incluso contra un «grupo objetivamente identificable», aunque no pueda probarse que haya participado directamente en dicha vigilancia a través de sus agentes. En virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de proteger a las personas bajo su jurisdicción de las violaciones que puedan sufrir a manos de terceros.¹⁰⁸ De hecho, cada vez se afirma con mayor frecuencia que los Estados tienen la obligación de proteger contra la vigilancia transnacional, sobre todo en el caso de la diáspora, por parte de su Estado de origen. Así pues, razón de más para que los Estados tengan la obligación de detener la vigilancia ilegal que se produce íntegramente en su territorio.

105 A/HRC/27/37, apartado 3.

106 Franks, nota 21 *supra*, 429.

107 Véase *NSO Group, NSO, Pegasus and Human Rights*, posición de NSO de mayo de 2022.

108 Siena Anstis: «Regulating Transnational Dissident Cyber Espionage», 73 *International & Comparative Law Quarterly* 259 (2024).

En cualquier caso, a pesar de que el informe sobre el «Catalangate» de Citizen Lab no atribuyera concluyentemente la operación de hackeo a ningún Gobierno concreto, sí sugirió que recaían fuertes sospechas sobre el Estado español, que sin duda debería tener conocimiento de este tipo de operaciones llevadas a cabo bajo sus auspicios. En algunos casos de vigilancia, el TEDH ha subrayado la importancia de los deberes de supervisión. En el caso Zakharov, por ejemplo, el Tribunal mostraba preocupación porque la legislación rusa ni siquiera permite que las autoridades supervisoras descubran la interceptación realizada sin la debida autorización judicial. El control judicial era demasiado superficial y consistía básicamente en una autorización inicial, para ceder luego la supervisión al poder ejecutivo en condiciones muy poco claras. Poco podían hacer incluso los fiscales, dada su escasa independencia, su poca información sobre los pormenores de la vigilancia o la falta de facultad para destruir el material interceptado ilegalmente. La preocupación por la privatización desenfrenada de la vigilancia y la tendencia de los Estados a ponerse en situación de no poder «vigilar la vigilancia» llevó a la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, a pedir una «moratoria de la venta y transferencia de tecnología de vigilancia, [...] un régimen de exportación y de control [y] el impulso de marcos legales que aseguren la privacidad».¹⁰⁹

VI. Conclusión

La sentencia del Tribunal de 31 de enero de 2023 sigue dejando abiertas algunas cuestiones. Sigue muy centrado en los términos de la petición de decisión prejudicial del Tribunal Supremo español y, en particular, en la cuestión de si el Tribunal es siquiera competente para enjuiciar y solicitar una ODE. No obstante, leído en relación con la jurisprudencia más amplia del Tribunal en términos de excepciones a la «confianza mutua» cuando surgen cuestiones básicas de derechos humanos, apunta a la posibilidad de un motivo amplio para denegar la extradición cuando está en juego el derecho a un proceso equitativo como consecuencia de «deficiencias sistemáticas o generalizadas», sobre todo si dichas deficiencias afectan a un «grupo objetivamente identificable».

¹⁰⁹ Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Audiencia sobre las implicaciones del programa espía Pegasus, OACDH, <https://www.ohchr.org/en/statements/2021/09/committee-legal-affairs-and-human-rights-parliamentary-assembly-council-europe> (en inglés) (última visita el 14 de diciembre de 2023).

4. Frédéric Mégret, La vigilancia y el concepto de «grupo objetivamente identificable» de personas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la orden de detención europea

En este capítulo, hemos sugerido que la vigilancia dirigida contra un grupo de este tipo que pueda surgir de «deficiencias sistemáticas o generalizadas» más amplias en la supervisión, sobre todo, de los servicios de inteligencia, posiblemente erosione el derecho a un proceso equitativo, especialmente la confidencialidad de las comunicaciones con los abogados. También puede sugerir un elemento discriminatorio e incluso persecutorio general que, por sí solo, puede suscitar dudas sobre la posibilidad misma de un proceso equitativo, aunque debería basarse en sospechas concretas que afecten, por ejemplo, a la independencia o la imparcialidad de los jueces.

En resumen, los patrones de vigilancia de ciertos grupos que también están estrechamente relacionados con ciertas minorías que constituyen estos grupos pueden ser un precedente interesante para la jurisprudencia en evolución del TJUE en materia de ODE. Dada la ubicuidad y el carácter nefasto de la vigilancia, esto plantea nuevas cuestiones intensas sobre la posibilidad de confianza mutua en el contexto de la extradición, incluso entre Estados por lo demás democráticos.

Capítulo 5

Violaciones de derechos políticos y el movimiento independentista catalán como «grupo objetivamente identificable»

Nico Krisch

Catedrático de Derecho Internacional y director del Departamento de Derecho Internacional, Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Ginebra.

I. Introducción

En una época de declive democrático, los derechos políticos están especialmente amenazados. Para mantenerse en el poder, los gobernantes autoritarios retocan la normativa electoral, tratan de inhabilitar a los candidatos de la oposición y a menudo intentan influir en los medios de comunicación y la prensa. Los desafíos a los derechos políticos van desde medidas sutiles –como, por ejemplo, normas sobre la financiación de organizaciones no gubernamentales– hasta ataques directos, como la prohibición de determinados partidos. Los autócratas contemporáneos no suelen urdir golpes de Estado o abolir la celebración de elecciones; se limitan a modificar las condiciones y el funcionamiento de las elecciones para asegurarse la victoria.¹

Los grupos vulnerables se enfrentan a riesgos especiales en materia de derechos políticos. Incluso en países nominalmente democráticos, se enfrentan desde hace tiempo a medidas discriminatorias. Las mujeres fueron marginadas en muchos países hasta bien entrado el siglo XX. En uno de los feudos de la democracia, Estados Unidos, la población negra se ha topado durante mucho tiempo con obstáculos formales o prácticos a su participación efectiva en la política y las elecciones. Los grupos indígenas han sido a menudo excluidos de los procesos políticos, mientras que otras minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a lo largo y ancho del planeta llevan mucho tiempo luchando por una representación efectiva.

Sobre este telón de fondo, el presente capítulo indaga en las formas concretas de amenaza a los derechos políticos de «grupos objetivamente identificables». Si nos centramos en las «deficiencias que afecten a un grupo objetivamente identificable de personas» en materia de derechos humanos –tema central de este volumen–, los derechos políticos merecen especial atención porque son fundamentales para que dichos grupos logren hacer oír su voz en el proceso político, influir en la toma de decisiones políticas y, por consiguiente, evitar su discriminación también en otros ámbitos. En el apartado II de este capítulo se determina cómo tales deficiencias se reflejan en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, con vistas a esclarecer los tipos de retos a los que se enfrentan los grupos vulnerables.

En el apartado III, el capítulo se centra en el caso particular del movimiento independentista catalán, haciendo un repaso de los diferentes tipos de injerencias en los derechos políticos de los miembros del movimiento desde el referéndum de independencia de 2017. Estas injerencias van desde limitaciones para celebrar referéndums y la disolución del Parlamento catalán hasta obstáculos prácticos a la expresión política y

1 Véase Nancy Bermeo: «On Democratic Backsliding», 27 *Journal of Democracy* 5 (2016); Kim Lane Scheppele: «Autocratic Legalism», 85 *University of Chicago Law Review* 545 (2018).

la inhabilitación de dirigentes políticos. A continuación, el apartado IV analiza dichos retos desde la perspectiva del Derecho internacional y europeo de los derechos humanos con el fin de evaluar hasta qué punto podemos, en este ámbito, hablar de deficiencias en materia de derechos humanos que afectan al movimiento independentista catalán como «grupo objetivamente identificable». El panorama que aquí se presenta es, en efecto, de violación sistemática y discriminatoria de los derechos políticos de muchos miembros del grupo (y, especialmente, de sus líderes). En consecuencia, las violaciones individuales no deben considerarse de forma aislada, sino que deben dar lugar a un mayor grado de recelo y escrutinio en lo que respecta a las restricciones generalizadas impuestas a los miembros del movimiento.

II. Derechos políticos y grupos vulnerables en la jurisprudencia internacional

En Derecho internacional de los derechos humanos los «derechos políticos» se dividen en dos grupos.² Uno afecta a los derechos políticos en sentido estricto: el derecho a votar, a presentarse a elecciones y a ocupar cargos públicos. Estos derechos están relacionados con las garantías democráticas básicas: en palabras de la Declaración Universal de Derechos Humanos, «[l]a voluntad del pueblo [como] la base de la autoridad del poder público» y «elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto». Existen algunas variaciones en los derechos protegidos por los distintos instrumentos internacionales: así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas en sentido amplio, mientras que el Convenio Europeo de Derechos Humanos se limita al derecho de sufragio activo y pasivo. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea protege estos últimos derechos con vistas a las elecciones municipales y las elecciones al Parlamento Europeo, un ámbito limitado debido a la naturaleza particular de la Carta, que se refiere principalmente a las actividades de la propia Unión Europea.

2 Véase, en general, Walter Kälin y Jörg Künzli: «*The Law of International Human Rights Protection*» (2.ª edición), Oxford University Press 2019, capítulo 17.

Sin embargo, estos derechos fundamentales solo tienen sentido si también se garantizan otros derechos: derechos políticos en un sentido más amplio, que incluyen, en particular, la libertad de opinión y de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación. Está protegidos de forma similar por los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, con algunas variaciones en cuanto al ámbito preciso de la protección y los requisitos para su limitación. En la mayoría de los contextos, sin embargo, estas limitaciones solo son admisibles si cumplen requisitos estrictos de necesidad y proporcionalidad, sobre todo en relación con el discurso político.³ A continuación, nos centraremos en los derechos políticos en sentido estricto, si bien también tendremos en cuenta la libertad de expresión y de reunión.

En la jurisprudencia de los tribunales y órganos cuasijudiciales internacionales de derechos humanos como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las cuestiones de derechos políticos constituyen una parte relativamente pequeña en términos cuantitativos, pero los casos en los que se plantean suelen ser destacados. Esto adquiere mayor importancia en el contexto de un amplio declive democrático en Europa, Estados Unidos y otras partes del mundo donde las violaciones de los derechos políticos se convierten en indicadores de serios problemas en los procesos democráticos. La decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2022 relativa al expresidente brasileño (y ahora de nuevo presidente) Lula da Silva es quizá el mejor ejemplo: en ella, el Comité consideró que la sentencia condenatoria de Lula y su consiguiente exclusión de las elecciones presidenciales de 2018 habían sido arbitrarias y violaban sus derechos civiles y políticos, planteando cuestiones más amplias sobre la función de la fiscalía y la judicatura en el sistema político de Brasil.⁴

Aunque la jurisprudencia sobre derechos políticos se refiere en parte a problemas que afectan a individuos concretos –por ejemplo, restricciones del derecho de voto debidas a procesos penales o exigencias de residencia⁵– muchos casos se refieren a problemas que afectan a grupos concretos. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede destacarse una línea de resoluciones relativas al derecho de voto de los presos, cuestión que ha cobrado especial relevancia a raíz del caso *Hirst* en el Reino Unido.⁶ Asimismo, varias sentencias importantes se refieren a la pérdida

3 Véase David Banisar, capítulo 3 de este volumen.

4 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité DD. HH), Dictamen de 17 de marzo de 2022, Com. n.º 2841/2016, *Lula da Silva/Brasil*.

5 Véase, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sentencia de 1 de julio de 2004, *Vito Sante Santoro/Italia*, Demanda n.º 36681/97; sentencia de 7 de mayo de 2013, *Shindler/Reino Unido*, Demanda n.º 19840/09.

6 TEDH [GS], sentencia de 6 de octubre de 2005, *Hirst/Reino Unido* (n.º 2), Demanda n.º 74025/01. Véase también TEDH [GS], sentencia de 22 de mayo de 2012, *Scoppola/Italia* (n.º 3), Demanda n.º 126/05.

del derecho de voto de los ciudadanos con discapacidad psíquica, especialmente los sujetos a tutela.⁷

Sin embargo, la jurisprudencia más pertinente en nuestro contexto se refiere a los derechos políticos de los miembros de determinados grupos que se distinguen de la sociedad mayoritaria o son distinguidos por ella debido a ciertas características sociales, étnicas, religiosas o políticas. En este sentido, muchos casos de violación de los derechos políticos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están relacionados con la pertenencia a tales grupos, con respecto al derecho de sufragio tanto activo como pasivo. El asunto más destacado en este contexto es el de *Sejdić y Finci/Bosnia-Herzegovina* (2009), en el que los ciudadanos que no declaraban su pertenencia a uno de los tres pueblos constituyentes de Bosnia-Herzegovina no podían ser elegidos para ser diputados de una cámara parlamentaria. El Tribunal consideró que se trataba de una violación del derecho de sufragio pasivo, y destacó que el margen de apreciación de los Estados miembros –por lo general relativamente amplio en lo que respecta al derecho a ser elegido– era mucho más estrecho en los casos de grupos concretos: «cuando una diferencia de trato se basa en la raza, el color o el origen étnico, la noción de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible».⁸

Este mayor nivel de escrutinio se hace visible también en los casos de regímenes especiales de voto para las minorías. Por ejemplo, en el asunto *Bakirdzi/Hungría* (2022), el Tribunal concluyó que se había producido una violación del derecho de voto, en conjunción con el derecho a no sufrir discriminación, como consecuencia de un régimen electoral en Hungría que limitaba la capacidad de los votantes inscritos como electores pertenecientes a una minoría nacional de votar a determinados partidos y establecía un umbral numérico excesivamente alto para la obtención de un escaño parlamentario por dichos partidos.⁹ Por el contrario, en *Die Friesen/Alemania* (2016), el establecimiento de un umbral mínimo de votos para entrar en el Parlamento no se consideró discriminatorio, ya que situaba a los partidos minoritarios en pie de igualdad con los demás. En opinión del Tribunal, el Convenio Europeo de Derechos Humanos –incluso si se lee conjuntamente con el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales– no obliga a los Estados a establecer una discriminación positiva en favor de las minorías.¹⁰

Muchos casos de violación de los derechos individuales también están vinculados, si bien de forma menos explícita, a la pertenencia a un determinado grupo (étnico, religioso

7 Véase, por ejemplo, TEDH, sentencia de 20 de mayo de 2010, *Alajos Kiss/Hungría*, Demanda n.º 38832/06.

8 TEDH [GS], sentencia de 22 de diciembre de 2009, *Sejdić and Finci/Bosnia-Herzegovina*, Demandas n.º 27996/06 y 34836/06, apartado 44.

9 TEDH, sentencia de 10 de noviembre de 2022, *Bakirdzi/Hungría*, Demandas n.ºs 49636/14 y 65678/14.

10 TEDH, sentencia de 28 de enero de 2016, *Partei Die Friesen/Alemania*, Demanda n.º 65480/10.

o lingüístico). Esto resulta visible en el caso *Selahattin Demirtas/Turquía* (nº 2), resuelto por la Gran Sala del Tribunal en 2020. El demandante era diputado del Parlamento turco por el partido prokurdo HDK y había sido detenido por supuesta pertenencia a una organización terrorista. El Tribunal consideró que se había violado su derecho a presentarse a las elecciones, su libertad de expresión y su derecho a un proceso con las debidas garantías. Destacó la íntima conexión entre la libertad de expresión y los derechos políticos en sentido estricto, y reiteró el elevado umbral que debe respetar el Estado para censurar la libertad de expresión de los representantes políticos:

«[s]i bien la libertad de expresión de los representantes del pueblo no es de naturaleza absoluta, es particularmente importante proteger las declaraciones que realizan, sobre todo si son miembros de la oposición. En este sentido, el Tribunal admite, no obstante, que puede haber límites, particularmente para evitar llamamientos directos o indirectos a la violencia. Dicho esto, el Tribunal siempre deberá llevar a cabo una revisión estricta para comprobar que la libertad de expresión sigue estando garantizada».¹¹

El Tribunal también destacó la necesidad de que los tribunales nacionales ponderen cuidadosamente los intereses en juego, en caso de privación de libertad de representantes elegidos, valoren especialmente «si las acusaciones tienen un fundamento político».¹²

Similares principios se aplican a las restricciones o incluso a las prohibiciones de los partidos políticos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele tratarlas como restricciones a la libertad de asociación, y solo en segundo lugar como restricciones al derecho de sufragio pasivo, aunque tiende a subrayar la naturaleza interrelacionada de ambas. Solo acepta restricciones severas a un partido si este utiliza o pretende utilizar medios ilícitos y violentos o si persigue un programa que tiene como objetivo una sociedad no democrática. En varios casos, el Tribunal ha constatado una violación del Convenio cuando las autoridades han considerado que el programa de un partido amenaza la integridad territorial del Estado y fomenta el separatismo de un grupo de la población. En opinión del Tribunal, no puede haber ninguna justificación para restringir el trabajo de un grupo político que respete los principios democráticos fundamentales por el mero hecho de criticar el orden constitucional y jurídico del país y de buscar un debate público en el ámbito político.¹³ Según el Tribunal:

«Forma parte de la esencia de la democracia el permitir la presentación y el debate de proyectos políticos diversos, incluso de aquellos que cuestionan el

11 TEDH [GS], sentencia de 22 de diciembre de 2020, *Selahattin Demirtas/Turquía* (nº 2), Demanda n.º 14305/17, apartado 384.

