

IV JORNADA
DE DRET PÚBLIC CATALÀ
VÍCTOR FERRO POMÀ

2026

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS
FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

IV JORNADA DE DRET PÚBLIC CATALÀ VÍCTOR FERRO POMÀ

Drets i Llibertats

•

2025

Josep Serrano Daura
(coordinador)

BARCELONA 2026

Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà (4a : 2026 : Barcelona, Catalunya), autor

IV Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà : drets i llibertats. — Primera edició
ISBN 9788499658391

I. Serrano Daura, Josep, editor literari II. Ferro, Víctor, 1936-2007, entitat homenatjada
III. Societat Catalana d'Estudis Jurídics. IV. Títol V. Títol: Quarta Jornada de Dret Públic
Català Víctor Ferro Pomà VI. Títol: Drets i llibertats

1. Drets humans — Congressos. 2. Drets civils — Congressos. 3. Dret públic — Congressos.
4. Dret públic — Catalunya — Història — Congressos.

342.7(063)

342.72/.73(063)

342(063)

342(460.23)(091)(063)

Junta de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics

President: Josep M. Vilajosana i Rubio

Vicepresidenta primera: Mariona Serdà Cabré

Vicepresident segon: Francesc Torrent Cufí

Tresorer: Josep Cruanyes i Tor

Secretari: Pilar Rebaque Mas

Vocals: Xavier Genover i Huguet, Judith Gifreu Font,

Oriol Sagarra i Trias i Josep Serrano Daura

Delegat de l'IEC: Joan Egea Fernàndez

© dels autors dels textos

Editat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics,

filial de l'Institut d'Estudis Catalans

Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Text revisat lingüísticament per Montse Marès Torras

Compost per TGA, SL

ISBN: 978-84-9965-839-1

Dipòsit legal: B 13305-2026

DOI: 10.2436/10.3004.05.1



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari en el text o en el material gràfic— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obra derivada 4.0 Internacional (by-nc-nd) de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.ca>. Així doncs, s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci un ús comercial ni cap obra derivada.

TAULA

PRESENTACIÓ	7
PONÈNCIES	
La declaració universal dels drets humans: gènesi, naturalesa i impacte <i>per Mirentxu Jordana Santiago</i>	11
La llibertat d'expressió i els seus límits penals en la jurisprudència constitucional: problemes i reptes, <i>per Miguel Ángel Cabellos Espiérrez</i>	31
Més enllà del finançament públic: educació segregada per raó de sexe i legitimitat constitucional, <i>per Maria Jesús Larios Paterna</i>	55
L'assetjament antiavortista: desafiaments i crítiques constitucionals, <i>per Babette De Naeyer</i>	79
El dret a la vida privada en la jurisprudència del Tribunal Europeu de Dret Humans, <i>per Marc Carrillo</i>	101
Drets humans, memòria i justícia transicional, <i>per Josep Cruanyes i Tor</i>	109

COMUNICACIONS

Dignitat humana i prohibició dels tractes inhumans i degradants a Europa: del consens universal al desenvolupament jurídic regional, <i>per Georgina Rodríguez Muñoz</i>	123
Drets humans: constitució universal, <i>per Isidre Lluçà</i>	147
L'assemblea de pau i treva fins al regnat de Pere I de Catalunya. De la creació d'un país i la protecció dels seus naturals, a la imposició del règim feudal, <i>per Josep Serrano Daura</i>	153

PRESENTACIÓ

Publiquem les intervencions presentades en la IV Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà, celebrada el 29 d'octubre de 2025 i intitulada a «Drets i Llibertats».

Com s'ha posat de manifest en cada edició, la Societat estima necessari continuar aquesta activitat, amb la seva periodicitat bianual, com una aportació més a l'estudi, el coneixement i la difusió dels diferents aspectes del nostre dret.

Hem d'agrair les aportacions fetes pels ponents i que ara es publiquen. I hem de remarcar que, en aquesta ocasió, la Jornada fou inaugurada per l'honorable conseller de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

Barcelona, maig del 2025
La Junta de Govern de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics

PONÈNCIES

LA DECLARACIÓ UNIVERSAL DELS DRETS HUMANS: GÈNESI, NATURALESA I IMPACTE

Mirentxu Jordana Santiago
*Universitat de Girona*¹

1. INTRODUCCIÓ

L'adopció de la Declaració Universal dels Drets Humans (DUDH) el 10 de desembre de 1948 per l'Assemblea General de les Nacions Unides (AGNU) representa un punt d'inflexió en la història del dret internacional.² Per primera vegada, la comunitat internacional afirmava de manera solemne un catàleg de drets inherents a tota persona pel simple fet de ser humana. De fet, consisteix en un document de trenta articles en què se subratllen els drets humans considerats bàsics i que s'apliquen, sense excepció, a tots els éssers humans.

Tot i això, la DUDH va néixer com una resolució de l'AGNU i, per tant, sense caràcter jurídicament vinculant en sentit estricte. Aquesta aparent debilitat formal contrasta amb la seva extraordinària influència posterior.

Aquest treball té per objecte examinar tres dimensions essencials de la DUDH: la gènesi històrica, la naturalesa jurídica i l'impacte en el desenvolupament del dret internacional i dels ordenaments interns.

2. LA GÈNESI DE LA DECLARACIÓ UNIVERSAL DELS DRETS HUMANS

La gènesi de la DUDH només pot ser entesa adequadament si es contextualitza en el profund trencament històric i jurídic que suposa la Segona Guerra Mundial. Fins a mitjan segle xx, el dret internacional públic es configurava essencialment com

1. Gran part d'aquest treball s'ha desenvolupat durant una estada de recerca al Bonavero Human Rights Institute de la Universitat d'Oxford (*Michaelmas Term*, 2025-2026). L'autora agraeix tots els comentaris rebuts dels seus companys, que han permès enriquir el present treball. Tots els enllaços han estat verificats per darrera vegada el 20 d'abril de 2026. ORCID ID: 0000-0001-7642-852X.