12 *Ibid.*, apartado 389.

13 TEDH [GS], sentencia de 30 de enero de 1998, *Partido Comunista Unido de Turquía y otros/Turquía*, Demanda n.º 133/1996/752/951, apartado 57.

modelo actual de organización de un Estado, siempre que no tengan como objetivo la vulneración de los propios principios democráticos».¹⁴

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es más limitada en términos cuantitativos, pero sigue líneas similares en cuanto al fondo. El derecho a la participación política consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de las Naciones Unidas –que el Comité se ocupa de interpretar y supervisar– es más amplio que en el Convenio Europeo, en parte porque incluye el derecho a participar en los asuntos públicos y porque el derecho de elegir y ser elegido no se limita al poder legislativo, sino que se extiende a otros cargos. El Comité definió las líneas maestras de interpretación ya en 1996, en su Observación General n.º 25.¹⁵

Muchos de los casos presentados ante el Comité de Derechos Humanos se refieren a medidas tomadas contra políticos o partidos de la oposición para impedir que desafíen a las autoridades estatales o titulares de cargos públicos. Debido al ámbito geográfico de su jurisdicción, que abarca los 174 Estados Partes del PIDCP y 116 de ellos para comunicaciones individuales, los casos que se le presentan engloban un abanico de métodos represivos mucho más amplio que en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un buen ejemplo es el caso de Mohamed Nasheed, expresidente de las Maldivas, que se vio obligado a dimitir y al que se impidió presentarse de nuevo a las elecciones como consecuencia de una condena por el delito de terrorismo en un juicio sumario y sin las debidas garantías procesales, donde el Comité consideró que se habían vulnerado los derechos políticos que asistían al demandante.¹⁶ Otros casos recientes se refieren a la disolución de partidos de la oposición en lugares como Corea del Sur y Yibuti, o el encarcelamiento de políticos disidentes en Bielorrusia.¹⁷

Una particularidad de los derechos políticos consagrados en el Pacto se deriva del hecho de que se entiende que están «relacionados con el derecho de los pueblos a la libre determinación, aunque son distintos de él»¹⁸; el propio derecho de libre determinación

14 Véase TEDH [GS], sentencia de 25 de mayo de 1998, *Partido Socialista y otros/Turquía*, Demanda n.º 20/1997/804/1007, apartado 47. Véase también TEDH [GS], sentencia de 8 de diciembre de 1999, *Partido de la Libertad y la Democracia (ÖZDEP)/Turquía*, Demanda n.º 23885/94; sentencia de 20 de octubre de 2005, *The United Macedonian Organisation Ilinden - PIRIN and Others/Bulgaria*, Demanda n.º 59489/00.

15 Comité de Derechos Humanos, *Observación General n.º 25*, 27 de agosto de 1996, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

16 Comisión de Derechos Humanos, dictamen de 4 de mayo de 2018, *Nasheed/Maldivas*, Com. n.º 2270/2013 y 2851/2016.

17 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, dictamen de 17 de junio de 2021, *Lee y otros/Corea*, Com. n.º 2809/2016; dictamen de 4 de noviembre de 2020, *Farah/Yibuti*, Com. n.º 3593/2019; dictamen de 26 de octubre de 2021, *Adamovich/Belarús*, Com. n.º 2619/2015. Desde entonces, Bielorrusia ha retirado su aceptación de comunicaciones individuales.

18 Observación General n.º 25, n. 15 *supra*, apartado 2.

está garantizado por el artículo 1 del Pacto. Mientras que la autodeterminación se interpreta como un derecho colectivo de los «pueblos», los derechos políticos recogidos en el Pacto son derechos individuales, y solo sobre la base de tales derechos individuales pueden presentarse demandas ante el Comité de Derechos Humanos. Sin embargo, ambos afectan en general a las mismas cuestiones, y su estrecha relación se ha puesto de manifiesto en casos recientes relacionados con los sami de Finlandia. En este caso, el Comité conectó ambos al sostener que las decisiones judiciales en cuestión, que definían el ámbito de la comunidad sami, afectaban a los derechos de los demandantes «y al de la comunidad sami, a la que pertenecen, a participar en el proceso electoral para la institución cuya finalidad, según el Estado parte, es velar por un proceso efectivo de libre determinación interna, así como por el derecho del pueblo indígena sami a su idioma y cultura propios».¹⁹ Como cuestión de principio, el Comité ha remarcado que

«el artículo 27 del Pacto [que protege a las minorías], interpretado a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el artículo 1 del Pacto, consagra el derecho inalienable de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural».²⁰

Con respecto a los pueblos indígenas, el Comité también ha reconocido los derechos políticos de los miembros de determinadas comunidades a partir de la protección de las minorías en el Pacto, leído en conjunto con el derecho de autodeterminación, de alcance más colectivo, y la Declaración de las Naciones Unidas. A este respecto, ha afirmado que «es de fundamental importancia que las medidas que comprometan o interfieran con las actividades económicas de valor cultural de una comunidad indígena hayan sido sometidas al consentimiento libre, previo e informado de los miembros de la comunidad».²¹

En conjunto, y pese a las diferencias en los detalles, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dotado de mucha concreción a los derechos políticos protegidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, y se ha vuelto cada vez más sensible a la variedad de posibles amenazas, tanto formales como informales, a tales derechos. También han mostrado una mayor disposición a realizar un seguimiento más estricto

19 Comité de DD. HH, Dictamen de 2 de noviembre de 2018, *Klemetti Käkkäläjärvi y otros/Finlandia*, 2018, Com. n.º 2950/2017, apartado 9.11. Véase también Comité de DD. HH, Dictamen de 1 de noviembre de 2018, *Sanila-Aikio/Finlandia*, Com. n.º 2668/2015.

20 *Klemetti Käkkäläjärvi y otros/Finlandia*, *ibid.*, apartado 9.8; *Sanila-Aikio/Finlandia*, *ibid.*, apartado 6.8.

21 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 21 de septiembre de 2022, *Pereira y los demás miembros de la comunidad indígena Campo Agua'ê /Paraguay*, Com. n.º 2552/2015, apartado 8.7. Véase también Comité de Derechos Humanos, dictamen de 27 de marzo de 2009, *Poma Poma/Perú*, Com. n.º 1457/06.

de casos en los que las restricciones de los derechos políticos parecen dirigirse de forma discriminatoria contra determinados grupos religiosos, lingüísticos o étnicos. En términos más generales, estos organismos internacionales han prestado especial atención a casos que afectan a la oposición política y a medidas adoptadas para limitar su capacidad de actuar eficazmente, también en conjunción con injerencias en la libertad de expresión, de reunión o de asociación.

III. Restricciones de derechos políticos y el movimiento independentista catalán

En el contexto del movimiento independentista catalán, los derechos políticos han sufrido una fuerte presión política como consecuencia de los esfuerzos de España para impedir un referéndum de independencia. Si bien es posible que los Estados no estén generalmente obligados a permitir referéndums sobre cuestiones de interés público, podría decirse que esta obligación emana del derecho de participación política, leído junto con el derecho de autodeterminación de los pueblos cuando este está involucrado.²² Sin embargo, en el contexto catalán, en el último decenio han surgido muchos otros aspectos relacionados con los derechos políticos. Aunque no se ha llegado a una prohibición formal de partidos políticos, el resultado en conjunto se acerca a dicha prohibición. A finales de 2017, la vicepresidenta del Gobierno español proclamó que el objetivo del Gobierno era «descabezar» y «liquidar» el movimiento independentista catalán,²³ y la multitud de medidas represivas que ha adoptado el Estado español impusieron, en efecto, serias restricciones sobre la capacidad de las personas, los partidos políticos y las asociaciones de la sociedad civil para hacer activismo político a favor de la independencia de Cataluña.²⁴

22 Para una visión general del debate, véase Daniel Moeckli y Nils Reimann: «Independence Referendums in International Law», *Research Handbook on Secession* (Edward Elgar Publishing 2022).

23 «Saénz de Santamaría dice que Rajoy ha dejado a ERC y JxCat “descabezados”», *El País*, 16 de diciembre de 2017.

24 Para una visión general de los acontecimientos y las medidas represivas, véase Torbisco Casals, capítulo 1 de este volumen.

A continuación, se ofrece una visión general de las diferentes restricciones de los derechos políticos antes de pasar, en el siguiente apartado, a valorar estos derechos con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos. Por razones de espacio, nos centraremos en los acontecimientos más pertinentes que sucedieron tras el referéndum independentista del 1 de octubre de 2017.²⁵ No vamos a entrar en cuestiones de vigilancia, que también afectan al ejercicio de los derechos políticos, ya que se tratan de manera pormenorizada en otra parte de este volumen.²⁶

1. Disolución del Parlamento catalán

El 27 de octubre de 2017, en respuesta a la declaración de independencia de Cataluña, el Gobierno español, con la aprobación del Senado, aplicó el artículo 155 de la Constitución española y disolvió el Parlamento de Cataluña. El artículo 155 establece que si una Comunidad Autónoma «no cumpliere las obligaciones que la Constitución [...] le imponga[...] o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España», el Gobierno podrá «adoptar las medidas necesarias para obligar a [la Comunidad Autónoma] al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general».²⁷ El Gobierno interpretó que este precepto le permitía asumir las competencias del Gobierno autonómico y disolver el parlamento; esta interpretación fue ratificada posteriormente por el Tribunal Constitucional español.²⁸ Con esta disolución, el Gobierno interfería en el derecho de sufragio activo y pasivo del Parlamento de Cataluña al anular el resultado de las elecciones.

2. Obstáculos a las candidaturas al Parlamento de Cataluña

En octubre y noviembre de 2017, poco después del referéndum y de la declaración de independencia, varios políticos y líderes de la sociedad civil fueron acusados del delito de

25 Para un análisis de los acontecimientos anteriores, especialmente en torno a la consulta de 2014, véase Jean-Paul Costa y otros: «Judicial Controls in the Context of the 1 October Referendum» (2017) <<https://www.parlament.cat/document/intrade/263211>>.

26 Véase Mégret, capítulo 4 de este volumen.

27 Constitución española, artículo 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, sentencia de 2 de julio de 2019, STC 89/2019.

rebelión y detenidos en prisión preventiva. Tras la convocatoria de nuevas elecciones al Parlamento de Cataluña para finales de diciembre de 2017, algunos detenidos anunciaron su candidatura e intentaron hacer campaña para ser elegidos o reelegidos. Sin embargo, sus solicitudes de salir de prisión para participar en mítines electorales fueron denegadas, así como la posibilidad de participar en campaña a través de herramientas digitales alegando un supuesto riesgo para la seguridad, especialmente de reincidir en los delitos de los que se les acusaba. Estas decisiones de las autoridades penitenciarias fueron ratificadas por los tribunales competentes²⁹ y constituyeron una injerencia en el derecho de sufragio pasivo.

3. Obstáculos a la elección a la Presidencia del Gobierno de Cataluña

Tras las elecciones, ganadas por los partidos independentistas, el recién constituido Parlamento de Cataluña asistió a varios intentos de investidura del presidente del Gobierno autonómico, la Generalitat, abortados por medidas adoptadas por diferentes órganos del Estado español.

En primer lugar, a instancias del Gobierno español, el Tribunal Constitucional prohibió al Parlamento de Cataluña celebrar una sesión para reelegir al Sr. Carles Puigdemont, que había sido presidente antes de ser depuesto cuando el Gobierno español estableció el gobierno directo a finales de octubre de 2017. Al igual que otros exmiembros del Gobierno de Cataluña, se había exiliado a Bruselas (Bélgica), al ser acusado de rebelión, enfrentándose a una detención inmediata si regresaba a España. El Tribunal Constitucional prohibió la sesión parlamentaria en la que debía ser investido, argumentando que tal investidura exigía la presencia física del candidato, aunque tal requisito no constara explícitamente en el Estatuto de Autonomía ni en el reglamento del Parlamento.³⁰

La investidura del siguiente candidato propuesto por la mayoría parlamentaria, el Sr. Jordi Sànchez, también fue truncada por las autoridades españolas. El Sr. Sànchez, antiguo líder de la ONG Asamblea Nacional Catalana, había sido detenido en octubre de 2017 por su papel en una manifestación independentista y se encontraba en prisión preventiva. Su solicitud para salir de prisión y asistir a la sesión parlamentaria de investidura, con el fin de cumplir el requisito de presencia física establecido por el Tribunal Constitucional, fue rechazada por las autoridades penitenciarias, denegación

29 Por ejemplo, Tribunal Supremo, auto de 15 de febrero de 2018, Causa especial n.º 20907/2017.

30 Tribunal Constitucional, auto de 27 de enero de 2018, n.º 5/2018. Véase Sam Jones and Stephen Burgen: «Catalan parliament delays vote on leader but backs Puigdemont», *The Guardian*, 30 de enero de 2018.

que fue confirmada posteriormente por los tribunales competentes.³¹ La situación ni siquiera cambió después de que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendara medidas cautelares exigiendo que España respetara los derechos políticos del solicitante consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³²

También se frustró un tercer intento de elegir al presidente de la Generalitat. El Sr. Jordi Turull, exconsejero del Gobierno catalán, se encontraba entre los detenidos tras la declaración de independencia, pero había sido puesto en libertad a principios de diciembre de 2017. A mediados de marzo de 2018, cuando quedó claro que ni el Sr. Puigdemont ni el Sr. Sánchez podrían ser investidos, este fue propuesto como candidato. En la primera votación de investidura, el 22 de marzo, no logró por poco la mayoría necesaria; la segunda votación estaba prevista para el 24 de marzo. Sin embargo, el juez instructor del Tribunal Supremo español le ordenó comparecer ante el tribunal el 23 de marzo, momento en el que el Sr. Turull fue detenido para su ingreso como preso preventivo.³³ Como en el caso del Sr. Sánchez, esto le impidió estar físicamente presente en la siguiente sesión parlamentaria, por lo que su investidura también fracasó.³⁴

En los tres casos, las medidas de las instituciones españolas constituyeron una grave injerencia en el derecho de los candidatos a participar en la dirección de los asuntos públicos, garantizado por el artículo 25, letra a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

4. Suspensión de diputados del Parlamento de Cataluña

En marzo de 2018, el juez instructor del Tribunal Supremo decidió imputar formalmente por rebelión y otros delitos a trece acusados, entre exconsejeros de la Generalitat y activistas de la sociedad civil. De acuerdo con lo anterior, en julio de 2018, también ordenó al Parlamento de Cataluña que suspendiera de su cargo a los seis acusados que tenían la condición de diputados.³⁵ Esta suspensión de funciones estaba prevista en la

31 Tribunal Supremo, auto de 9 de marzo de 2018, Causa especial n.º 20907/2017. ESP???. Véase Sam Jones: «Catalan leader cannot leave jail to attend debate, court rules», *The Guardian*, 9 de marzo de 2018.

32 Comité de Derechos Humanos, Decisión de 23 de marzo de 2018, *Jordi Sánchez/España*, Com. n.º 3160/2018. Las medidas cautelares fueron consideradas ampliamente improcedentes en la siguiente resolución del juez de instrucción: Tribunal Supremo, auto de 12 de abril de 2018, Causa especial n.º 20907/2017.

33 Tribunal Supremo, auto de 23 de marzo de 2018, Causa especial n.º 20907/2017.

34 Véase Sam Jones: «Spanish court remands Catalan presidential candidate in custody», *The Guardian*, 23 de marzo de 2018.

35 Tribunal Supremo, auto de 9 de julio de 2018, Causa especial n.º 20907/2017.

Ley de Enjuiciamiento Criminal como consecuencia automática de una acusación de rebelión en los casos en que la acusación formal de un delito de rebelión comportara la prisión provisional del acusado.³⁶ En consecuencia, se impidió a los acusados en cuestión ejercer su cargo, lo que supone una injerencia en su derecho a ser elegidos (que incluye el ejercicio del cargo para el que han sido elegidos) y en los derechos de los votantes que los eligieron.

5. Obstáculos al ejercicio del cargo de eurodiputados

Para las elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2019, varios de los exmiembros de la Generalitat presentaron sus candidaturas, entre ellos el expresidente Sr. Puigdemont, el vicepresidente Sr. Junqueras y dos exconsejeros, el Sr. Antoni Comín y la Sra. Clara Ponsatí. Fueron elegidos por voto popular, pero la Junta Electoral se negó a inscribirlos en la lista de candidatos electos por no haber comparecido ante la Junta para prestar juramento de acatamiento de la Constitución española.³⁷ Esta comparecencia era imposible en el caso del Sr. Junqueras porque permanecía en prisión preventiva; así como en los casos del Sr. Puigdemont y el Sr. Comín, que se encontraban en el exilio y que habrían sido detenidos al entrar en territorio español. No obstante, el Parlamento Europeo los trató como eurodiputados desde el momento de su elección, y los Sres. Puigdemont y Comín participaron en sus trabajos. Al Sr. Junqueras, sin embargo, se le denegó un permiso para salir de prisión con el fin de asistir a las sesiones parlamentarias.³⁸ En octubre de 2019, el Tribunal Supremo español condenó al Sr. Junqueras a trece años de prisión y le inhabilitó para el ejercicio de cargo público durante ese mismo periodo, impidiéndole asumir su escaño en el Parlamento Europeo.³⁹

En cuanto a los señores Puigdemont y Comín, el juez instructor solicitó en enero de 2020 al Parlamento Europeo que suspendiera su inmunidad para que pudieran ser juzgados por tribunales españoles. En marzo de 2021, el Parlamento accedió a dicha petición.⁴⁰ El recurso contra la decisión del Parlamento fue rechazado por el Tribunal General de la

36 Ley de Enjuiciamiento Criminal española, artículo 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 y Javier Casqueiro: «La Junta Electoral confirma que Puigdemont, Junqueras y Comín no pueden ser eurodiputados», *El País*, 21 de junio de 2019.

38 Sam Jones: «Spanish court blocks jailed Catalan leader from joining EU parliament», *The Guardian*, 14 de junio de 2019.

39 Tribunal Supremo, sentencia de 14 de octubre de 2019, Sentencia n.º 459/2019.

40 Parlamento Europeo, Decisión de 9 de marzo de 2021, 2020/2024(IMM).

Unión Europea en julio de 2023;⁴¹ el recurso de apelación sigue pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia de la UE.

En estos casos, aun diferentes, tanto la actuación de la Junta Electoral española como la del Tribunal Supremo, así como la del Parlamento Europeo al levantar la inmunidad, interfirieron en el derecho de sufragio pasivo, que incluye el ejercicio del cargo parlamentario una vez elegido. Como ha aclarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la garantía del derecho de sufragio activo y pasivo consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se extiende al Parlamento Europeo en el ejercicio de sus funciones legislativas, como exige el artículo 3 del Protocolo n.º 1 del Convenio.⁴²

6. Inhabilitaciones para el ejercicio de cargos públicos relacionadas con el referéndum

Con la sentencia penal de octubre de 2019, el Tribunal Supremo español condenó a doce políticos y activistas de la sociedad civil catalanes a penas de prisión de hasta trece años. Once de ellos fueron inhabilitados para ejercer cargos públicos por un periodo de entre uno y trece años.⁴³ Las sentencias se basaban en los delitos de sedición, malversación de caudales públicos y desobediencia. En todos los casos, los delitos imputados se derivaban de la participación de los acusados en la campaña y organización del referéndum de independencia y el intento de lograr la independencia de Cataluña. El Tribunal consideró que el desarrollo y ejecución conjuntos de un plan para crear presión pública a favor de la independencia y efectuar así un cambio en el orden constitucional español, constituía sedición. Apreció desobediencia en el hecho de que los cargos públicos acusados continuaran participando en el referéndum a pesar de que había sido declarado ilegal por el Tribunal Constitucional. Y consideró malversación de caudales públicos los gastos originados por la organización del referéndum, a pesar de que los fondos utilizados para este fin tuvieran, en su totalidad o al menos predominantemente, origen privado.

Estas sentencias interfirieron en los derechos de los condenados de diversas maneras, coartando desde el derecho a la libertad personal hasta el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión en lo que se refiere a los actos que motivaron la condena. Además, las inhabilitaciones también constituyeron una injerencia en los derechos políticos de los afectados, dado que les imposibilitaba presentarse como candidatos a las elecciones durante un periodo de tiempo considerable.

41 Tribunal General de la Unión Europea, sentencias de 5 de julio de 2023, *Puigdemont i Casamajó y otros/Parlamento Europeo*, Asuntos T-115/20 y T-272/21.

42 TEDH, sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews/Reino Unido*, Demanda n.º 24833/94, apartado 44.

43 Tribunal Supremo, nota 39 *supra*.

Las inhabilitaciones no quedaron cubiertas por los indultos concedidos por el Gobierno español en 2021 a nueve líderes independentistas. Estos indultos solo afectaban a las penas de prisión pendientes (tras más de tres años de encarcelamiento), pero no a otras medidas punitivas.⁴⁴ Asimismo, la revisión del Código Penal español, que suprimió el delito de sedición (al tiempo que incrementaba las penas por otros delitos contra el orden público), solo afectaba a algunas de las restricciones de los derechos políticos.⁴⁵ Para cuatro líderes independentistas, el Tribunal Supremo español confirmó la condena por supuesta malversación de caudales públicos y mantuvo la duración original de la inhabilitación, impidiendo que algunos de ellos vuelvan a presentarse a elecciones hasta 2031.⁴⁶

7. Inhabilitación por actos de campaña electoral

En diciembre de 2019, el entonces presidente de la Generalitat, Quim Torra, fue inhabilitado por desobediencia en un contexto distinto por una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Se mantuvo en el cargo hasta septiembre de 2020, cuando el Tribunal Supremo español desestimó su recurso.⁴⁷ Esta inhabilitación de dieciocho meses tuvo su origen en la negativa de Torra a retirar de edificios de la Generalitat símbolos que supuestamente vulneraban la necesaria neutralidad de la administración pública durante las campañas electorales, tal y como se lo había ordenado la Junta Electoral Central española de cara a las elecciones legislativas de abril de 2019. Entre estos símbolos se encontraban esteladas (bandera independentista catalana), y grandes lazos amarillos y pancartas que pedían la liberación de los líderes independentistas catalanes en cuanto presos políticos. Las alegaciones del Sr. Torra de que estos símbolos no vulneraban la neutralidad, pues se limitaban a hacer un llamamiento al respeto de los derechos humanos, fueron rechazadas por los tribunales.

Esta inhabilitación interfirió en el derecho del Sr. Torra a presentarse a las elecciones y a participar en los asuntos públicos, así como en su derecho a la libertad de expresión.

44 La Moncloa: *Concesión de indultos a condenados en el juicio del proceso*, de 22 de junio de 2021, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/220621-enlace-indultos.aspx>.

45 Ley orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, *Boletín Oficial del Estado* 2022, art. 1, p. 179570.

46 Tribunal Supremo, auto de 13 de febrero de 2023, Auto n.º 20107/2023.

47 Tribunal Supremo, sentencia de 28 de septiembre de 2020, Recurso de casación n.º 203/2020.

8. El efecto de la Ley de Amnistía de 2023

Si finalmente se aprueba, la ley de amnistía presentada en el Congreso español en noviembre de 2023 suprimirá la responsabilidad penal por los actos mencionados anteriormente. A diferencia de los indultos y de la reforma del Código Penal, no solo afectará a las penas de prisión o las multas, sino también a la inhabilitación para ejercer cargos públicos. Sin embargo, la Ley de Amnistía tendrá vigencia en el futuro, pero no podrá reparar el grave daño infligido en los derechos políticos en el pasado, ni prevé indemnizaciones u otras formas de reparación por violaciones pasadas.⁴⁸

IV. La violación de los derechos políticos en el caso catalán: evaluación y jurisprudencia

En conjunto, las restricciones impuestas por el Estado español en respuesta al referéndum de independencia de Cataluña constituyen una injerencia masiva en los derechos políticos. Incluyen la disolución del Parlamento regional, la destitución de la Generalitat de Cataluña, el impedimento de la elección de tres candidatos a la presidencia de la Generalitat, la inhabilitación de otro presidente de la Generalitat, la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos de gran parte de la cúpula política catalana durante un decenio o más, así como graves injerencias en la capacidad de los candidatos catalanes para presentarse y ejercer cargos en el Parlamento Europeo. Como veremos, la justificación central –el supuesto ataque al orden constitucional español– es insuficiente para justificar esas injerencias con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos. Esto también se refleja en un número significativo de decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, así como de tribunales de otros países europeos.

48 En el momento de redactar este informe, la Ley de Amnistía había sido aprobada por el Congreso español y estaba pendiente de deliberación en el Senado. Véase, 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 marzo de 2024, disponible en https://www.congreso.es/es/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_notasprensa_mvcPath=detalle&_notasprensa_notald=46509.

1. La falta de solidez de la justificación principal

Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el ejercicio de los derechos políticos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos «no puede suspenderse ni negarse, salvo por motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos y comporten procedimientos justos y equitativos».⁴⁹ La justificación de las restricciones a los derechos consagrados en el artículo 25, especialmente el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y a ser elegidos en elecciones, debe ser especialmente sólida cuando las restricciones se dirigen directamente a los vencedores de unas elecciones y, por tanto, distorsionan la «libre expresión de la voluntad de los electores» protegida por el Pacto. Hay que recelar especialmente de las restricciones cuando no se dirigen contra un único representante, sino contra la dirección de los grupos políticos como tales.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos establece requisitos similares para restringir los derechos políticos que ampara. La disposición pertinente del Convenio (el artículo 3 del Protocolo n.º 1) no menciona la posibilidad de restricciones, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que los derechos políticos están sujetos a «limitaciones implícitas».⁵⁰ Al examinar el cumplimiento del artículo 3, el Tribunal se ha centrado principalmente en dos criterios: si ha habido arbitrariedad o falta de proporcionalidad, y si la restricción supone una injerencia en la libre expresión de la opinión popular. En cuanto al aspecto pasivo (el derecho a presentarse a las elecciones) el Tribunal ha concluido que los Estados gozan de un margen de apreciación más amplio que en el aspecto activo (el derecho de voto).⁵¹ Sin embargo, como ya se ha mencionado en el apartado II, también es de aplicación la prohibición de discriminación que contempla el artículo 14 del Convenio. Aunque el margen de apreciación concedido a los Estados en materia de derecho de sufragio pasivo suele ser amplio, cuando una diferencia de trato se basa en la raza, el color o el origen étnico, el concepto de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible.⁵²

Por parte de las instituciones del Estado español, y especialmente de los tribunales, la principal justificación de la restricción de los derechos políticos –así como de la criminalización del activismo independentista en general– ha sido la amenaza para el orden público que representaría el movimiento independentista catalán. Tanto en las

49 Véase la Observación General 25, nota 15 supra, apartado 15; y Comité de Derechos Humanos, dictamen de 25 de marzo de 2014, *Paksas/Lituania*, Comunicación n.º 2155/2012, apartado 8, párrafo tercero.

50 Véase William Schabas: «*The European Convention on Human Rights: A Commentary*», Oxford University Press 2015, pp. 1023-1026.

51 Véase TEDH, sentencia de 30 de junio de 2009, *Etxebarria y otros/España*, Demandas n.º 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03, apartado 50.

52 Véase el texto en la nota 8 supra.

primeras decisiones como en las que condujeron a la suspensión de funciones descrita anteriormente en el apartado III, punto 4, las manifestaciones y actos de desobediencia civil, en su mayoría pacíficos, antes, durante y después del referéndum de independencia fueron calificados como «rebelión». Se consideró que el elemento de violencia, necesario para esta calificación, residía en la presión ejercida sobre las autoridades públicas como resultado de la movilización pública y también (de forma bastante paradójica) en la violencia empleada por las autoridades estatales para dominar la desobediencia civil.⁵³ En decisiones posteriores, el Tribunal Supremo abandonó este planteamiento y, en su lugar, procedió a dictar una condena por delito de sedición, al considerar la movilización en torno al referéndum un «levantamiento público y tumultuario». Por ello, argumentaba que no hacía falta violencia o fuerza como tal, sino que era suficiente con actuaciones «fuera de las vías legales», como la resistencia (pacífica) practicada por una multitud a la ejecución de órdenes judiciales por parte de la policía, tales como los registros en consejerías de la Generalitat o el impedimento del referéndum, con el objetivo de obstaculizar el normal funcionamiento de las instituciones y la ejecución de las leyes y decisiones estatales.⁵⁴

Si la movilización de la población, a través de manifestaciones y actos de desobediencia civil con el objetivo de presionar al Estado para efectuar un cambio constitucional – argumento en el que se basaban los tribunales españoles– fuera suficiente para restringir gravemente los derechos políticos, los Gobiernos estarían en condiciones de vaciar por completo las garantías de los derechos políticos. Así, podrían dirigirse contra todos los grupos que pretendan un cambio constitucional fundamental, aunque lo hagan por medios totalmente democráticos, en particular a través del debate político y la movilización de la ciudadanía. Esto contravendría la idea central que subyace en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos de que una democracia se caracteriza por el libre intercambio de ideas, incluidas aquellas que son contrarias a la opinión mayoritaria y que podrían parecer problemáticas, ingratas o perturbadoras para determinados sectores de la población.⁵⁵ En el caso catalán, también ignoraría el hecho de que el Pacto consagra específicamente el derecho a la autodeterminación de los pueblos que, en su componente interno, permite la expresión de la opinión de un pueblo respecto al sistema político en el que se rige y a través del cual se rige.⁵⁶ La simple movilización de los ciudadanos para un cambio pacífico –y la organización de la expresión política de un pueblo autodeterminado– no puede constituir un motivo para restringir los derechos políticos o imponer sanciones penales.

53 Tribunal Supremo, nota 35 *supra*.

54 Tribunal Supremo, nota 39 *supra*, pp. 276-285.

55 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos [GS], sentencia de 8 de julio de 1999, *Ceylan/Turquía*, Demanda n.º 23556/94, apartado 32; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Perozo y otros/Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, apartado 116.

56 Aunque el Comité no pueda recibir comunicaciones basadas únicamente en el artículo 1, puede tener en cuenta el derecho a la autodeterminación al interpretar otras disposiciones del Pacto; véase CDH, *Gillot y otros/Francia*, dictamen de 15/07/2002, n.º 932/2000, apartado 13, párrafo cuarto y apartado 13, párrafo decimosexto.

En consecuencia, las medidas restrictivas deben adoptarse con moderación si corren el riesgo de interferir en el proceso político. La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha definido un umbral alto para estas medidas, sobre todo en lo que se refiere a la libertad de reunión y asociación en el contexto de las restricciones impuestas a los partidos políticos. El Comité de Derechos Humanos ha dejado claro que «la existencia y el funcionamiento de una diversidad de asociaciones, incluidas las que promueven pacíficamente ideas que no son recibidas favorablemente por el Gobierno o por la mayoría de la población, es uno de los fundamentos de una sociedad democrática», y que «la existencia de cualquier justificación razonable y objetiva para limitar la libertad de asociación no es suficiente», sino que un Gobierno debe «demostrar [...] que la prohibición de la asociación [...] [es] en realidad necesaria [...] para evitar un peligro real, y no solo hipotético, para la seguridad nacional o el orden democrático y que la adopción de medidas menos intrusivas no sería suficiente para lograr este propósito».⁵⁷ En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que se abre un margen para las restricciones a los partidos políticos principalmente cuando «ha habido una llamada a la violencia, al levantamiento o a cualquier otra forma de rechazo a los principios democráticos», o una « incitación al uso de la violencia frente a una persona particular, un representante del estado, o una parte de la población».⁵⁸

La restricción de derechos políticos en la que se centra este capítulo equivale a las limitaciones al funcionamiento de partidos políticos, pues gira en torno a la suspensión y la inhabilitación para desempeñar cargos públicos –así como la imposición de obstáculos prácticos y legales para el ejercicio del cargo– de buena parte de la cúpula de los grupos políticos independentistas.⁵⁹ En tal situación, la suspensión de funciones es una amenaza a la libertad de asociación comparable a una prohibición formal, y en este caso también se aplican las mismas normas estrictas. En ausencia de una incitación a la violencia real, la suspensión en sus funciones de los dirigentes de grupos políticos que son fundamentales viola, por tanto, el derecho a la libertad de asociación, el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos a presentarse a las elecciones y a ejercer cargos públicos consagrados en el Pacto Internacional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

57 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 20 de julio de 2005, *Lee/República de Corea*, Com. n.º 1119/02, apartado 7, párrafo segundo.

58 Véase TEDH, Sentencia de 2 de octubre de 2001, *Stankov y la Organización Macedonia Unida Ilinden/Bulgaria*, Demanda n.º 29221/95 y 29225/95, apartado 90.