2. Assemblea General de les Nacions Unides, Resolució 217 A (III), del 10 de desembre de 1948. Una versió en català de la DUDH està disponible en línia a: www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/catalan-catala?LangID=cln.

un ordenament entre estats sobirans, en què la protecció dels individus quedava subordinada a la voluntat estatal. En aquest marc, la idea que un estat pogués ser objecte d'escrutini internacional per la manera com tractava la seva pròpia població resultava, en termes generals, aliena a la lògica dominant.

La concepció clàssica de la sobirania, fonamentada en la no ingerència i en l'autonomia absoluta dels estats dins del seu territori, es mostrava incapaç de prevenir o sancionar violacions massives de drets fonamentals. Quan les atrocitats comeses pels nazis durant el Tercer Reich van ser conegudes arreu del món després de la fi de la Segona Guerra Mundial, va haver-hi consens entre la comunitat mundial sobre la necessitat d'una declaració que especificués els drets dels individus. En aquest context neix i es consolida la idea que la protecció de la persona humana no pot quedar reduïda a una qüestió interna, sinó que ha d'esdevenir una preocupació legítima de la comunitat internacional en el seu conjunt.

Malgrat aquest caràcter aparentment rupturista, la DUDH s'inscriu en una tradició jurídica i filosòfica més àmplia. Les grans declaracions de drets de l'època moderna, especialment les del segle XVIII, havien afirmat ja l'existència de drets inherents a la persona. Els filòsofs europeus de la Il·lustració van desenvolupar teories sobre el dret natural que van influir en l'adopció de la *Bill of Rights* pel Parlament d'Anglaterra el 1689, després inclosa en la Constitució dels Estats Units del 1787 i en la Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà que va adoptar el 1789 l'Assemblea Nacional Constituent francesa. Aquest llegat es va veure reforçat pel desenvolupament del constitucionalisme liberal al llarg del segle XIX i, posteriorment, per la progressiva incorporació de drets de caràcter social en el primer terç del segle XX. Tanmateix, aquests avenços es mantenien essencialment en l'àmbit intern dels estats i, per tant, no donaren lloc a un sistema internacional articulat de protecció.

Paral·lelament, l'escenari internacional anterior al 1945 havia conegut algunes iniciatives, encara que parcials i fragmentàries, per a introduir mecanismes de tutela de determinats drets. El sistema de protecció de minories desenvolupat en el marc de la Societat de Nacions, així com les primeres normes internacionals del treball o les regles del dret internacional humanitari, en constitueixen els exemples més rellevants.³

No obstant això, dits instruments presentaven un abast limitat, tant pel que fa als subjectes protegits com als mecanismes de garantia, i no arribaven a configurar un veritable corpus universal per a la protecció dels drets humans.

Des d'un punt de vista normatiu, la inflexió es produeix amb l'adopció de la Carta de les Nacions Unides (CNU) el 1945. Per primera vegada, un tractat internacional amb vocació universal incorpora expressament la promoció dels drets hu-

3. Vegeu Felipe GÓMEZ ISA, «International protection of human rights», a Felipe GÓMEZ ISA i Koen de FEYTER, *International human rights law in a global context*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2009, p. 19-48, esp. p. 22-27.

mans com un dels seus objectius fonamentals. D'aquesta manera, el preàmbul de la CNU enuncia que les parts estan determinades a «reafirmar la fe en els drets fonamentals de l'home, en la dignitat i el valor de la persona humana, en la igualtat de drets d'homes i dones i de les nacions grans i petites». Aquesta afirmació es tradueix en l'articulat en algunes referències concretes. En primer lloc, en l'article 1.3 s'estableix com a objectiu de l'ONU cooperar internacionalment «[...] en el desenvolupament i l'estímul del respecte als drets humans i a les llibertats fonamentals de tothom, sense fer distinció per motius de raça, sexe, idioma o religió». El propòsit es desenvolupa en els articles 55c i 56 de la CNU, sobre la cooperació internacional econòmica i social, on es remarca que es promourà el «respecte universal als drets humans i a les llibertats fonamentals de tots, sense fer distincions per raó de raça, sexe, idioma o religió, i l'efectivitat d'aquests drets i llibertats», vinculat a l'objectiu d'assegurar la pau i la seguretat mundials. I en l'article 16c es reitera això respecte del règim internacional d'administració fiduciària.

Aquestes incursions, tanmateix, es formulen en termes deliberadament generals, sense definir accions concretes ni enumerar els drets en qüestió. El silenci sobre un catàleg de drets, juntament amb una falta de previsió de l'obligació de protegir els drets humans, s'han identificat com dues carències importants de la CNU.⁴ La indeterminació de la CNU respon, en gran manera, a les dificultats d'assolir el consens en un context polític marcat per la coexistència de models ideològics divergents i per les tensions incipients de la Guerra Freda. No és estrany que, un cop conegudes les atrocitats comeses pel nazisme, la falta de definició de la CNU plantegés dubtes sobre la seva verdadera efectivitat en matèria de drets humans.⁵ D'aquesta manera, es va arribar a la conclusió que era necessària una declaració que especifiqués els drets dels individus per tal de donar efectivitat a les disposicions de la CNU en matèria de drets humans. I, per tant, la futura DUDH es va concebre com l'instrument destinat a concretar i desenvolupar els principis que s'enunciaven en la CNU.