59 Véase, por ejemplo, la equiparación de la disolución de un partido y la inhabilitación de sus dirigentes en TEDH [GC], sentencia de 13 de febrero de 2003, *Refah Partisi y otros/Turquía*, Demanda n.º 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98, apartado 100: «puede llevar [...] a justificar solo en casos graves la adopción de medidas severas, como por ejemplo, la disolución de cualquier partido político y la prohibición que afecta a sus responsables de ejercer por un plazo determinado cualquier otra actividad similar».

2. La jurisprudencia internacional sobre violaciones de derechos en el caso catalán

La falta de justificación de las medidas represivas aplicadas por el Estado español se ha ido reflejando cada vez más en la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos. Esta jurisprudencia es consecuencia de las primeras preocupaciones planteadas por ONG internacionales de derechos humanos y expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas, incluido el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas, que señaló que la persecución penal se refiere a actos que «estaban directamente relacionados con llamamientos a la movilización y a la participación pública realizados en el contexto del referéndum».⁶⁰ También expresó su preocupación por el hecho de que «las acusaciones de rebelión por actos que no implican violencia o incitación a la violencia puedan interferir con los derechos de protesta pública y disidencia. El Derecho internacional de los derechos humanos advierte que, especialmente en situaciones relacionadas con la disidencia política, solo deben imponerse restricciones cuando sean estrictamente necesarias y proporcionadas para proteger los intereses del Estado».⁶¹

Las primeras decisiones internacionales importantes relacionadas con los casos catalanes fueron las adoptadas en 2019 por el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas con respecto a seis líderes políticos y de la sociedad civil en prisión preventiva. El GTDA consideró que estas detenciones eran arbitrarias y violaban una serie de derechos, incluidos los derechos políticos protegidos por el artículo 25 del Pacto. En este contexto, sostuvo que

«La inexistencia del elemento de violencia y la ausencia de información convincente sobre hechos atribuibles a los Sres. Cuixart, Sánchez y Junqueras, que los involucren en conductas constitutivas de los delitos imputados, han generado la convicción en el Grupo de Trabajo de que las acusaciones penales en su contra tienen por objeto coaccionarlos por sus opiniones políticas en torno a la independencia de Cataluña e inhibirlos de continuar con esa pretensión en el ámbito político».⁶²

60 Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas, AL ESP 1/2018.

61 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *UN expert urges Spain not to pursue criminal charges of rebellion against political figures in Catalonia*, 6 de abril de 2018, disponible en <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/04/un-expert-urges-spain-not-pursue-criminal-charges-rebellion-against>. (en inglés)

62 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Dictamen n° 6/2019 relativo a Jordi Cuixart I Navarro, Jordi Sánchez I Picanyol y Oriol Junqueras I Vies (España), Doc. NN. UU. A/HRC/WGAD/2019/6, 13 de junio de 2019, apartado 119.

A ojos del Grupo de Trabajo, la detención fue «arbitraria por ser el resultado del ejercicio del derecho a las libertades de opinión, expresión, asociación, reunión y participación».⁶³ Este planteamiento reflejaba el del Oberlandesgericht Schleswig alemán que, en 2018, tuvo que decidir sobre la extradición del presidente catalán en el exilio, el Sr. Carles Puigdemont, como consecuencia de una orden de detención europea emitida por el Tribunal Supremo español. El tribunal alemán subrayó que el acusado «pretendía lograr la legitimación de una separación precisamente por medios democráticos» y que «existía un pacto tácito de renuncia a la violencia».⁶⁴ En consecuencia, de conformidad con la sentencia, los hechos imputados al demandante no constituirían un delito penal equivalente contemplado en el Derecho alemán.⁶⁵ El principal motivo era que, a diferencia del enfoque de los tribunales españoles, la legislación alemana establece un umbral elevado para calificar la movilización política como violencia punible, influida por los derechos constitucionales y humanos que garantizan la libertad de expresión y de reunión. Como señaló el tribunal alemán, «en un orden democrático, de acuerdo con el Derecho constitucional, el Derecho penal debe mantenerse moderado ante las disputas políticas».⁶⁶ Por ello, el tribunal decidió denegar la extradición por el delito de rebelión.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó un enfoque similar. Tal y como se ha mencionado anteriormente, en un paso extraordinario en marzo de 2018, ya había recomendado la adopción de medidas cautelares para salvaguardar los derechos políticos del Sr. Jordi Sánchez respecto a su investidura como presidente de la Generalitat.⁶⁷ Fue aún más lejos en decisiones sobre el fondo adoptadas en 2022 y 2023 relativas a la suspensión de sus funciones como diputados de cinco políticos independentistas, entre ellos el expresidente y el vicepresidente de la Generalitat, los Sres. Carles Puigdemont y Oriol Junqueras.⁶⁸ El Comité destacó que los demandantes instaron a la ciudadanía a mantenerse estrictamente pacífica, que había una presunción en favor de considerar que las manifestaciones eran pacíficas y que los actos de violencia aislada de algunos participantes no se deberían atribuir a los organizadores o a la reunión como tal. También subrayó que el umbral para las restricciones impuestas antes de las condenas penales firmes, como en el caso de las suspensiones, era especialmente alto. En este sentido, concluyó que

«una aplicación del derecho interno que resulte automáticamente en la suspensión de funciones de oficiales electos, por presuntos delitos sobre la base

63 *Ibid.*, apartado 130.

64 Oberlandesgericht Schleswig, auto de 12 de julio de 2018, 1 Ausl (A) 18/18 (20/18), p. 9.

65 *Ibid.*, pp. 9-17.

66 *Ibid.*, p. 10.

67 Véase la nota 32 *supra*. El caso se retiró posteriormente y no llegó a ser conocido en cuanto al fondo.

68 Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 30 de agosto de 2022, *Junqueras y otros/España*, Com. n.º 3297/2019; Dictamen de 26 de octubre de 2023, *Puigdemont/España*, Com. n.º 3165/2018.

de hechos públicos y pacíficos, con anterioridad a la existencia de una condena, [...] no puede [...] considerarse que cumpla los requisitos de razonabilidad y objetividad exigidos».⁶⁹

En consecuencia, el Comité consideró que la suspensión había violado el artículo 25 del PIDCP.

Los derechos políticos también fueron reafirmados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en una decisión de la Gran Sala de finales de 2019, tuvo que pronunciarse sobre la inmunidad parlamentaria y, por tanto, el estatus parlamentario, del exvicepresidente de la Generalitat, el Sr. Oriol Junqueras. El Sr. Junqueras había permanecido en prisión preventiva tras su elección como eurodiputado y, como se ha señalado anteriormente, las autoridades españolas no le permitieron asistir a las sesiones parlamentarias a asumir dicho cargo. El TJUE subrayó que la inmunidad «contribuye también a la eficacia del derecho de sufragio pasivo garantizado en [...] la Carta de los Derechos Fundamentales, que constituye la expresión, en esta Carta, del principio de sufragio universal directo, libre y secreto».⁷⁰ Para respetar el principio de democracia representativa, es necesario que la composición del Parlamento «refleje de forma fiel y completa la libre expresión de las preferencias manifestadas por los ciudadanos de la Unión, por sufragio universal directo, en cuanto a las personas por las que desean ser representados durante una legislatura determinada» y «el Parlamento Europeo quede protegido en el ejercicio de sus actividades contra cualquier impedimento o riesgo de menoscabo que pueda afectar a su buen funcionamiento».⁷¹ En consecuencia, el Tribunal consideró que el Sr. Junqueras gozaba de inmunidad desde su elección y que, contrariamente a las decisiones adoptadas por las autoridades españolas, esta inmunidad «se opone [...] a que una medida judicial como la prisión provisional pueda obstaculizar la libertad de los miembros del Parlamento Europeo de dirigirse al lugar en que debe celebrarse la primera reunión de la nueva legislatura».⁷² En este procedimiento, no correspondía al TJUE decidir de forma definitiva si las autoridades españolas habían violado los derechos políticos del Sr. Junqueras, si bien su decisión constata implícitamente dicha violación.⁷³

69 *Ibid.* (Junqueras y otros/España), apartado 8.8.

70 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19, apartado 86.

71 *Ibid.*, apartado 83.

72 *Ibid.*, apartado 90.

73 Véase el análisis en Cristina Fasone y 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 decisiones posteriores sobre la inmunidad del Sr. Puigdemont, el Tribunal General de la Unión Europea se limitó a delimitar las competencias de los Estados miembros y del Parlamento Europeo en materia de inmunidad. No entró en el fondo con respecto a si la retirada de la inmunidad vulneraba los derechos del demandante. Tribunal General de la UE, sentencia de 5 de julio de 2023, asunto T-272/21, *Puigdemont y otros/Parlamento Europeo*.

3. Consideraciones particulares

Si bien la argumentación expuesta –y las decisiones de tribunales internacionales y otros organismos– evidencia una grave vulneración de los derechos políticos de los líderes independentistas catalanes en la mayoría de los casos expuestos en el apartado III, es necesario realizar consideraciones particulares en algunos de ellos, especialmente en lo que se refiere a la disolución del Parlamento de Cataluña en octubre de 2017 y la inhabilitación del presidente Torra en diciembre de 2019. En ambos casos, las decisiones de las autoridades españolas supusieron claras injerencias en los derechos políticos de los afectados: en el primer caso, no solo de los diputados del Parlamento disueltos, sino también de sus votantes. Esto se aplica aun cuando, en general, un Estado no esté obligado a instaurar parlamentos regionales o un sistema federal: una vez creados, y además garantizados por la constitución, las limitaciones a su funcionamiento constituyen injerencias en los derechos políticos.

En el caso de la disolución del Parlamento de Cataluña,⁷⁴ la cuestión de la legalidad gira en torno a si esta disolución tenía fundamento jurídico y si estaba objetivamente justificada y no era arbitraria. A este respecto, se han formulado serias dudas sobre la aplicabilidad del artículo 155 de la Constitución española, aunque el Tribunal Constitucional español confirmara la posibilidad de aplicar dicho precepto en este caso.⁷⁵ Sin embargo, en cuanto al análisis del fondo, la disolución presenta los mismos problemas que el resto de medidas comentadas anteriormente. Si los derechos políticos individuales de los activistas o líderes políticos independentistas no pueden ser restringidos en respuesta a una actuación pacífica en favor de un cambio constitucional, y si los partidos políticos no pueden ser disueltos si no incitan a la violencia, esta misma conclusión será igual de válida con respecto a una medida colectiva tan radical como la disolución de un parlamento. Se puede pensar que el Estado puede tomar ciertas medidas contra decisiones parlamentarias que violen la legislación y la Constitución españolas, pero una disolución sería desproporcionada.

En el caso de la inhabilitación del Sr. Torra,⁷⁶ queda fuera de duda que, en principio, pueden imponerse sanciones por infracciones de la normativa electoral en periodo de campaña que, en casos graves, puedan acarrear una inhabilitación, aunque tales consecuencias exigen la aplicación de garantías procesales rigurosas.⁷⁷ Sin embargo, es dudoso que la mera exhibición de determinadas pancartas y símbolos –sin tomar partido por un candidato o un partido concreto en las elecciones– pueda constituir un caso tan

74 Véase el apartado III, punto 1, *supra*.

75 Véase la nota 28 *supra*.

76 Véase el apartado III, punto 7.

77 Véase también TEDH, sentencia de 5 de diciembre de 2019, *Abil/Azerbaiyán*, Demanda n.º 8513/11, apartado 70.

grave. Esta restricción es aún menos justificable si, como es el caso, dicha exhibición reivindicaba los derechos humanos de algunos ciudadanos y, por tanto, suponía una llamada a la aplicación de las salvaguardias constitucionales. Incluso si se considerara que estas medidas no eran neutrales, parece desproporcionada una respuesta consistente en la destitución de un presidente elegido de un Gobierno regional.

V. Violaciones de derechos políticos como «deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable»

Las injerencias en los derechos políticos en torno al referéndum de independencia de Cataluña constituyen, en su mayoría, una violación del Derecho internacional de los derechos humanos que, tal como hemos explicado en el apartado anterior, está siendo progresivamente reconocido por la emergente jurisprudencia internacional en esta materia. Existen otros casos pendientes de sentencia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el contexto de este capítulo, no podemos ocuparnos de la totalidad de las injerencias con todo detalle. En general, sin embargo, la imagen de condena internacional es uniforme en lo que se refiere a la justificación principal de las medidas represivas. Es revelador que la entrega o extradición de políticos independentistas catalanes haya sido denegada hasta ahora en todos los casos, ya sea explícitamente por motivos de fondo, como en el caso de Alemania, o por criterios más formales, como los tribunales belgas y escoceses, o clasificando los casos como «políticos» y, por tanto, decidiendo suspender su tramitación, como ha hecho Suiza.⁷⁸

Las deficiencias en cuestión proceden parcialmente de la actuación del poder ejecutivo –especialmente la disolución del Parlamento de Cataluña en 2017–, pero sobre todo de procedimientos judiciales. La judicatura española ha interpretado sistemáticamente las disposiciones penales y procesales de forma mucho más amplia que en otros contextos, y

⁷⁸ Véase Torbisco Casals y Krisch, capítulo 2 de este volumen.

ciertamente más amplia de lo que sugeriría una interpretación conforme con el Derecho internacional de los derechos humanos. También ha minado sistemáticamente los esfuerzos de los demás poderes por encontrar soluciones políticas al problema. Para criminalizar los referéndums ha recurrido a delitos vagamente formulados, como los de rebelión y sedición, en clara contradicción con la decisión adoptada por el poder legislativo en 2005 de excluir la celebración de referéndums ilegales de la lista de delitos tipificados por el Código Penal, precisamente con el argumento de que los referéndums celebrados por autoridades sin tener competencias para ello podían tratarse «por vías diferentes a la penal».⁷⁹

Del mismo modo, el poder judicial se opuso explícitamente a los indultos concedidos por el Gobierno español en 2021.⁸⁰ Socavó la supresión de la sedición del Código Penal en 2022 al mantener las inhabilitaciones extremadamente largas de varios líderes independentistas por una supuesta malversación de caudales para celebrar el referéndum.⁸¹ En un acto de activismo judicial sin precedentes, el Consejo General del Poder Judicial también condenó las propuestas de conceder una amnistía por actos relacionados con el referéndum –incluso antes de que se hiciera público ningún texto de las mismas– por atentar contra el Estado de Derecho.⁸² Así pues, las deficiencias que afectan a los derechos políticos reflejan, como en otros ámbitos, una orientación política particular –y particularmente conservadora⁸³– de un sistema judicial que también ha ignorado ampliamente incluso las condenas claras de los organismos internacionales de derechos humanos con respecto al conflicto catalán.

¿Constituyen entonces estas violaciones de los derechos políticos «deficiencias que afectan a un grupo objetivamente identificable»? El cuadro general descrito en este capítulo sugiere claramente que sí. Las injerencias en los derechos políticos de los políticos y activistas independentistas afectados (y de sus votantes) no pueden entenderse fuera del contexto de una campaña concertada del Estado español –tanto de su Gobierno como de sus tribunales– contra un movimiento pacífico con objetivos políticos. El hecho de que estos objetivos impliquen cambios constitucionales es irrelevante en este sentido, como hemos visto al repasar la jurisprudencia internacional: los Estados no pueden criminalizar la búsqueda de ese cambio, incluso aunque impliquen una secesión,

79 Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio 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 mayo de 2021, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20210526/tribunal-supremo-se-opone-a-concesion-indultos-a-presos-del-proces/2093763.shtml>.

81 Véase la nota 46.

82 Consejo General del Poder Judicial, *Declaración institucional del Pleno del CGPJ*, de 6 de noviembre de 2023, disponible en <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 enero de 2020, disponible en <https://verfassungsblog.de/spain-has-a-problem-with-its-judiciary/>.

si los medios para alcanzarlo son democráticos y pacíficos. El hecho de que el Estado español haya utilizado un arsenal de medios represivos contra el grupo de activistas independentistas con el objetivo declarado de «descabezar» el movimiento constituye, por tanto, una discriminación injustificada. Unos actos que en otras circunstancias podrían haber sido calificados como desobediencia han sido tratados como rebelión, sedición o malversación de caudales públicos, a menudo con largas penas de prisión e inhabilitación, y han servido para impedir la investidura de varios candidatos a la presidencia del Gobierno de Cataluña. Así pues, las violaciones de derechos políticos cometidas en este contexto ponen de manifiesto deficiencias que afectan a este grupo concreto «objetivamente identificable».

Capítulo 6

El derecho a la verdad y el «procés» catalán

Alejandro Chehtman

Decano y profesor de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella/Miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) argentino. Agradezco a Lara Jarsun su valiosa ayuda a la investigación y a Victor Santos Mariottini de Oliveira la documentación pertinente. Nico Krisch y Neus Torbisco-Casals han aportado comentarios e información detallados. Es de aplicación el aviso legal habitual. Todos los sitios web fueron visitados por última vez el 20 de diciembre de 2023.

I. Introducción

El «procés» catalán en torno a la demanda de autodeterminación ha dejado al descubierto cuestiones estructurales no resueltas en el seno del Estado democrático español en relación con reivindicaciones superpuestas de autodeterminación nacional, integridad territorial, violaciones de los derechos humanos en el pasado y desigualdades contemporáneas.¹ Además de abocar a España a una crisis constitucional, ha puesto de manifiesto profundas divisiones políticas y culturales y ha favorecido la articulación de un proyecto político disruptivo. Este capítulo explora dos episodios distintos que tuvieron lugar en este contexto. El primero tiene que ver con la violencia desatada el 1 de octubre de 2017, cuando las fuerzas policiales y de seguridad impidieron la celebración de un referéndum que había sido declarado ilegal por el Tribunal Constitucional español. El segundo se refiere a un atentado yihadista que tuvo lugar en Barcelona y Cambrils unos meses antes. Evalúa críticamente los esfuerzos de las autoridades españolas por esclarecer estos hechos en un contexto de profundas divisiones y agitación política. Para ello, aclara el origen y el alcance de las obligaciones jurídicas internacionales a las que están sometidas las autoridades españolas y examina detenidamente si se ha cumplido el nivel requerido para las investigaciones.

En particular, este capítulo valorará los derechos de las víctimas y de la comunidad política pertinente a una investigación exhaustiva de todos los hechos relevantes en torno a estos acontecimientos desde la perspectiva del derecho a la verdad reconocido en el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Más allá del marcado contraste entre la persecución judicial de las actuaciones de los líderes y ciudadanos catalanes por un lado y, por otro, el procesamiento de agentes de policía y de otras fuerzas de seguridad por actos violentos cometidos durante los hechos del 1 de octubre de 2017, las actuaciones de las víctimas y de la sociedad civil han llevado a las autoridades no solo a tener que abordar actos aislados de violencia, sino también a afrontar denuncias de aspectos sistémicos de violencia y de posible responsabilidad de los mandos intermedios. En este contexto, no se encuentran pruebas suficientemente concluyentes para creer que España haya incumplido sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la verdad en lo que a estos acontecimientos se refiere. En cambio, hay aspectos relevantes de los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils que han quedado fuera del alcance de las investigaciones públicas, a pesar de reiterados intentos para que fueran investigados más exhaustivamente. En el contexto de las animadversiones políticas actuales en juego, y sobre todo a la luz de las acusaciones de negligencia de España por no adoptar medidas razonables y necesarias que podrían haber evitado los atentados, así como las peticiones de familiares de víctimas directas de los atentados y de miembros del pueblo catalán, este hecho constituye una prueba más firme de incumplimiento del conjunto de obligaciones

1 Véase Neus Torbisco Casals, Introducción de este volumen.

que dimanen del derecho a la verdad (tanto individual como colectivo) por parte de las autoridades españolas. En resumen, los hechos examinados en este capítulo pueden contribuir a respaldar las alegaciones de «deficiencias sistémicas o generalizadas» que «afecten a un grupo objetivamente identificable», tal como indica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente sentencia *Puig Gordi y otros*.²

El capítulo se estructura del siguiente modo: el apartado 2 analiza los orígenes, la cristalización y el alcance del derecho a la verdad con arreglo al DIDH. El apartado 3 valora las posibles violaciones del derecho a la verdad en respuesta a la violencia desatada por las manifestaciones del 1 de octubre (1-O). El apartado 4, a su vez, estudia las posibles violaciones del derecho a la verdad en relación con la investigación y el procesamiento de los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils. El apartado 5 contiene una breve conclusión.

II. El «derecho a la verdad» en el Derecho internacional de los derechos humanos

El origen conceptual del derecho a la verdad en el Derecho internacional ha sido relacionado a menudo con el derecho de las familias, conforme al Derecho internacional humanitario (DIH), a conocer la suerte de sus miembros en los conflictos armados, reconocido en los artículos 32 y 33 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra.³ Sin embargo, este derecho como demanda propia contra el Estado al amparo del DIDH pudo ser un resultado directo de los eventos en América Latina en respuesta a las atrocidades cometidas durante las transiciones democráticas. Un precursor fundamental de este derecho en este contexto fue la creación de comisiones de la verdad como respuesta habitual a las violaciones graves de los derechos humanos. De hecho,

2 Asunto C-158/21 ECLI:EU:C:2023:57, especialmente en el apartado 114. Véanse, además, los asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, *Aranyosi y Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, apartado 104.

3 Yasmin Naqvi: «El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, (2006) Vol. 88(862), p. 248.

aunque se habían creado instituciones similares en Uganda en 1974, por Idi Amin, y en Bolivia en 1982, por Hernán Siles Suazo, la primera comisión operativa de este tipo fue la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) de Argentina.

La CONADEP fue creada en diciembre de 1983 por el Gobierno entrante de Alfonsín, apenas asumido el cargo.⁴ Su influencia y su legado la han convertido claramente en una institución pionera. En tan solo nueve meses de trabajo, la CONADEP pudo identificar más de 300 centros de detención clandestinos y reunir pruebas del carácter sistemático de la represión, incluidas unas 10 000 desapariciones forzadas.⁵ El informe causó indignación contra los militares entre la opinión pública y sirvió para cuestionar el relato que estos defendían. De hecho, el trabajo de la CONADEP fue decisivo en el posterior *Juicio a las Juntas*. Solo dos semanas después de que se emitiera el informe final de la CONADEP, un tribunal civil asumió del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, que la había paralizado durante meses.⁶ Los 700 casos identificados y seleccionados por la Fiscalía para procesar a los miembros de las *Juntas* habían sido originalmente investigados y documentados por la CONADEP.

La idea de una Comisión que arrojara luz sobre las recientes violaciones de los derechos humanos pronto se convirtió en la norma en la mayoría de las transiciones, tanto en América Latina como en otros lugares. En 1990, Chile creó la primera comisión que incluía la palabra «verdad» en su título.⁷ La Comisión de la Verdad para El Salvador se acordó formalmente en Ciudad de México solo unos meses después como forma de salir de un conflicto armado. Guatemala creó su propia Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1997-99) como respuesta a una de las represiones más sangrientas de la región. En 2001, el presidente entrante peruano Alejandro Toledo creó una Comisión de la Verdad y Reconciliación.⁸ En resumen, Priscilla Hayner ha documentado más de 25 comisiones de la verdad en América, Europa, África y Asia hasta 2001, que, a pesar de haber tenido configuraciones muy diversas, han compartido el objetivo general de documentar graves

4 Sus precursoras, la comisión creada en 1974 por Idi Amin en Uganda y la Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos creada en 1982 por el presidente boliviano Hernán Siles Suazo, se habían quedado en intentos fallidos.

5 Cabe destacar, sin embargo, que el informe se basó en una metodología y unos conocimientos adquiridos durante años por miembros de las organizaciones de víctimas que buscaban a sus seres queridos y presentaban recursos de *habeas corpus* ante la justicia argentina, además de aportar información a la delegación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979 que visitó el país. Sobre este episodio, véase Alejandro Chehtman: *The Invention of Transitional Justice*, mecanografiado en los archivos del autor.

6 El artículo 10 de la Ley 23.049 facultaba a los tribunales civiles a «asumir el conocimiento» de la instrucción y el fallo, en casos de «demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio».

7 No obstante, resistió presiones para ampliar el alcance de la impunidad prevista por la legislación chilena.

8 Eduardo González-Cueva: «The Contributions of the Peruvian Truth and Reconciliation Commission to Prosecutions», *Criminal Law Forum* (2004) 15(1-2), pp. 55-66.

violaciones de los derechos humanos.⁹ Sin embargo, en ese momento aún no se hablaba de un «derecho» a la verdad, sino tan solo de un mecanismo de justicia transicional.

El «derecho a la verdad» como reivindicación jurídica diferenciada no fue acuñado en Argentina hasta mediados de la década de 1990, en medio de una sensación generalizada de impunidad por las graves violaciones de los derechos humanos perpetradas por la dictadura militar a finales de la década de 1970. En 1985, el *Juicio a las Juntas* declaró responsables a los jefes de las tres primeras Juntas y condenó a cinco de ellos a penas de prisión. Esta sentencia desató una oleada de procesos penales contra antiguos jefes militares, que rápidamente se extendió a mandos inferiores del ejército argentino. En plena inestabilidad económica, esto generó una resistencia organizada que desembocó más tarde en una sublevación de las Fuerzas Armadas argentinas. Este amplio conjunto de juicios iba en contra del plan inicial de Alfonsín consistente en una justicia limitada o restringida centrada solo en los líderes y en quienes perpetraron actos especialmente atroces. Por ello, en un principio su Gobierno aprobó la Ley de punto final en diciembre de 1986. Tras fracasar en su intento de detener la oleada de persecuciones penales masivas, en 1987 promulgó la Ley de obediencia debida, que puso fin a las investigaciones penales tanto de exmilitares como de miembros de grupos insurrectos no estatales, con excepción de los que ocupaban puestos de mando. Solo unos años más tarde, el Gobierno entrante de Menem indultó (1989-1990) a todos los condenados (y también a aquellos que estaban siendo procesados), iniciando un período de impunidad conocido como «el apagón».¹⁰

Es cierto que ya en 1990 el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) comenzó a referirse al «derecho a saber» como una forma de poner fin o prevenir la tortura psicológica, en virtud del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precisamente en una comunicación dirigida a Argentina.¹¹ Pero la articulación del «derecho a la verdad» como una reivindicación propia surgió, una vez más, de esfuerzos realizados a nivel nacional. En un contexto de impunidad generalizada en Argentina («el apagón»), Adolfo Scilingo, un oscuro oficial de la Armada argentina, reconoció la existencia de «vuelos de la muerte» en horario de máxima audiencia televisiva. Sus palabras desataron una tormenta política. El Jefe de las Fuerzas Armadas argentinas, general Martín Balza, reconoció la represión ilegal y emitió una disculpa pública. Las organizaciones de víctimas, como H.I.J.O.S. y Madres de Plaza de Mayo, empezaron a

9 Véase Priscilla Hayner: *Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions* (Routledge, 2002).

10 Estos indultos fueron formalizados con los decretos 1002-1005 de 1989 y 2741-2746 de 1990. El 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Argentina los declaró nulos por su incompatibilidad con la Constitución argentina (véase Corte Suprema de Argentina, *Mazzeo*, autos n.º M2333XLII).

11 Véase la explicación del Sr. Bertil Wennergren, miembro del Comité de Derechos Humanos, en su voto particular emitido en los asuntos: *R. A. V. N. et al. (Argentina)*, comunicaciones n.º 343, 344 y 345/1988, Decisión de inadmisibilidad de 26 de marzo de 1990, Doc. NN. UU. CCPR/C/38/D/343/1988 (Anexo); *S. E. (Argentina)*, comunicación n.º 275/1988, Decisión de inadmisibilidad de 26 de marzo de 1990, Doc. NN. UU. CCPR/C/38/D/275/1988 (anexo).

recurrir a *escraches*¹² contra los militares amnistiados e indultados.¹³ Sin embargo, lo más notable para el objeto de este análisis es que un pequeño grupo de abogados de derechos humanos en torno al influyente Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), algunos de cuyos miembros habían participado en la CONADEP, presentaron un recurso ante la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, tribunal que había conocido del *Juicio a las Juntas*, con el fin de que se incoaran nuevas investigaciones para averiguar el destino de las víctimas de desaparición forzada durante la dictadura, aunque los procesamientos y las condenas hubieran prescrito debido a las leyes de amnistía y los indultos en vigor.

Estos recursos invocaban el Derecho internacional de los derechos humanos, que en aquel momento apenas empezaba a consolidarse como el lenguaje de la verdad, la rendición de cuentas y las reparaciones tras las atrocidades cometidas en América Latina. Hacían referencia explícita al Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que había recomendado «al Gobierno de Argentina la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar».¹⁴ También citaron el deber de investigar las desapariciones forzadas mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida, establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su primer caso *Velázquez Rodríguez/Honduras*, en 1988. Tras algunas reuniones internas, estos abogados decidieron articular estas demandas sobre la base de lo que consideraban un derecho a la «verdad» y al «duelo».¹⁵

Por una estrecha mayoría de los jueces, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires —el mismo tribunal ante el que se había sustanciado el *Juicio a las Juntas*, si bien con una composición distinta— incoó el proceso y solicitó a las autoridades ejecutivas y militares que remitieran toda información pertinente relativa a la lista de personas desaparecidas a través de la mecánica narrada por Scilingo.¹⁶ Esta petición condujo al

12 La palabra «escrache» proviene del argot de Buenos Aires y significa «arrojar luz sobre lo oculto».

13 Esta forma de protesta suponía una manifestación de denuncia pública artística de los responsables de violaciones de los derechos humanos. Uno de los primeros ejemplos fue la colocación de carteles en las calles con información sobre los domicilios de los responsables de torturas y desapariciones. Este tipo de protesta fue diseñada por un grupo colectivo llamado Grupo de Arte Callejero.

14 Cámara Federal de Casación Penal (CCCF), Causa ESMA, Res 1/95 (20/03/1995). También invocaron la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Velásquez Rodríguez/Honduras* (Fondo), Sentencia (29 de julio de 1988), y *Bamaca Velásquez/Guatemala*, sentencia (fondo) de 25 de noviembre de 2000.

15 Entrevista con un participante en estas reuniones en los archivos del autor. Véase, además, Juan Méndez: «An Emerging “Right to Truth”: Latin-American Contributions», Susanne Karstedt: *Legal institutions and Collective memories* (Bloomsbury 2009), p. 40

16 CCCF, *Méndez Carreras Horacio, s/ Presentación*, Reg. 1/95 (de 20 de marzo de 1995).

establecimiento de los primeros «juicios por la verdad», un mecanismo innovador de justicia transicional, aunque al final resultó decepcionante. Estos juicios pasaron por distintos tribunales argentinos, que organizaron audiencias principalmente para las víctimas, reuniendo pruebas, pero sin poder formular acusaciones o condenar a los autores.

Esta novedosa actuación se replicó rápidamente. En 1997, Louis Joinet, experto independiente designado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reconoció la existencia de un derecho inalienable a la verdad «sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes» como medio para «evitar en el futuro que tales actos [...] se reproduzcan».¹⁷ Postuló que ese derecho correspondía a la víctima y a sus familiares, pero que también era un derecho colectivo más amplio. También reconoció que los Estados pueden cumplir con sus obligaciones creando comisiones no judiciales de investigación, así como preservando los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos.¹⁸ Estos principios fueron actualizados en 2005, distinguiendo entre el contenido del derecho de las víctimas, que se correlaciona con el deber del Estado de proporcionar información detallada a la víctima y a su familia sobre las circunstancias específicas en las que se perpetró el delito (y el destino de la víctima en casos de desaparición forzada) y el deber hacia la comunidad política en general de revelar la información sobre las violaciones de los derechos humanos generalizadas o masivas.¹⁹ Diane Orentlicher, como experta independiente, aclaró que «las víctimas y sus representantes han de tener derecho a solicitar y obtener información sobre las causas de su victimización».²⁰

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión Interamericana fue la primera en abogar por el reconocimiento del derecho a la verdad como derecho propio en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Esta reivindicación inicial se basaba en el artículo 13, que reconoce el derecho a la información y a la libertad de expresión. Pero cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tuvo la oportunidad de abordar esta cuestión, rehusó considerar la existencia de ese derecho independiente a la verdad, que no se estaba

17 Cf. «La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)», informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, Doc. NN. UU. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo I, principio 1.

18 *Ibid.*, en apartado 18.

19 Véase Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, Adición: «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», Doc. NN. UU. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

20 *Ibid.*, Principio X.

expresamente previsto en el texto de la CADH.²¹ Esta reticencia inicial fue revocada solo unos años más tarde en *Bámaca Velázquez/Guatemala* (2000). En esta nueva decisión, la Corte IDH reconoció un «derecho a la verdad» y lo subsumió en el «derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 [Derecho a un proceso equitativo] y 25 [Derecho a la protección judicial] de la Convención».²² En este caso, así como en la jurisprudencia posterior, la Corte aclaró que este derecho no solo está directamente relacionado con el deber del Estado de investigar, sino también de perseguir y castigar toda violación grave de los derechos humanos.²³ De hecho, en el caso *Palma Mendoza/Ecuador* (2012), argumentó que estos derechos estaban «estrechamente imbricados, presentando habitualmente una recíproca incidencia».²⁴ En 2022, la Corte IDH reconoció además el derecho a la verdad como un derecho colectivo en una sociedad democrática. En su sentencia dictada en el caso *Integrantes y Militantes de Unión Patriótica/Colombia*, este derecho se consideró no solo un derecho de las víctimas individuales a conocer la suerte de sus seres queridos, sino también el de una comunidad política a ser informada de las graves violaciones de los derechos humanos perpetradas en su seno.²⁵ En poco tiempo, el derecho a la verdad cristalizó dentro del sistema regional interamericano.