El febrer del 1946 el Consell Econòmic i Social (ECOSOC) de les Nacions Unides va crear la Comissió de Drets Humans, la tasca de la qual havia de ser elaborar una «Carta Internacional dels Drets Humans».⁶ Inicialment la Comissió va apostar per la producció de tres instruments diferenciats: una declaració amb valor programàtic, un pacte —o tractat— jurídicament vinculant i un conjunt de mecanismes d'aplicació. No obstant això, la manca d'entusiasme manifestada per alguns estats respecte

4. Rosana Ana ALIJA i Jordi BONET, «El sistema universal de protecció internacional dels drets humans», a Mirentxu JORDANA (ed.), *El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol: Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, EADOP, 2023, p. 15-47, esp. p. 27.

5. Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, drafting and intent*, Filadèlfia, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 329.

6. René CASSIN, «La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 79, núm. II (1951), p. 270.

a l'adopció d'obligacions d'aquest tipus va comportar que la Comissió decidís centrar-se en l'elaboració de la DUDH.⁷

El procés d'elaboració de la DUDH constitueix un exemple paradigmàtic de construcció normativa en un context de pluralisme ideològic i cultural.⁸ La participació de representants d'estats amb tradicions jurídiques molt diverses va donar lloc a un debat intens sobre el contingut, el fonament i l'abast dels drets humans.⁹ Les actes de les sessions mostren que determinats membres del comitè de redacció van exercir una gran influència en la redacció final de la DUDH: la presidenta de la Comissió i delegada estatunidenca Eleanor Roosevelt, el delegat libanès Charles Malik i el delegat xinès P.C. Chang, juntament amb el delegat francès René Cassin.¹⁰ Alguns autors afegeixen a aquesta llista el canadenc John P. Humphrey, el delegat xilè Hernán Santa Cruz i el delegat soviètic Alexei P. Pavlov.¹¹

Lluny de respondre a una concepció homogènia, el text final va ser el resultat d'un compromís entre diferents visions.¹² D'una banda, la tradició liberal occidental insistia en la centralitat dels drets civils i polítics, entesos com a garanties davant del poder estatal. De l'altra, els estats amb orientació socialista defensaven la inclusió de drets econòmics i socials, considerats indispensables per a una llibertat real i efectiva. A aquest debat, s'hi afegien aportacions provinents de contextos culturals no occidentals, que posaven l'accent en la dimensió comunitària de la persona i en la relació entre drets i deures.

Aquesta pluralitat permet defensar que la DUDH no és fruit d'una única tradició —ni occidental, ni cristiana, ni liberal—, sinó el resultat d'un consens intercultural sobre la dignitat humana. I, de fet, el resultat va ser un text de caràcter universal, que

7. La falta de voluntat no era igual per a tots els estats; per exemple, el Regne Unit o Austràlia eren partidaris d'aprovar un instrument vinculant en lloc d'una mera declaració. Vegeu Albert VERDOOT, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Lovaina, Nauwelaerts, 1964, p. 54.

8. La composició de la Comissió buscava una àmplia representativitat de la comunitat internacional amb els representants dels països següents: Austràlia, Bèlgica, República Socialista Soviètica de Bielorússia, Cuba, Egipte, Estats Units, Filipines, França, Iugoslàvia, Índia, Iran, Líban, Panamà, Regne Unit, Unió Soviètica, Uruguai, Xile i Xina.

9. La idea que una carta de drets acceptable havia de centrar-se en qüestions pràctiques més que no pas en marcs teòrics va ser defensada obertament per diversos ponents convidats. Vegeu Jacques MARITAIN, «On the philosophy of human rights», a UNESCO (ed.), *Comments and interpretations: A Symposium*, Londres, Wingate, 1949, p. 72-77, esp. p. 72.

10. Mary Ann GLENDON, *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nova York, Random House, 2001, p. 230.

11. Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, p. 28-31.

12. La Comissió va haver de fer front a diferents obstacles i dificultats. En aquest sentit resulta interessant la lectura de John P. HUMPHREY, «The Universal Declaration of Human Rights: its history, impact and juridical character», a Bertrand G. RAMCHARAN (ed.), *Human Rights: Thirty years after the Universal Declaration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1979, p. 21-37.

evita referències culturals o religioses concretes i fonamenta els drets en la dignitat inherent a la persona humana. Cal remarcar que, a diferència d'altres textos, la DUDH no separa els drets civils i polítics dels drets econòmics, socials i culturals; els entén com a interdependents i indivisibles.¹³ Malgrat que, com bé indica la doctrina científica, les divergències romanen i el debat de la indivisibilitat no va quedar tancat,¹⁴ la inclusió de determinats drets de segona generació en la DUDH continua essent un missatge potent en un món que tendeix a jerarquitzar els drets segons interessos econòmics o geopolítics.

Aquest equilibri entre posicions diverses explica en gran manera l'estructura i el contingut de la DUDH, així com el seu caràcter deliberadament obert. En aquest sentit, la noció de *dignitat humana* emergeix com el fonament conceptual del conjunt del text. Es tracta d'una idea amb una elevada capacitat d'integració, segurament perquè admet interpretacions diverses i no es vincula de manera exclusiva a una tradició filosòfica concreta, cosa que evita les formulacions metafísiques i religioses.¹⁵ Així, el primer paràgraf del preàmbul de la DUDH indica que «el reconeixement de la dignitat inherent i dels drets iguals i inalienables de tots els membres de la família humana és el fonament de la llibertat, la justícia i la pau en el món». Alguns autors han identificat el recurs a la dignitat humana com un indicador de la falta de consens,¹⁶ considerant el concepte buit de significat.¹⁷ Ara bé, l'ambigüitat, lluny de constituir una feblesa, va permetre construir un llenguatge comú capaç de superar, almenys parcialment, les diferències ideològiques i culturals dels estats participants.¹⁸

Una altra característica fonamental del procés d'elaboració de la DUDH és la decisió d'adoptar un instrument jurídicament no vinculant. Aquesta opció respon a consideracions tant polítiques com pragmàtiques. En un context internacional marcat per fortes tensions, la imposició d'obligacions jurídiques estrictes hauria dificultat

13. La indivisibilitat i la interdependència dels drets humans han estat clarament reafirmades en diverses resolucions de l'AGNU. A tall d'exemple vegeu *Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración y programa de acción*, Viena, 14-25 de juny de 1993, A/CONF. 157/23. Disponible en línia a: <https://docs.un.org/es/A/Conf.157/23>.

14. Antonio CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 72.

15. Michael NOVAK, «Human dignity, human rights», *First Things*, núm. 97 (novembre 1999), p. 39-42.

16. Michael WELKER, «Theological anthropology versus anthropological reductionism», a R. Kendall SOULEN i Linda WOODHEAD (ed.), *God and human dignity*, Grand Rapids, William B. Eerdmans Publishing Company, 2006, p. 317-330, esp. p. 328.

17. Glenn TINDER, «Facets of personal dignity», a Robert KRAYNAK i Glenn TINDER (ed.), *In defense of human dignity: Essays for our times*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2003, p. 237-245, esp. p. 238.

18. Glenn HUGHES, «The concept of dignity in the Universal Declaration of Human Rights», *Journal of Religious Ethics*, núm. 39, vol. 1 (març 2011), p. 1-24.

enormement l'adopció d'un text amb vocació universal. La forma declarativa permetia, en canvi, establir un estàndard comú sense exigir un compromís jurídic immediat, cosa que va facilitar una acceptació més àmplia. Paradoxalment, aquesta manca de força vinculant formal es convertiria amb el temps en un dels factors clau de la seva influència.

La DUDH va ser finalment adoptada el 10 de desembre de 1948 per l'AGNU amb una àmplia majoria i sense cap vot en contra, tot i que no per unanimitat.¹⁹ Les abstencions registrades reflecteixen les tensions ideològiques i polítiques del moment,²⁰ així com les reserves d'alguns estats davant determinats aspectes del text. Tanmateix, el suport majoritari atorgat a la DUDH li confereix una legitimitat significativa com a expressió de la voluntat de la comunitat internacional en el moment fundacional.

Des d'una perspectiva crítica, la gènesi de la DUDH pot ser interpretada com el resultat d'un consens mínim, condicionat per les circumstàncies històriques i per l'equilibri de forces de la postguerra. No obstant això, aquesta mateixa característica explica en gran manera la seva capacitat de projecció. Lluny de ser un text tancat i exhaustiu, la DUDH es presenta com un marc normatiu obert, susceptible de desenvolupament i reinterpretació. En aquest sentit, més que no pas un punt d'arribada, constitueix el punt de partida d'un procés dinàmic de construcció del dret internacional dels drets humans. Aquesta evolució no va implicar la desaparició de la lògica estatal, però va configurar un marc internacional en què la dignitat humana havia de ser un valor de referència compartit.

19. La resolució es va aprovar amb quaranta-vuit vots a favor i cap en contra. Els estats que van votar a favor van ser: Afganistan, Argentina, Austràlia, Bèlgica, Birmània, Bolívia, Brasil, Canadà, Colòmbia, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, República Dominicana, Egipte, El Salvador, Equador, Estats Units, Etiòpia, Filipines, França, Grècia, Guatemala, Haití, Països Baixos, Islàndia, Índia, Iran, Iraq, Líban, Libèria, Luxemburg, Mèxic, Nicaragua, Nova Zelanda, Noruega, Pakistan, Panamà, Paraguai, Perú, Regne Unit, Síria, Suècia, Tailàndia, Turquia, Uruguai, Veneçuela, Xile i Xina. Tant Hondures com el Iemen no van estar presents en la votació.

20. A més de Sud-àfrica i l'Aràbia Saudita, es van abstenir la Unió Soviètica i els seus aliats: Bielorússia, Iugoslàvia, Polònia, Txecoslovàquia i Ucraïna. Els països del bloc soviètic ja havien mostrat cert descontentament abstenint-se durant les votacions de la Comissió, especialment per no estar d'acord amb determinades parts de la DUDH. Sud-àfrica es va mostrar completament contrària a la inclusió de drets econòmics, socials i culturals, mentre que l'Aràbia Saudita tenia forts dubtes basats en la seva tradició religiosa i de família.

3. LA NATURALESIA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓ UNIVERSAL DELS DRETS HUMANS

La naturalesia jurídica de la DUDH constitueix una de les qüestions més debatudes dins del dret internacional públic contemporani.²¹ Des del punt de vista formal, la DUDH va ser adoptada com una resolució de l'AGNU i, en conseqüència, no presenta caràcter jurídicament vinculant en els termes propis d'un tractat internacional. Aquesta constatació inicial podria conduir a una conclusió aparentment senzilla: la DUDH és un instrument merament programàtic o de valor polític. Tanmateix, l'evolució del dret internacional i la pràctica dels estats han posat en qüestió aquesta lectura estrictament formalista i han situat la DUDH en una posició molt més complexa dins l'arquitectura normativa internacional.

En efecte, la DUDH ha estat tradicionalment qualificada com un instrument de *soft law*, categoria doctrinal que intenta descriure els instruments que, sense ser jurídicament vinculants en sentit estricte, produeixen efectes jurídics indirectes²² o exerceixen una influència normativa significativa.²³ Aquesta qualificació, però, no resol completament el problema de la seva naturalesia, sinó que més aviat el desplaça cap a una anàlisi funcional del seu impacte en el sistema jurídic internacional. La força de la DUDH no deriva tant de la seva forma jurídica com del seu contingut, de la seva acceptació generalitzada i de la seva reiterada invocació per part d'estats, tribunals i organitzacions internacionals.