El sistema europeo ha sido ciertamente más receloso al reconocer este derecho. El primer paso en este sentido se puede identificar en el reconocimiento por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en 2005, de los derechos de las familias de personas desaparecidas a recibir información sobre sus familiares, destacando la importancia de investigar estos crímenes.²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció más tarde el derecho a la verdad explícitamente, al menos desde su sentencia fundamental dictada en el asunto *Asociación «21 de diciembre de 1989»/Rumanía* (2011), que condenó los retrasos y carencias de la investigación de las muertes durante una manifestación antigubernamental. Sin embargo, a diferencia de su homólogo interamericano, situaba su fuente en el limbo procesal de los derechos sustantivos a

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Castillo Páez/Perú* (fondo), 3 de noviembre de 1997, apartado 86, afirmando que la Comisión se refirió a «un derecho no existente en la Convención Americana». Véase, además, Lawrence Bourgeois-Larsen & Amaya Úbeda de Torres: *The Inter-American Court of Human Rights - Case Law and commentary* (OUP 2011), apartados 27.07-27.08.

22 IACtHR, *Castillo Páez/Peru*, apartado 201.

23 Véase H. Bosdriesz: *Furthering the fight against impunity in Latin America? The contributions of the Inter-American Court of Human Rights to domestic accountability processes* (tesis doctoral, 2019, archivado por el autor), p. 66.

24 Corte IDH, *Palma Mendoza/Ecuador* (excepción preliminar y fondo), de 3 de septiembre de 2012, apartado 85.

25 Véase, especialmente, el voto razonado conjunto de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Ricardo Pérez Manrique (apartado 22).

26 A. M. Panepinto: «El derecho a la verdad en el derecho internacional: El significado de la contribución de Estrasburgo», *Estudios Jurídicos*, 37(4), (2017) pp. 739-764.

la vida (artículo 2) o de la prohibición de la tortura (artículo 3) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).²⁷ En particular, el Tribunal consideró que los retrasos en la investigación de delitos pertinentes u otras formas de violación de los derechos humanos afectan también a los derechos de las víctimas y de la ciudadanía en general.²⁸ Además, aclaró que, para ser eficaces, las investigaciones debían ser «prontas, completas, imparciales y exhaustivas» e «identificar y castigar a todos los responsables». Por último, indicó que los Estados son responsables de garantizar que dichas investigaciones sean llevadas a cabo por personas independientes que no estén implicadas en los hechos en cuestión.²⁹

En el asunto *El Masri/Macedonia*, el TEDH también distinguió entre el derecho de las víctimas concretas (el demandante y su familia) y el derecho de la sociedad en general, que tenía derecho a saber lo que había ocurrido. En su voto particular, los jueces Tulkens, Spielmann, Sicilianos y Keller describieron este derecho como una «realidad consolidada», lo que no era una innovación especial ni un «derecho nuevo». El TEDH remarcó además la importancia de la verdad para que no se repitan las violaciones, afirmando que «cuando se trata como en este caso de indagar sobre acusaciones de violaciones graves de los derechos humanos, generalmente la respuesta adecuada de las autoridades es esencial para preservar la confianza del público en el respeto del principio de legalidad y evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia en relación con los actos ilícitos».³⁰

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha pasado a invocar el derecho a la verdad como aspecto del derecho a la tutela efectiva por una violación de la Convención Africana.³¹ Sudáfrica y su influyente Comisión de la Verdad y la Reconciliación desempeñaron un papel clave en el reconocimiento de un derecho tácito a la verdad.³² Sin embargo, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos aún no se ha pronunciado sobre la existencia de tal derecho en el sistema africano.

27 Véase, por ejemplo, James A. Sweeney: «The Elusive Right to Truth in Transitional Human Rights Jurisprudence», ICLQ 67 (2018), p. 374.

28 Asunto *Asociación «21 de diciembre de 1989»/Rumanía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 33810/07, 24 de mayo de 2011.

29 *Ibid.*, apartados 133-145.

30 Caso *El-Masri/Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitud n.º 39630/09 de 13 de diciembre de 2012, apartado 192.

31 Véase Principios y directrices sobre el derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África», DOC/OS(XXX) (mayo de 2003). Véase además Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/22/52, de 17 de abril de 2013.

32 Véase Patricia Naftali: «Crafting a “Right to Truth” in International Law: Movilizaciones convergentes, agendas divergentes?», *Justice pénale internationale / Sexualité et institutions pénales*, Volumen XIII (2016).

En cualquier caso, en 2009 el derecho a la verdad ya se estaba «acercando a un derecho consuetudinario», dado que se habían producido «repetidas inferencias de este derecho en relación con otros derechos humanos fundamentales por parte de órganos y tribunales de derechos humanos». ³³ De hecho, en 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas instauró el día internacional del derecho a la verdad, y se ha nombrado un Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. ³⁴ Se ha reconocido que este derecho establece una obligación para las autoridades estatales de escuchar a las víctimas y sus familiares, ³⁵ y de proteger a las víctimas, a los testigos e incluso a los perpetradores que puedan temer por su seguridad si se dan a conocer, y ayudarles a romper el silencio si así lo desean. ³⁶ Además, parece que existen pruebas sustanciales de que este derecho no solo comporta un deber de las autoridades estatales hacia las víctimas y, en ciertas circunstancias, el conjunto de la comunidad política para investigar violaciones de derechos humanos y averiguar las circunstancias concretas en las que se han violado tales derechos. En muchos contextos, también exige un proceso sustancial de rendición de cuentas, a menudo en forma de procesos y juicios penales. Este derecho puede verse vulnerado en los casos en que las investigaciones son inadecuadas, incompletas o se dilatan indebidamente. El deber de investigar es esencial para asegurar la confianza pública en el respeto al Estado de Derecho por parte de las autoridades estatales, así como la no repetición de dichas violaciones. En los siguientes apartados se examinará si España ha cumplido sus obligaciones internacionales con respecto al derecho a la verdad en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos.

33 Hayner: *Unspeakable Truths* (n 6), 267. Véase, además, «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 21 de marzo de 2006, A/RES/60/147, apartado 22. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también publicó en 2006 un estudio sobre el derecho a la verdad. OACDH, *Estudio sobre el derecho a la verdad* (8 de febrero de 2006), E/CN.4/2006/91.

34 Alice M. Panepinto: «The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contribution», *Legal Studies* (2017) 37(4), pp. 739-764.

35 Juan Méndez: «El derecho a la verdad», C.C. Joyner (ed), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (Erès Toulouse 1998), p. 265.

36 Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Observación General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas (2010), A/HRC/16/48, apartado 5.

III. La persecución penal de la violencia policial por los sucesos del 1 de octubre de 2017

Como se ha indicado, el 1 de octubre de 2017 más de dos millones de catalanes acudieron a votar.³⁷ Aunque el Tribunal Constitucional había suspendido el referéndum, las autoridades locales de Cataluña consideraron esta decisión *ultra vires* y pasaron a realizar la consulta. Ante los esfuerzos de la policía y las fuerzas de seguridad por impedir la celebración de este referéndum, los votantes opusieron resistencia física para proteger las urnas. Esto fue seguido de graves enfrentamientos y numerosos actos de violencia por parte de la policía y las fuerzas de seguridad contra los manifestantes, que rápidamente circularon por los medios de comunicación de todo el mundo. Según el Consell Català de Salut (Consejo Asesor de Sanidad de la *Generalitat*), 893 personas fueron atendidas en centros médicos y hospitales como consecuencia de la acción policial. Al mismo tiempo, unos 19 agentes de la Policía Nacional y 14 de la Guardia Civil ingresaron por lesiones sufridas durante estos hechos. Al día siguiente, Amnistía Internacional (España) y otras organizaciones denunciaron que la Unidad de Intervención Policial (UIP) de la Policía Nacional y agentes de la Guardia Civil habían hecho utilizado una fuerza desproporcionada contra personas que oponían resistencia «pasiva» en las calles y a la entrada de los colegios electorales.³⁸

La justicia reaccionó con rapidez contra los hechos que acontecieron ese día. El 14 de octubre de 2019 el Tribunal Supremo español condenó por el delito de sedición a nueve dirigentes catalanes, entre ellos el exvicepresidente Oriol Junqueras, a penas de entre trece y nueve años de prisión.³⁹ El presidente del Gobierno español, Pedro Sánchez, dijo

37 «Cataluña: a dos años del referéndum y en vísperas de la sentencia del procés», *France 24*, 1 de octubre de 2019, p. 2.

38 «1-O: Amnistía Internacional denuncia uso excesivo de la fuerza por parte de Policía Nacional y Guardia Civil en Cataluña», *Amnistía Internacional*, 2 de octubre de 2017, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/1-oamnistia-internacional-denuncia-uso-excesivo-de-la-fuerza-por-parte-de-policia-nacional-y-guar/>. La BBC informó de al menos 800 víctimas. Véase <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41453357>.

39 «Sentencia del “procés”: penas de 9 a 13 años para Junqueras y los otros líderes por sedición y malversación», *El País*, 14 de octubre de 2019, disponible en https://elpais.com/politica/2019/10/14/actualidad/1571033446_440448.html.

entonces que su Gobierno respetaría la sentencia del Tribunal Supremo.⁴⁰ Hasta 2021, 44 funcionarios habían sido condenados por su actuación en relación con los sucesos del 1 de octubre, y 56 más aún estaban siendo investigados.⁴¹ En enero de 2021, Bernat Solé fue el primer alcalde condenado por desobediencia por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC) a un año de inhabilitación para el ejercicio de cargo público y una multa.⁴² Otros dos fueron condenados posteriormente. De los 712 alcaldes acusados, solo fueron imputados 78, de los que tan solo tres terminaron siendo condenados, dos fueron absueltos y ocho siguen a la espera de ser juzgados en el momento de redactar este capítulo.⁴³ En noviembre de 2023, Oleksandr S. fue declarado culpable y condenado a 7 años de prisión, la pena más alta impuesta a un particular por actos de violencia cometidos dentro el contexto de la violencia del 1 de octubre.⁴⁴ Es una de las «decenas» de personas ya condenadas por este tipo de actos.⁴⁵ Otras muchas han sido absueltas, debido sobre todo a las dudas de los tribunales competentes sobre las denuncias de los agentes de policía.⁴⁶

40 «Violent clashes over Catalan separatist leaders' prison terms», *The Guardian*, 14 de octubre de 2019, disponible en <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/14/catalan-separatist-leaders-given-lengthy-prison-sentences>. Sin embargo, en noviembre de 2023, Sánchez presentó un proyecto de ley que concedía la amnistía a todos los procesados por su participación en los actos a favor de la independencia de Cataluña. «Catalan amnesty law “in line” with EU values, Spain's justice minister says», *Politico*, 4 de diciembre de 2023, disponible en <https://www.politico.eu/article/catalan-amnesty-law-definitive-step-to-end-independence-row-spains-justice-minister-felix-bolanos-says/>.

41 «Unas 3.000 personas encausadas por el “proceso” se quedan fuera del alcance de los indultos», *Público*, 21 de junio de 2021, disponible en <https://www.publico.es/politica/3000-personas-encausadas-proces-quedan-fuera-alcance-indultos.html>.

42 «El TSJC inhabilita a Bernat Solé por facilitar el 1-O cuando era alcalde de Agramunt», *Ara*, 21 de enero de 2021, disponible en https://es.ara.cat/politica/tsjc-inhabilita-bernat-sole-1-octubre-alcalde-agramunt-conseller-exterior_1_3106001.html.

43 «A quién beneficia la amnistía: estos son los privilegiados que sacan provecho de la ley», *El Confidencial*, 13 de noviembre de 2023, disponible en https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-11-13/quien-se-beneficia-ley-amnistia-privilegios_3766401/.

44 Véanse, respectivamente, «Más de tres años de cárcel para Adrián Sas por agredir a dos mossos», *Noticias de Navarra*, 24 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.noticiasdenavarra.com/politica/2021/11/24/tres-anos-carcel-adrian-sas-2108969.html>; «Condenado a un año y diez meses de cárcel por agredir a un mosso en la acampada contra la sentencia del “procés”», *El Triangle*, 17 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.eltriangle.eu/es/2021/11/17/condenado-a-un-año-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 noviembre de 2020, disponible en <https://www.lavanguardia.com/politica/20201128/49777845941/adrian-sas-condena-audiencia-mossos.html>.

45 «Los jueces condenan a un joven a 7 años de cárcel, la pena más alta por los disturbios del procés», *el Diario*, 24 de noviembre de 2023, disponible en https://www.eldiario.es/catalunya/jueces-condenan-joven-7-anos-carcel-pena-alta-disturbios-proces_1_10714628.html.

46 «Los jueces rebajan las altas penas que pide Fiscalía por los disturbios del procés», *el Diario*, 13 de abril de 2022, disponible en https://www.eldiario.es/catalunya/jueces-rebajan-altas-penas-pide-fiscalia-disturbios-proces_1_8892080.html.

En agudo contraste con estos procedimientos judiciales, al principio apenas se avanzó en la debida investigación de los actos violentos de la Policía y otros cuerpos de seguridad. En cualquier caso, ninguna investigación contempló seriamente la posibilidad de que estos actos hubieran sido orquestados de forma centralizada. En este contexto, el 20 de enero de 2023 el juez Francisco Miralles (del Juzgado de Instrucción n.º 7 de Barcelona) dio por concluidas las investigaciones sobre las cargas policiales durante los sucesos del 1 de octubre y abrió diligencias previas contra 45 agentes de policía por incidentes en una veintena de centros escolares y edificios públicos contra casi 128 víctimas.⁴⁷ En su auto, el juez Miralles concluye que los «hechos que a continuación se mencionan y por los que procede continuar las actuaciones en procedimiento abreviado pueden ser constitutivos no solo de delitos leves o faltas de lesiones [agresión], sino también de delitos de los artículos 174 y 175 del Código Penal, sin perjuicio de su calificación definitiva, que no puede ser limitada ni condicionada por esta resolución».⁴⁸ Los preceptos citados se refieren a los actos de tortura y agresiones como una forma de abuso de poder por parte de las autoridades competentes.

Además, destaca que el mismo grupo se encargó de la actuación policial en distintos colegios, «en los que hay que destacar la desproporción especial de la actuación y la agresividad de los agentes», por lo que cree que las lesiones se pueden imputar al jefe de la unidad, dado el comportamiento «generalizado y violento» de sus miembros.⁴⁹ El juez Miralles da 40 días a la Fiscalía para presentar sus escritos de calificación, imputar a los agentes o sobreseer el procedimiento.⁵⁰ Sin embargo, en el momento de redactar este informe no hay constancia pública de que la Fiscalía haya realizado actuación alguna dentro de dicho plazo.

En consecuencia, el auto del juez Miralles decidió incoar la investigación contra 45 agentes por la violencia ejercida en distintos colegios e instituciones. Además, destacaba cómo, transcurridos cinco años desde el referéndum, todavía no había ningún agente de policía condenado por causar lesiones a un votante. Sin embargo, decidió no investigar posibles delitos de daños materiales, en algunos casos por falta de pruebas

47 Incluye una lista de incidentes y el número de víctimas: Escuela Ramon Lull de Barcelona (19 personas), Colegio Mediterránea (16), CEIP Àgora (10), Ambulatorio El Guinardo (10), IES Pau Claris (9), Estel (9), IES Joan Fuster (8), IES Pau Romeva (7), Servicios Centrales del Departamento de Enseñanza de la Generalitat (6), Colegio Prosperitat (5), IES Jaume Balmes (4), Escuela Oficial de Idiomas (4), Colegio 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 Catalá (1), Colegio Trinitat Vella (1) y CEIP Mas Casanovas (1).

48 Auto de la instrucción, 20 de enero de 2023, p. 5.

49 *Ibid.*, p. 2.