En aquest sentit, la DUDH ha adquirit progressivament una autoritat normativa que transcendeix el seu origen formal.²⁴ Aquesta autoritat es manifesta, en primer lloc, en la seva capacitat per a influir en la interpretació i el desenvolupament del dret internacional convencional. De fet, un cop aprovada la DUDH, la Comissió va seguir treballant en un instrument de naturalesia vinculant que desenvolupés les seves disposicions. Ateses les exigències de determinats estats que consideraven que hi havia dos grups de drets considerablement diferents, finalment es van proposar dues convencions. Es pot afirmar, doncs, que el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics²⁵

21. Vegeu Manuel Díez DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 636 i seg.

22. Linda SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 112.

23. Vegeu Oana ȘTEFAN, «European Union soft law: new developments concerning the divide between legally binding force and legal effects», *Modern Law Review*, núm. 75 (2012), p. 879-893.

24. De fet, tota disposició de *soft law* conté certa «expectativa» de convertir-se en *hard law*. Vegeu Andrew GUZMAN i Timothy MEYER, «International soft law», *Journal of Legal Analysis*, núm. 2 (2010), p. 171-225, esp. p. 175.

25. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Disponible en línea a: www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights.

i el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals²⁶ es fonamenten en gran manera en els principis i drets enunciats en la DUDH. Aquesta relació no és merament inspiradora, sinó que és estructural, ja que molts dels drets recollits en aquests instruments constitueixen un desenvolupament jurídic de les formulacions més generals presents en la DUDH. Val a dir que ambdós pactes van entrar en vigor a principis de l'any 1976, moment en què van assolir les ratificacions necessàries. L'absència d'un instrument jurídicament vinculant durant un llarg període —almenys des del 1948 fins al 1976— possiblement explica una invocació intensiva de la DUDH.²⁷ Aquest fenomen va facilitar l'aparició d'un constructe internacional sobre el contingut dels drets humans.

En aquesta línia, una part significativa de la doctrina internacionalista ha defensat que diversos continguts de la DUDH s'han consolidat per la via del dret internacional consuetudinari.²⁸ Aquesta tesi es fonamenta en la idea que determinades disposicions de la DUDH han estat progressivament acceptades com a expressió d'una *opinio iuris* generalitzada, reforçada per una pràctica estatal consistent. En aquest sentit, la reiteració constant de la DUDH en resolucions internacionals, decisions judicials i pràctiques constitucionals internes ha contribuït a transformar alguns dels seus preceptes en normes consuetudinàries, especialment les relatives a la prohibició de la tortura, l'esclavitud o la discriminació.

Tanmateix, aquesta construcció no està exempta de controvèrsia doctrinal. Una part de la literatura jurídica adverteix del risc d'una «juridificació excessiva» de la DUDH, ja que la seva naturalesa originària no era la d'un instrument normatiu vinculant.²⁹ Des d'aquesta perspectiva, la seva transformació en obligatòria podria erosionar la distinció entre fonts formals i instruments polítics. Altres autors, en canvi, sostenen que aquesta evolució és precisament una manifestació de la dinàmica pròpia del dret internacional contemporani, en què la rigidesa formal de les fonts cedeix progressivament davant la força de la pràctica i del consens normatiu.³⁰ De fet, remarquen que la consolidació de determinats drets per la via consuetudinària s'ha dut a terme a diferents velocitats i que en el cas dels drets econòmics i socials només n'afecta un nucli mínim.³¹

26. Vegeu la nota anterior.

27. Jaime ORAÁ, «The Universal Declaration of Human Rights», a Felipe GÓMEZ ISA i Koen de FEYTER, *International human rights law in a global context*, p. 19-48, esp. p. 22-23.

28. Rosana Ana ALIJA i Jordi BONET, «El sistema universal de protecció internacional dels drets humans», p. 20 i seg.

29. Vegeu Theodor MERON, *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 246 i seg.

30. Vegeu Jochen von BERNSTORFF, «The changing fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: genesis and symbolic dimensions of the turn to rights in international law», *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 5 (novembre 2008), p. 903-924.

31. Christian TOMUSCHAT, *Human rights between idealism and realism*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 42.

Un altre element fonamental per a comprendre la naturalesa jurídica de la DUDH és la seva relació amb la CNU. Tot i que la CNU no conté una enumeració detallada dels drets humans, estableix l'obligació dels estats membres de promoure'n el respecte universal i efectiu. Com s'ha afirmat anteriorment, la DUDH ha estat sovint interpretada com una concreció autoritzada dels principis continguts en la CNU, fet que li confereix una autoritat interpretativa indirecta. Aquesta funció ha estat reforçada per la pràctica reiterada dels òrgans de les Nacions Unides, que han utilitzat la DUDH com a referència normativa en nombrosos àmbits d'actuació. A tall d'exemple, el Consell de Drets Humans de les Nacions Unides invoca habitualment els seus preceptes en resolucions; per exemple, la Resolució sobre la promoció, protecció i gaudi dels drets humans a Internet remet explícitament a l'article 19 de la DUDH.³² Igualment, el Comitè de Drets Humans ha reconegut en els seus comentaris generals —com l'Observació general núm. 34, sobre la llibertat d'expressió—³³ que el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics s'ha d'interpretar tenint en compte la DUDH. Paral·lelament, el Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals recorre a la DUDH en instruments —com l'Observació general núm. 4, sobre el dret a un habitatge adequat—³⁴ en connexió amb el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals. Finalment, l'AGNU ha reafirmat el valor normatiu de la DUDH en textos com la Declaració sobre el Dret al Desenvolupament.³⁵

Aquesta dimensió interpretativa es veu també reflectida en l'àmbit jurisdiccional. Diversos tribunals internacionals i regionals han invocat la DUDH com a criteri hermenèutic per a interpretar disposicions de tractats de drets humans o per a identificar estàndards mínims de protecció. A tall il·lustratiu, la pràctica del Tribunal Internacional de Justícia confirma igualment aquestes funcions de la DUDH. Així, en l'afer Barcelona Traction, el Tribunal va identificar l'existència d'obligacions *erga omnes* en matèria de drets humans, inspirant-se en els principis universals recollits en la DUDH.³⁶ En una línia similar, en l'opinió consultiva sobre Namíbia, la condemna del règim d'apartheid es fonamenta en estàndards de drets humans que troben en la

32. Consell de Drets Humans, Resolució 32/13, de l'1 de juliol de 2016, *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. Disponible en línia a: <https://digitallibrary.un.org/record/845727>.

33. Comitè de Drets Humans, Observació general núm. 34, *Artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión*. Disponible en línia a: www.refworld.org/es/leg/coment/ccpr/2011/es/83764.

34. Comitè de Drets Econòmics i Socials, Observació general núm. 4, *El derecho a una vivienda adecuada* (art. 11). E/1991/23. Disponible en línia a: www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1991/133015.

35. Assemblea General de les Nacions Unides, Resolució 41/128, del 4 de desembre de 1986, *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. Disponible en línia a: www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development.

36. Tribunal Internacional de Justícia, Sentència del 5 de febrer de 1970, *case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Disponible a: www.icj-cij.org/case/50.

DUDH una expressió paradigmàtica.³⁷ Posteriorment, en el cas dels ostatges diplomàtics a Teheran, el Tribunal va recórrer a drets fonamentals de la persona —com la llibertat i la seguretat— en coherència amb el catàleg de la DUDH.³⁸ Aquesta funció es consolida en l'opinió consultiva sobre el mur a Palestina, on el Tribunal integra el dret internacional dels drets humans en el seu raonament,³⁹ i es projecta igualment en l'assumpte Ahmadou Sadio Diallo, en què la protecció dels drets individuals es construeix sobre instruments convencionals com el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, hereu directe de la DUDH.⁴⁰ En conjunt, aquest bloc jurisprudencial evidencia que la DUDH, malgrat la seva naturalesa no vinculant, opera com a estàndard normatiu de referència i com a expressió dels principis generals del dret internacional dels drets humans. Encara que la seva utilització no transforma automàticament la DUDH en dret vinculant, contribueix a reforçar la seva posició com a referent normatiu indiscutible dins del sistema internacional.

Paral·lelament, la influència de la DUDH s'ha projectat de manera significativa en els ordenaments jurídics interns. Moltes constitucions adoptades després del 1948 la mencionen com a referent, incorporen drets que reflecteixen directament el seu contingut i en nombrosos sistemes jurídics els tribunals nacionals la utilitzen com a element interpretatiu rellevant.⁴¹ Aquest fenomen de constitucionalització dels drets humans ha contribuït a consolidar la percepció de la DUDH com a expressió d'un estàndard jurídic comú, més enllà de la seva forma no vinculant.

En definitiva, la naturalesa jurídica de la DUDH es caracteritza per una tensió permanent entre forma i efecte, entre el seu origen com a resolució no vinculant i la seva evolució com a referència normativa central del dret internacional dels drets humans. Aquesta tensió no pot ser resolta mitjançant una qualificació única i definitiva,

37. Tribunal Internacional de Justícia, Opinió consultiva del 21 de juny de 1971, *Legal consequences for states of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Disponible en línia a: www.icj-cij.org/case/53.

38. Tribunal Internacional de Justícia, Sentència del 24 de maig de 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Disponible en línia a: www.icj-cij.org/case/64.

39. Tribunal Internacional de Justícia, Opinió consultiva del 9 de juliol de 2004, *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*. Disponible en línia a: www.icj-cij.org/case/131.

40. Tribunal Internacional de Justícia, Sentència del 30 de novembre de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Disponible en línia a: www.icj-cij.org/case/103.

41. La Constitució espanyola incorpora de manera explícita la influència de la DUDH tant en el seu preàmbul com en diversos preceptes del títol I. En concret, l'article 10.1 estableix que la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents i el lliure desenvolupament de la personalitat constitueixen el fonament de l'ordre polític i la pau social, formulació que remet directament a l'article 1 de la DUDH (igual dignitat de tots els éssers humans). Així mateix, l'article 10.2 preveu que les normes relatives als drets fonamentals s'han d'interpretar de conformitat amb la DUDH i amb els tractats internacionals sobre la matèria, consolidant el seu valor interpretatiu.

sinó que ha de ser entesa com una expressió de la complexitat del dret internacional contemporani. Atès que la DUDH no és un tractat, però tampoc no és un simple document polític, cal situar-la en un espai intermedi en què la seva autoritat deriva de la seva acceptació universal i la seva capacitat d'influenciar en el sistema jurídic internacional.

Aquesta ambigüitat estructural és, en última instància, una de les claus de la seva eficàcia. La seva força no rau en la coercibilitat directa, sinó en la seva capacitat de definir allò que la comunitat internacional entén com a estàndard mínim de dignitat humana. És precisament aquesta combinació de flexibilitat jurídica i autoritat moral la que ha permès a la DUDH transcendir el seu context històric inicial i esdevenir un pilar fonamental de l'ordre internacional contemporani.