50 Auto de la instrucción, 20 de enero de 2013, p. 68. Véase, además, «El juez procesa a 45 policías por las cargas del 1-O», RTVE, 25 de enero de 2023, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20230125/juez-procesa-agentes-policia-nacional-cargas-1-barcelona/2417648.shtml>.

concretas, mientras que en otros consideró que la policía había actuado ajustándose a las instrucciones recibidas y de acuerdo con las limitaciones legales pertinentes impuestas por la legislación española. Por estos motivos, decidió archivar la investigación contra 20 agentes de policía.⁵¹

Varias de las víctimas, junto con sus abogados, han denunciado públicamente la actuación de la Fiscalía, a la que acusan de encubrir a la policía.⁵² De hecho, la Fiscalía había pedido tres años antes al juez que archivara esta investigación, a excepción de los cargos contra seis policías por falta grave. El juez Miralles denegó entonces esta solicitud. La Audiencia de Barcelona, a petición del Ayuntamiento de esta ciudad, ordenó que la investigación no se centrara en casos individuales de violencia, sino en la respuesta como fenómeno global. En concreto, estableció que la investigación debía centrarse también en las órdenes «concretas» que se impartieron a los policías sobre el terreno. El 18 de septiembre de 2019, el juez Miralles citó a otros ocho inspectores jefes del cuerpo (*jefes de núcleo*), responsables de los dispositivos policiales en esos centros y pidió al Ministerio del Interior información sobre la «cadena de mando» del operativo de ese día y de las reuniones en las que se planificó la intervención para impedir la votación.⁵³

Además, otros juzgados de Cataluña también investigan las cargas policiales del 1 de octubre de 2017. Hay más de 20 investigaciones en curso contra 126 miembros de la policía y las fuerzas de seguridad españolas en distintos tribunales de Barcelona, Girona, Lleida y Mataró.⁵⁴ Alrededor de 80 de estos agentes ya han sido procesados y en el momento de redactar este capítulo algunos juicios están a punto de comenzar. En cambio, ya se han archivado otros casos en Manresa, Amposta y Tarragona. Hasta ahora, los principales procedimientos de instrucción no han podido determinar que existiera una orden directa de actuar violentamente contra los votantes que pretendían participar en el referéndum ilegal, por lo que no se ha investigado a los responsables políticos de la Policía. Seis años después de los hechos, ningún agente de policía ha sido condenado por las agresiones en las manifestaciones. En cambio, la investigación policial a nivel de mandos se ha limitado a los ocho jefes que coordinaban las actuaciones en Barcelona

51 «45 policías españoles serán juzgados por las cargas del 1-O en Barcelona», *El Nacional*, 25 de enero de 2023, disponible en https://www.elnacional.cat/es/politica/45-policias-seran-juzgados-por-las-cargas-del-1-o-en-barcelona_958047_102.html.

52 «Cinco años del referéndum del 1-O, ningún policía condenado por las cargas», *el Diario*, 30 de septiembre de 2022, disponible en https://www.eldiario.es/catalunya/cinco-anos-referendum-1-policia-condenado-cargas_1_9577580.html. De hecho, en Barcelona la Fiscalía pidió que se archivara la investigación, pero tanto el juez como la Audiencia Provincial de Girona se negaron.

53 «Investigados ocho jefes operativos de la Policía por el 1-O en Barcelona», *El País*, 5 de septiembre de 2023, disponible en https://elpais.com/ccaa/2019/09/05/catalunya/1567686073_353359.html.

54 Véase, por ejemplo, «El “procés” no se agota en el Supremo: el juicio a Traperero y otras causas pendientes del 1-O», *RTVE*, 15 de octubre de 2019, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20191015/proces-no-se-agota-supremo-juicio-a-traperero-otras-causas-pendientes-del-1/1979602.shtml>.

determinando quién actuaría en qué colegio.⁵⁵ El retraso en la conclusión de estas investigaciones contrasta con el rápido procesamiento penal de los implicados en la organización del referéndum,⁵⁶ y sobre todo de los particulares condenados por violencia contra agentes de policía.

En suma, a pesar de que se han producido retrasos y contratiempos significativos en el avance de las distintas investigaciones, sobre todo las que afectan a delitos contra manifestantes y participantes en los hechos del 1 de octubre de 2017, todavía no está claro que se haya violado el derecho a la verdad. Por un lado, cuando las autoridades locales han realizado avances pertinentes en las investigaciones, se han exigido responsabilidades a las personas involucradas en actos violentos, incluidos los mandos intermedios de las fuerzas policiales, y existe al menos una investigación en curso sobre los elementos «globales» de la violencia cometida. Por tanto, de momento no parece que con su respuesta el Estado esté incumpliendo su obligación de llevar a cabo una investigación imparcial y exhaustiva para identificar a todos los responsables de los actos violentos cometidos por las fuerzas del Estado. El papel de la sociedad civil, en especial el de las víctimas y de sus representantes legales, ha sido y seguirá siendo fundamental para garantizar que estas investigaciones se conviertan en una valiosa respuesta que ayude a la construcción de la verdad y permita una adecuada rendición de cuentas. Como se ha señalado en el apartado anterior, precisamente son estos tipos de sinergia y esfuerzos colectivos los que han permitido desarrollar el derecho a la verdad, dotándolo de efectividad como elemento central del marco de la justicia transicional. El trabajo que estas organizaciones, junto con algunas autoridades locales, están realizando en el contexto de las respuestas estatales al 1 de octubre encarna esta dinámica y es clave para presionar a las autoridades españolas a esclarecer y afrontar de manera plena este oscuro episodio.⁵⁷

55 «Cinco años del referéndum del 1-O, ningún policía condenado por las cargas», *el Diario*, 30 de septiembre de 2022, disponible en https://www.eldiario.es/catalunya/cinco-anos-referendum-1-policia-condenado-cargas_1_9577580.html.

56 La Fiscalía anunció inicialmente una investigación de más de 700 alcaldes por su implicación en la organización del Referéndum. Este número se redujo a casi 80, pero la mayoría de esas investigaciones ya se han cerrado. Bernat Solé fue el segundo alcalde juzgado y el primero condenado por desobediencia en enero de 2021. Véase «Solé, el primer alcalde condenado por el 1-O de los ocho que todavía tienen una causa abierta», *Ara*, 21 de enero de 2021, disponible en https://es.ara.cat/politica/bernat-sole-primer-alcalde-condenado-abierta-referendum-1-o_1_3106103.html. En el momento de redactar este informe hay 6 casos que han llegado a la fase de juicio oral y 6 que siguen pendientes de juicio (véase <https://antirepressiva.omnium.cat/en/detalls/organitzacio1o/>).

57 La aprobación de una amnistía, dependiendo de su alcance, probablemente afectaría a estas investigaciones. Sin embargo, como ilustra claramente el apartado 2, las investigaciones penales no son el único mecanismo disponible para proteger y hacer valer el derecho a la verdad.

IV. Los atentados de Barcelona y Cambrils y las investigaciones posteriores

Tal y como se ha comentado en la Introducción de este capítulo, los días 17 y 18 de agosto de 2017 una célula integrada por diez individuos perpetró dos atentados terroristas. Puede afirmarse que los hechos se desencadenaron por una explosión el 17 de agosto de 2017 en una casa de Alcanar, un pequeño pueblo situado unos 200 km al suroeste de Barcelona. Como consecuencia de esta explosión, la casa se derrumbó y murieron dos personas, Youssef Alla y Abdelbaki Es Satty, líder de la célula. Una tercera persona, Mohamed Houli Chemlal, resultó gravemente herida y fue hospitalizada. La investigación de los hechos desveló posteriormente que formaban parte de una célula terrorista que planeaba un atentado contra un objetivo sensible en Barcelona.⁵⁸ Al parecer, la explosión se produjo de manera accidental, mientras manipulaban triperóxido de triacetona (TATP, también conocido como «madre de Satán»), un explosivo extremadamente inestable. En ese momento, el interrogatorio del herido no proporcionó pista alguna. Los investigadores hallaron posteriormente en el edificio 120 bombonas de propano y butano, 500 litros de acetona, bicarbonato y unos 240 litros de peróxido de hidrógeno, todo ello, al parecer, almacenado para ampliar la onda expansiva de las explosiones planificadas con TATP.⁵⁹ Las fuerzas de seguridad también hallaron detonadores y metralla. Delante de la casa había aparcados un coche y una moto.

Para tratar de identificar y localizar a los propietarios de estos dos vehículos, las fuerzas de seguridad telefonearon a Younes Abouyaaqoub la tarde del 17 de agosto, mientras conducía una furgoneta alquilada. Las informaciones apuntan a que en ese momento se dirigió hacia el centro de Barcelona y, al llegar a la muy concurrida Rambla, atropelló intencionadamente a los transeúntes, matando a trece personas (entre ellas un niño

58 El único detenido de la célula se refirió a «monumentos e iglesias, como la *Sagrada Familia*». Jesús García: «El terrorista herido pide “perdón” y se declara “arrepentido”», *El País*, 24 de agosto de 2017, disponible en https://elpais.com/ccaa/2017/08/23/catalunya/1503509592_704081.html. En uno de los teléfonos móviles utilizados por un miembro de la célula, la *Sagrada Familia* era uno de los lugares buscados en Google Maps, al igual que el estadio del Fútbol Club Barcelona. Manuel Cerdán: «La policía descubrió en un móvil que los yihadistas del 17-A querían poner una furgoneta bomba en el Camp Nou», *Ok diario*, 19 de enero de 2018, disponible en <https://okdiario.com/investigacion/policia-descubrio-movil-yihadistas-del-17-querian-poner-furgoneta-bomba-camp-nou-1713731>.

59 «Los terroristas compraron 340 litros de material para explosivos con la documentación del detenido en Castellón», *La Vanguardia*, 25 de septiembre de 2017.

australiano de siete años y otro barcelonés de tres) e hiriendo a más de cien. A continuación, huyó del lugar caminando, robó un coche apuñalando y matando a su conductor, y se dio a la fuga. El coche fue encontrado más tarde en Sant Just Desvern, al sur de Barcelona. El 21 de agosto, tras cuatro días de búsqueda, los Mossos d'Esquadra fueron alertados de la presencia de un sospechoso en Subirats, a unos 40 km de Barcelona. Cuando lo encontraron, se abalanzó sobre los policías llevando un cinturón de explosivos falso y gritando «Alá es grande». Resultó muerto de un disparo.

Mientras tanto, el 18 de agosto, a la 1:14h. de la madrugada (unas nueve horas después del atentado de Barcelona), otro coche con cinco integrantes de la célula (Mohamed Hychami, Houssaine Abouyaaqoub, Said Aalla, Moussa Oukabir y Omar Hychami) atropelló a un grupo de transeúntes en Cambrils, unos 120 km al suroeste de Barcelona, para acabar chocando contra un vehículo de los Mossos. Los cinco ocupantes del coche, que también portaban chalecos suicidas falsos, atacaron a otros transeúntes utilizando cuchillos y un hacha que habían comprado cuatro horas antes. En este segundo atentado, una persona murió y varias resultaron heridas antes de que los cinco autores fueran abatidos por la policía. En ambos atentados murieron dieciséis personas y unas 140 resultaron heridas. El grupo principal estaba integrado, como mínimo, por diez personas, entre ellas Abdelbaki Es Satty, jefe y dirigente de la célula. Ocho de sus miembros murieron y otros dos fueron detenidos (Houli Chemlal, herido en la explosión de Alcanar, y Driss Oukabir, detenido el 18 de agosto en Ripoll).

El 27 de mayo de 2021 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó a Mohamed Houli Chemlal y a Driss Oukabir por actividades terroristas, imponiéndoles una pena de prisión de cincuenta y tres años y seis meses y cuarenta y seis años, respectivamente (en apelación, la condena se redujo a cuarenta y tres y treinta y seis años, respectivamente).⁶⁰ Además, se les condenó a indemnizar a las víctimas y a los cuerpos de emergencia y seguridad que sufrieron daños como consecuencia de los atentados. Said Ben Iazza fue declarado culpable y condenado a ocho años de prisión por colaboración con organización terrorista, pero fue puesto en libertad después de recibir la sentencia a causa de los cuatro años que había pasado en prisión preventiva durante la investigación y el juicio. Había facilitado la furgoneta con la que la célula compró los precursores químicos que pretendían utilizar para fabricar los explosivos. Pero ninguno de ellos fue condenado por los dieciséis asesinatos y los cientos de heridos que causaron los atentados.

Una serie de cuestiones relativas a estos acontecimientos siguen siendo objeto de gran controversia. En primer lugar, existen pistas contradictorias sobre si la célula estaba

60 Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 3.ª, Madrid, sentencia n.º 00015/2021 de 27 de mayo de 2021 (en adelante, «Sentencia»), fundamento 11; Audiencia Nacional, Sala de Apelación, sentencia n.º 9/2022 de 13 de julio de 2022. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 873/2023, de 24 de noviembre de 2023.

realmente relacionada con el DAESH-ISIL.⁶¹ Algunas anotaciones en la libreta utilizada por Es Satty hacen referencia a los integrantes de las células como «soldados del Estado Islámico». Además, el 17 de agosto, día del atentado en La Rambla, la agencia de noticias Amaq emitió un comunicado en el que se reivindicaba la autoría de un atentado en Barcelona cometido por parte de soldados del Estado Islámico.⁶² Los integrantes de la célula realizaron reiterados viajes a distintos lugares, a saber, Suiza, Bélgica, Francia y Marruecos, incluido un viaje a París la misma semana de los atentados, que no se han explicado. Sin embargo, no se ha desvelado ningún vínculo directo entre los integrantes de la célula y ningún mediador o individuo perteneciente al Estado Islámico, y los mensajes en los que se reivindicaba el atentado tampoco aportaban información detallada de los autores.⁶³ Al contrario, según la sala de primera instancia, los conocimientos técnicos para fabricar los explosivos se obtuvieron mediante búsquedas en Internet.⁶⁴ En los dispositivos pertenecientes a los integrantes del grupo se encontró un número elevado de búsquedas, vídeos y audios. De igual modo, los fondos necesarios para comprar los materiales pertinentes y, en última instancia, llevar a cabo los atentados provenían de los trabajos de los miembros de la célula, así como de ventas de oro adquirido mediante robos.⁶⁵

En segundo lugar, sigue habiendo dudas sobre la suerte de Abdelbaki Es Satty, el dirigente de la célula. Es Satty nació en Madchar (Marruecos) en 1973. Tenía cuarenta y cuatro años en el momento de los hechos y fue el presunto responsable de radicalizar a los otros nueve integrantes de la célula, que tenían entre diecisiete y veinticinco años (cuatro de ellos eran menores de veinte). Anteriormente había estado vinculado a distintas organizaciones yihadistas. Aunque fue investigado por actividades terroristas, nunca fue detenido en relación con ellas. En cambio, pasó tiempo en la cárcel por tráfico de drogas entre 2010 y 2014.⁶⁶ Allí estuvo estrechamente relacionado con Rachid Aglif,

61 La bandera del DAESH estaba dibujada en al menos una de las fundas de almohada que parece que fueron utilizadas para transportar el TATP. Se encontró una libreta supuestamente perteneciente a Es Satty, en la que los integrantes de la célula se presentaban como «Miembros de IDAESH» en Al-Andalus. Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 4, *Diligencias Previas 60/2017*, auto de 22 de agosto de 2017, p. 4.

62 Poco después, el mismo grupo reivindicó la autoría del atentado de Cambrils. Véase Referencias a España en la propaganda yihadista, Grupo de Estudios en Seguridad Internacional, Universidad de Granada; y «El Estado Islámico reivindica el atentado en Cambrils», *La Vanguardia*, 19 de agosto de 2017.

63 Véase, por ejemplo, *Heridas sin sanar e interrogantes a un año de los atentados de Cataluña*, swissinfo.ch (17 de agosto de 2018), disponible en <https://www.swissinfo.ch/spa/heridas-sin-sanar-e-interrogantes-a-un-a%C3%B1o-de-los-atentados-de-catalu%C3%B1a/44321504>. En cuanto al *modus operandi* del Estado Islámico para reivindicar atentados perpetrados por individuos o grupos radicalizados, véase, por ejemplo, «Terrorism in Europe», *Congressional Research Service*, (10 de febrero de 2021), disponible en <https://sgp.fas.org/crs/terror/IF10561.pdf>.

64 Sentencia (n.º 62), p. 11.

65 *Ibid.*, apartados 771 y ss.

66 Quiko Alsedo y Pablo Herraiz (2017): «El delito ‘no grave’ del imán de Ripoll: 120 kilos de droga», *El Mundo*, 24 de agosto de 2017.

miembro de la red responsable de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid.⁶⁷ Pero se sabe que también se reunió al menos una vez con un funcionario del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) español. Hay quien ha sugerido que esta visita podría estar relacionada con un intento de reclutarle como confidente.⁶⁸ Sin embargo, un testigo afirmó que, mientras se encontraba en Bélgica, Es Satty le dijo que hablaba por teléfono con los servicios de inteligencia españoles.⁶⁹

Pese a que las autoridades españolas certificaran, a partir de una muestra de ADN, que era una de las dos personas que fallecieron en la explosión de la casa de Alcanar, algunos representantes de las víctimas de los atentados han cuestionado esa conclusión. A este respecto, existen dudas sobre si Es Satty estaba en realidad relacionado con el CNI y, en caso afirmativo, sobre la naturaleza exacta de esa relación. Esta línea general de investigación quedó excluida de la investigación penal llevada a cabo sobre estos atentados terroristas. La decisión final de la sala de primera instancia no menciona en ningún momento al CNI, ni alude a posibles vínculos entre los servicios secretos españoles y el imán de Ripoll, a pesar de los escritos y alegaciones presentados por algunas partes durante el juicio.⁷⁰ Las solicitudes de una audiencia especial con el presidente Sánchez en el Congreso fueron denegadas y las reiteradas peticiones de constituir una comisión especial de investigación en el Congreso español han sido bloqueadas.

En tercer y último lugar, ha habido una serie de denuncias sobre la responsabilidad de las autoridades españolas por no evitar los atentados. Por un lado, se ha denunciado el incumplimiento de los deberes legales del Estado en lo relativo al control de precursores de explosivos y comunicación de conductas sospechosas. España está sujeta a una serie de obligaciones internacionales en materia de control y vigilancia de precursores que puedan ser utilizados indebidamente para la fabricación ilegal de explosivos. Una de ellas es el Reglamento (UE) n.º 98/2013. El principal objetivo de esta normativa es precisamente «limitar su disponibilidad para los particulares y [...] garantizar la adecuada comunicación de las transacciones sospechosas en todas las fases de la cadena de suministro».⁷¹ El artículo 4, en particular, establece que los precursores de explosivos

67 «El imán de Ripoll trabó amistad en prisión con un terrorista del 11-M», *El País*, 20 de agosto de 2017, disponible en https://elpais.com/politica/2017/08/20/actualidad/1503230607_911490.html.

68 «Los atentados de Cataluña un año después. Reconstrucción de los acontecimientos, interrogantes y lecciones por aprender», *OIET*, (2018), 7, disponible en <https://observatorioterrorismo.com/eedyckaz/2020/08/Los-atentados-de-Cataluna-un-ano-despues.pdf>.

69 Así lo indican los abogados de las víctimas en <https://www.youtube.com/watch?v=-1icJmCbjHQ>.

70 Véase Audiencia Nacional, Sala Penal, Sección 3.ª, Madrid, sentencia n.º 00015/2021 de 27 de mayo de 2021. Véase, además, «Condenados a Penas de 53, 46 y 8 años de cárcel los acusados por los atentados del 17-A», *El Periódico*, (disponible en <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210527/condenas-acusados-atentados-terroristas-17-a-11768319>).

71 Reglamento (UE) n.º 98/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, sobre la comercialización y la utilización de precursores de explosivos (Texto pertinente a efectos del EEE), disponible en <https://www.boe.es/doue/2013/039/L00001-00011.pdf>.

restringidos no se pondrán libremente a disposición del público en general. Además, establece que el peróxido de hidrógeno debe someterse a un sistema de registro y que, a efectos del mismo, los ciudadanos deberán identificarse mediante un documento oficial de identificación. Y lo que es más pertinente, exige que se comuniquen las transacciones sospechosas con peróxido de hidrógeno (incluido en el anexo I del Reglamento 98/2013), ácido sulfúrico y acetona (incluidos en el anexo II) (art. 9, apartado 1). Los Estados miembros deben crear puntos de contacto nacionales a estos efectos (art. 9, apartado 2). España no cumplió esta última obligación hasta la Resolución 20/2013 de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se designa al Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado como punto de contacto nacional en relación con el Reglamento (UE) n.º 98/2013.

La falta de desarrollo en la normativa nacional de estas disposiciones fue decisiva para no poder identificar la célula e impedir los atentados. En efecto, el 11 de julio de 2017 un joven no identificado intentó comprar 100 litros de peróxido de nitrógeno. Se le pidió la información pertinente al tratarse de una sustancia peligrosa, pero finalmente no se realizó la transacción, dado que no pudo reconocerse su número de documento de identificación. Al día siguiente (12 de julio), Youssef Alla fue a comprar la misma cantidad de peróxido de hidrógeno, aunque «negando cualquier relación» con la persona que había intentado llevar a cabo la misma transacción el día anterior.⁷² El testigo declaró además que no era necesario presentar más documentación para compras inferiores a 1 000 litros. El 27 de julio, la misma persona compró otros 240 litros de peróxido de hidrógeno, y no tuvo que rellenar la información pertinente, dado que los vendedores utilizaron la misma que había cumplimentado el día 12.⁷³ En general, la acetona fue comprada a distintos proveedores, pero Mohamed Hychami compró personalmente 175 litros de acetona en una tienda de pinturas de Vinaroz. En el juicio, el vendedor declaró que no se necesitaba documentación para comprar acetona.⁷⁴ El ácido sulfúrico fue adquirido por una empresa (Conforsa) en la que Mohamed Hychami había trabajado hasta los atentados, y en la que El Houssaine Abouyaaqoub se encontraba en prácticas.⁷⁵ En resumen, se realizaron una serie de transacciones que habrían dado una señal de alarma si el Estado español hubiera aplicado los controles pertinentes.

Además, el 25 de mayo de 2017 los servicios de inteligencia estadounidenses (el National Counterterrorism Center) informaron a las fuerzas de seguridad españolas de un boletín que afirmaba que el Estado Islámico «planeaba atentar este mismo verano en zonas

72 Sentencia (n.º 62), p. 812.

73 Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción n.º 4, Diligencias Previas 60/2017, auto de 25 de septiembre de 2017, p. 1.

74 Sentencia (n.º 62), p. 816.

75 Sentencia (n.º 62), p. 821.

turísticas muy concurridas de Barcelona, y específicamente en la Rambla».⁷⁶ En aquel momento, esta información se consideró poco creíble. No obstante, en junio de 2015, el nivel de alerta terrorista en España se mantenía en 4 de 5, lo que implica «alto riesgo de atentado terrorista». ⁷⁷ De hecho, Cataluña concentraba en 2017 en torno al 33 % del total de yihadistas detenidos o abatidos en España desde 2013 (76/230).⁷⁸

Por último, tanto periodistas especializados como «think tanks»⁷⁹ afirmaron en repetidas ocasiones que la coordinación y el intercambio de información entre los distintos servicios antiterroristas es «ampliamente considerada, entre los propios profesionales con desempeño en los mismos, limitada cuando no pobre». ⁷⁹ Entre los ejemplos recogidos en la prensa, el 8 de marzo de 2016 un agente de los Mossos respondió por correo electrónico a una consulta de un agente de policía de Vilvoorde (Bélgica) sobre Es Satty. Es Satty había llegado a Bélgica para buscar un cargo como imán. Ambos agentes se conocían de un seminario, por lo que la consulta no se hizo por los cauces oficiales. Aunque Es Satty había sido investigado por las fuerzas de seguridad españolas (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil) diez años antes, esa información nunca llegó a los Mossos d'Esquadra. De hecho, se afirma que las autoridades locales nunca recibieron información sobre el comportamiento de Es Satty mientras estaba en prisión, ni recuperaron información relativa a otras investigaciones de inteligencia que no condujeron a acusaciones formales o al procesamiento de las personas pertinentes.⁸⁰

En resumen, a pesar de la falta de acusaciones sólidas de participación directa o cooperación en los atentados, se ha denunciado en diversas ocasiones la deficiente actuación por parte de las autoridades españolas en lo que respecta a sus deberes para prevenirlos. Tal vez lo más destacado sea que las vías institucionales escogidas por las víctimas y la sociedad civil para arrojar luz sobre estas cuestiones pendientes hayan

76 Enric Hernández (2017): «Los Mossos recibieron la alerta de atentado en Barcelona de la CIA el 25 de mayo», *El Periódico*, 31 de agosto de 2017; y Enric Hernández (2017): «EEUU confirma que alertó a los Mossos», *El Periódico*, de 1 de septiembre de 2017.

77 Fernando Reinares y Carola García-Calvo: «Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto en Ceuta a los atentados en Cataluña», DT, n.º 13/2017 (2017), Real Instituto Elcano, Madrid.

78 Base de Datos Elcano sobre Yihadistas en España (BDEYE).

79 Fernando Reinares & Carola García-Calvo: «Un análisis de los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils», disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/un-analisis-de-los-atentados-terroristas-en-barcelona-y-cambrils/>. Véase además «Los atentados de Cataluña un año después. Reconstrucción de los acontecimientos, interrogantes y lecciones por aprender», *OIET* (2018), 25, disponible en <https://observatoriorterrorismo.com/eedyckaz/2020/08/Los-atentados-de-Cataluna-un-ano-despues.pdf>.

80 Véase Alissa Rubin et al: «Quién era Abdelbaki Essati, el imam que forjó la célula terrorista de Barcelona», *NYT*, 24 de agosto de 2017, disponible en <https://www.nytimes.com/es/2017/08/24/espanol/quien-era-abdelbaki-essati-el-imam-que-forjo-la-celula-terrorista-de-barcelona.html>.

permanecido bloqueadas. La investigación penal que condujo a la condena de tres personas relacionadas con la célula eludió cualquier valoración al respecto. La prensa informa de que este asunto no fue investigado por la Fiscalía, que alegó que excedían del ámbito de la investigación de los atentados.⁸¹ Miguel Ángel Carballo, fiscal de la Audiencia Nacional, afirmó que no había referencias en los autos a la relación entre Es Satty y el Centro Nacional de Inteligencia (CNI) español. Es decir, con la excepción de la visita que uno de los agentes del CNI le hizo en prisión durante 2014.⁸²

Los intentos de recurrir a otras vías institucionales en España fueron igualmente infructuosos. En julio de 2019, ERC y el PDeCAT solicitaron la comparecencia en el Congreso del presidente del Gobierno español, Pedro Sánchez, para que explicara cualquier vinculación del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) con Abdelbaki Es Satty. La petición fue denegada y la comparecencia no se produjo. Además, Junts, ERC, CUP, Bildu y Més Mallorca registraron una solicitud para crear una comisión especial de investigación de los atentados en el Congreso español, también en respuesta a estas declaraciones. Pere Aragonès, presidente de Cataluña, también ha pedido que el Estado español investigue a fondo los atentados. Pero transcurridos más de cuatro años desde su presentación, el Congreso nunca llegó a crear esta comisión especial.

Estos obstáculos y omisiones afectan directamente al derecho a la verdad. Tal como se indica en el Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, elaborado a petición de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “[c]ada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes».⁸³ Así pues, este derecho a la verdad «comprende una acción positiva del Estado para emprender un esfuerzo sostenido y sistemático de investigación y recogida de pruebas» de violaciones, entre otros, del derecho a la vida y a la integridad física con arreglo al CEDH.⁸⁴ En particular, se ha aceptado que el derecho a la verdad ofrece a los demandantes un mecanismo legal para presionar a las autoridades estatales para

81 «El excomisario Villarejo insinúa que el CNI estuvo detrás del atentado del 17A en Cataluña», *RTVE*, 1 de noviembre de 2022, Avalable en <https://www.rtve.es/noticias/20220111/villarejo-cni-atentado-del-17a-cataluna/2253381.shtml>.

82 «La Fiscalía descarta la relación entre el imán de Ripoll y el CNI en la investigación de los atentados del 17A», *RTVE*, disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20180808/fiscalia-descarta-relacion-entre-iman-ripoll-cni-investigacion-atentados-del-17a/1776600.shtml>.

83 Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1 (2005), principio 2.

84 Juan Méndez & Francisco J. Bariffi: «The Right to Truth, International Protection», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17382.pdf> (énfasis añadido).

«revelar (y no destruir) información pertinente»⁸⁵ y para divulgar públicamente los resultados de las investigaciones.⁸⁶ El hecho de que las autoridades españolas se hayan negado hasta ahora a afrontar e investigar firmemente las denuncias que cuestionan ciertos aspectos de las conclusiones de la única investigación penal de estos hechos no supone un cumplimiento pleno de estas normas. En este sentido, puede afirmarse que las autoridades españolas no han estado a la altura de las exigencias del Derecho internacional con respecto al cumplimiento del derecho a la verdad.

V. Conclusiones

En primer lugar, este capítulo ha examinado la base legal y el alcance del derecho a la verdad tal y como es aplicable en España en virtud del Derecho internacional de los derechos humanos, como obligación estipulada en los sistemas europeos y universal. Ha identificado el origen directo de este derecho en las transiciones latinoamericanas como instrumento jurídico que sirve para arrojar luz sobre violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado en contextos de inacción estatal e impunidad generalizada. Además, ha trazado su expansión dentro del sistema interamericano y hacia sus homólogos europeos y africanos, hasta ser finalmente reconocido en el marco del sistema universal. En resumen, muestra cómo este derecho implica en última instancia la obligación de los Estados de llevar a cabo investigaciones imparciales, exhaustivas y rápidas sobre las violaciones de los derechos humanos, y cómo su cumplimiento exige algún tipo de rendición de cuentas. Este derecho fundamental está relacionado con la confianza de los individuos en el compromiso de las autoridades estatales con el Estado de Derecho, su fiabilidad y la importancia de que no se repitan estas violaciones. Por último, este derecho lo disfrutaban de forma conjunta o complementaria las víctimas individuales y los colectivos que hayan podido sufrir daños o verse afectados por determinados acontecimientos.

85 Marloes van Noorloos: «A Critical Reflection on the Right to the Truth About Gross Human Rights Violations», *Human Rights Law Review* (2021), 884, citando, entre otros, el *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Prácticas para el ejercicio efectivo del derecho a la verdad*, A/HRC/12/19 (2009) y el *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, A/HRC/30/42 (2015).

86 Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack Chang/Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C 101 (25 de noviembre de 2003), p. 275.

Este marco ha servido como punto de partida para examinar la respuesta de España a la violencia que se produjo durante los sucesos del 1 de octubre de 2017 y los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils que tuvieron lugar durante el «procés» catalán. Pese a que el capítulo ha documentado el marcado contraste entre el procesamiento de líderes y ciudadanos catalanes y la persecución judicial de agentes de policía y de otras fuerzas de seguridad, reconoce que la actuación de las víctimas y de la sociedad civil ha movido a las autoridades a enfrentarse no solo a actos individuales de violencia, sino también a abordar las denuncias de aspectos sistémicos de la violencia y la posible responsabilidad de mandos medios. En este sentido, no ha encontrado pruebas suficientemente sólidas de que España haya incumplido sus obligaciones internacionales con respecto al derecho a la verdad.

En cambio, hay ciertos aspectos de los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils que las autoridades españolas se han negado a afrontar e investigar de una forma que satisfaga las rigurosas exigencias del derecho a la verdad. Aunque no haya pruebas inequívocas que apunten a una relación entre Abdelbaki Es Satty y el CNI, o sobre si el incumplimiento de sus deberes positivos incidió en la imposibilidad de detectar la trama y evitar los atentados, el reiterado bloqueo a todo intento de indagar en estas cuestiones afecta a las víctimas directas y al pueblo catalán de forma que socava su derecho a la verdad, tal y como es aplicable y vinculante para España. Tal y como se ha documentado en el apartado 2, el derecho a la verdad no pertenece exclusivamente a las personas directamente afectadas, pues también tiene una dimensión colectiva y, por lo tanto, es un derecho colectivo relacionado intrínsecamente con la confianza del grupo en las autoridades públicas. Por tanto, estas conclusiones concretas, en el contexto de los casos más generales de tratamiento diferenciado que el sistema jurídico hace de la violencia contra manifestantes y particulares en Cataluña, tal y como se ha documentado en el apartado 3, parecen apoyar las denuncias de deficiencias sistemáticas o generalizadas en el tratamiento de un grupo objetivamente identificable, de acuerdo con el marco conceptual establecido recientemente por el TJUE.

Confianza mutua, derechos fundamentales y «grupos objetivamente identificables»

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el contexto catalán

La confianza mutua entre los Estados miembros es un principio básico de la Unión Europea, pero durante mucho tiempo ha estado en tensión con la protección de los derechos fundamentales. El libro arroja nueva luz sobre esta relación, a partir del nuevo enfoque adoptado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 2023 sobre los políticos catalanes en el exilio (*Lluís Puig Gordi y otros*). Al permitir que los tribunales nacionales examinen si existen «deficiencias que afecten a grupos objetivamente identificables» en otros Estados miembros, y permitirles rechazar órdenes de detención europeas por este motivo, el Tribunal ha abierto un nuevo espacio para la protección de los derechos humanos, y especialmente de los derechos de las minorías, en la UE. Los capítulos de este libro, escritos por eminentes juristas, analizan el concepto de «grupos objetivamente identificables», con especial atención al contexto catalán del que surgió. Al aclarar el ámbito de aplicación y alcance de este importante concepto, muestran cómo puede ofrecer una nueva oportunidad para la profundización democrática de la UE.

Editado por Neus Torbisco Casals

Carles Puigdemont i Casamajó
Eurodiputado no inscrito

La responsabilidad exclusiva recae en los autores y el Parlamento Europeo no es responsable del uso que pueda hacerse de la información contenida en esta publicación.

Este libro no está a la venta / se distribuye gratuitamente.