4. L'IMPACTE DE LA DECLARACIÓ UNIVERSAL DELS DRETS HUMANS EN EL DRET INTERNACIONAL DELS DRETS HUMANS

L'impacte més immediat i estructural de la DUDH es manifesta en el fet d'haver esdevingut l'eix vertebrador del desenvolupament posterior del dret internacional dels drets humans. Tot i la seva naturalesa, la DUDH ha funcionat com un marc de referència constant en el procés de codificació internacional iniciat després de la Segona Guerra Mundial. En aquest sentit, la seva importància no rau únicament en el contingut dels drets proclamats, sinó en la seva capacitat d'haver fixat una arquitectura conceptual que ha orientat la producció normativa ulterior.

Aquesta funció estructuradora es reflecteix de manera especialment clara en el desenvolupament dels principals instruments convencionals adoptats en el si de les Nacions Unides. Els pactes internacionals del 1966 constitueixen l'expressió més evident d'aquest procés de positivització, ja que transformen en obligacions jurídiques vinculants un conjunt de drets ja formulats en la DUDH.⁴² Tanmateix, més enllà d'aquesta relació directa, la DUDH ha operat com a criteri de coherència sistèmica, assegurant que el desenvolupament del dret internacional dels drets humans es fes a partir d'un nucli comú de valors i principis.

El desenvolupament del dret internacional dels drets humans després del 1948 es caracteritza per ser un procés accelerat de codificació, en què la DUDH ha exercit una influència determinant tant en l'estructura com en el contingut dels tractats adoptats. En aquest sentit, la DUDH no només ha inspirat el contingut material dels drets, sinó que també ha condicionat la seva sistematització i la seva comprensió com a conjunt interdependent.

42. Rosana Ana ALIJA i Jordi BONET, «El sistema universal de protecció internacional dels drets humans», p. 22.

Més de setanta-cinc anys després de la proclamació de la DUDH, el desenvolupament d'un entramat d'instruments jurídics i polítics per a la protecció dels drets humans a escala mundial és innegable. De fet, la seva capacitat d'influència es manifesta en la proliferació d'instruments internacionals sectorials que desenvolupen drets específics, com ara la prohibició de la tortura,⁴³ la protecció dels drets dels infants⁴⁴ o la lluita contra la discriminació racial,⁴⁵ entre altres. En tots aquests casos, la DUDH opera com a punt de partida normatiu, proporcionant el llenguatge jurídic inicial a partir del qual es construeixen obligacions més detallades i articulades tècnicament. Aquest procés de desenvolupament progressiu ha contribuït a consolidar una veritable «constel·lació normativa» en matèria de drets humans, en què la DUDH continua ocupant una posició central.

La influència de la DUDH també es projecta de manera significativa en l'àmbit regional. Tot i que la DUDH no constitueix una font directa de competència judicial, els tribunals regionals han fet referència als seus principis com a elements interpretatius de gran autoritat.

Els tribunals regionals com el Tribunal Europeu de Drets Humans i la Cort Interamericana de Drets Humans han utilitzat reiteradament la DUDH com a instrument interpretatiu auxiliar. En el cas europeu, tot i que la Convenció Europea de Drets Humans (CEDH) constitueix la base normativa directa, el Tribunal ha fet servir la DUDH com a expressió de principis generals del dret internacional dels drets humans. Així, en el cas *Soering* contra el Regne Unit, el Tribunal va reforçar la interpretació de la prohibició de tractes inhumans (article 3 de la CEDH) d'acord amb estàndards universals ja recollits en la DUDH.⁴⁶ De manera similar, en l'assumpte *Pretty* contra el Regne Unit, la protecció de la dignitat i la vida privada es contextualitza dins d'un marc evolutiu dels drets humans d'abast universal, del qual la DUDH és el punt de partida.⁴⁷ En el sistema interamericà, la Convenció Americana sobre Drets

43. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/46, del 10 de diciembre de 1984, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Disponible en línea a: www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading.

44. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Disponible en línea a: www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child.

45. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Disponible en línea a: www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial.

46. Tribunal Europeu de Drets Humans, Sentència del 7 de juliol de 1989, cas *Soering vs. el Regne Unit* (núm. 14038/88). Disponible en línea a: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>.

47. Tribunal Europeu de Drets Humans, Sentència del 29 d'abril de 2002, cas *Pretty vs. el Regne Unit* (núm. 2346/02). Disponible en línea a: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>.

Humans també es complementa amb la DUDH com a referent interpretatiu. La Cort Interamericana de Drets Humans ha afirmat reiteradament el caràcter universal dels drets humans i ha utilitzat la DUDH per a determinar l'abast de les obligacions estatals. En el cas *Velásquez Rodríguez contra Honduras*,⁴⁸ per exemple, el Tribunal va recórrer a estàndards internacionals generals —incloent-hi la DUDH— per a definir el contingut del dret a la vida i la prohibició de les desaparicions forçades. Igualment, en l'assumpte *Awas Tingni contra Nicaragua*, la protecció del dret a la propietat comunal dels pobles indígenes es fonamenta en una lectura evolutiva dels drets humans en què la DUDH actua com a referència estructural.⁴⁹ Aquest tipus de jurisprudència evidencia que en aquests sistemes regionals la DUDH opera com a paràmetre interpretatiu transversal que reforça la coherència i la universalitat del sistema internacional de protecció dels drets humans. Així, la DUDH contribueix a reforçar la coherència dels estàndards de protecció i a dotar de contingut evolutiu els drets reconeguts convencionalment, especialment en àmbits en què els tractats utilitzen formulacions obertes o principis generals.

En conjunt, l'impacte de la DUDH en el dret internacional dels drets humans s'ha de comprendre com un procés complex i gradual de normativització, interpretació i recepció multiescalar. La seva força no deriva de la seva obligatorietat formal, sinó de la seva capacitat per a generar consensos normatius duradors, orientar el desenvolupament del dret internacional i influir profundament en la configuració dels ordenaments interns. Aquesta combinació d'autoritat moral, projecció institucional i efectivitat interpretativa explica la seva posició singular dins del sistema jurídic internacional contemporani.

5. REPTES CONTEMPORANIS DE LA DECLARACIÓ UNIVERSAL DELS DRETS HUMANS

Una de les crítiques més persistents dirigides a la DUDH és la relativa a la seva pretensió d'universalitat, sovint qüestionada per part de la doctrina per reflectir valors històricament situats en el context occidental,⁵⁰ així com per la dificultat d'articular un

48. Cort Interamericana de Drets Humans, Sentència del 29 de juliol de 1988, cas *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo, sèrie C, núm. 4. Disponible en línia a: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883974802>.

49. Cort Interamericana de Drets Humans, Sentència del 31 d'agost de 2001, cas *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas, sèrie C, núm. 79. Disponible en línia a: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883975917>.

50. Vegeu, *inter alia*, Makau wa MUTUA, «Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights», *Harvard International Law Journal*, núm. 42 (2001), p. 201-245; i Upendra BAXI, *The future of human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

consens intercultural genuí sobre el seu contingut.⁵¹ Des de la seva adopció, diversos autors i estats han qüestionat fins a quin punt els valors que recull la DUDH poden ser considerats realment universals o si, per contra, reflecteixen predominantment una determinada tradició cultural, filosòfica i política associada al pensament liberal occidental de la postguerra. Aquesta tensió s'ha articulada doctrinalment a través del debat entre universalisme i relativisme cultural. Mentre que la perspectiva universalista defensa que els drets humans són inherents a la dignitat humana i, per tant, aplicables a qualsevol context cultural, les posicions relativistes subratllen que la concepció dels drets i de la persona varia segons les tradicions històriques, religioses i socials. Aquesta controvèrsia no ha estat resolta, sinó que ha acompanyat de manera constant el desenvolupament del dret internacional dels drets humans.

En aquest sentit, la DUDH ha estat acusada a vegades de projectar una visió homogènia de la dignitat humana que no sempre reflecteix la diversitat real de les societats contemporànies.⁵² Tanmateix, també es pot argumentar que la seva formulació oberta i la seva estructura deliberadament inclusiva han permès precisament una recepció intercultural àmplia, fet que explicaria la seva perdurabilitat.⁵³

Un segon repte fonamental es refereix a la distància existent entre el reconeixement normatiu dels drets humans i la seva efectivitat real. Tot i el desenvolupament progressiu d'un sistema internacional sofisticat de protecció, les violacions greus i sistemàtiques de drets humans continuen essent una realitat en nombrosos contextos.

Aquest desfasament posa de manifest les limitacions estructurals del dret internacional dels drets humans, que depèn en gran manera de la voluntat dels estats per a la seva implementació efectiva.⁵⁴ La manca d'un sistema coercitiu centralitzat equiparable amb el dels ordenaments interns dificulta l'execució de les obligacions internacionals i debilita, en ocasions, l'eficàcia real dels mecanismes de protecció.⁵⁵ En aquest context, la DUDH, tot i la seva autoritat normativa, evidencia també els límits d'un sistema basat en el consens i la cooperació voluntària, sobretot quan es confronta amb situacions de conflicte, autoritarisme o col·lapse institucional.

51. Vegeu, *inter alia*, Abdullahi Ahmed AN-NA'IM, *Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus*, Filadèlfia, University of Pennsylvania Press, 1992; i Jack DONNELLY, *Universal human rights in theory and practice*, Ithaca, Cornell University Press, 2013.

52. Sally MERRY, «Transnational human rights and local activism: mapping the middle», *American Anthropologist*, núm. 108 (2006), p. 38-51.

53. Vegeu Mary Ann GLENDON, *A world made new*.

54. Oona HATHAWAY, «Do human rights treaties make a difference?», *Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 8 (2002), p. 1935-2042.

55. Vegeu Ian BROWNLIE, *Principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Un altre dels reptes contemporanis més rellevants és la creixent fragmentació del sistema internacional de protecció dels drets humans.⁵⁶ Malgrat l'existència d'un marc comú de referència, encarnat en la DUDH, el desenvolupament del dret internacional ha donat lloc a una multiplicació d'instruments, òrgans i jurisdiccions amb àmbits competencials diversos i, en ocasions, solapats.

Aquesta fragmentació pot generar tensions interpretatives i divergències en l'aplicació dels estàndards de protecció. Diferents tribunals internacionals o regionals poden adoptar lectures no coincidents sobre l'abast dels drets humans, la qual cosa dificulta la construcció d'un sistema completament coherent i uniforme. En aquest escenari, la DUDH continua operant com a element unificador, però la seva capacitat harmonitzadora es veu condicionada per la complexitat institucional del sistema actual.

Finalment, un dels reptes més recents i preocupants és la possible erosió del consens polític internacional entorn dels drets humans. En les darreres dècades s'ha observat un augment dels discursos polítics que qüestionen la universalitat o la prioritat dels drets humans en nom de la sobirania estatal, la seguretat nacional o determinats valors culturals o religiosos. Aquest fenomen no implica necessàriament un rebuig explícit de la DUDH, però sí una reinterpretació restrictiva o selectiva dels seus principis. En alguns casos això es tradueix en una aplicació desigual dels estàndards internacionals o en una reducció de l'espai efectiu de protecció dels drets humans. Aquesta tendència planteja un repte fonamental per a la vigència futura de la DUDH, ja que la seva eficàcia depèn no només del seu valor normatiu, sinó també del consens polític i social que la sosté a escala global.

Les crítiques i els reptes contemporanis de la DUDH no qüestionen necessàriament la seva centralitat dins del dret internacional, però en revelen les tensions internes i les limitacions estructurals. La seva capacitat d'adaptació a contextos canviants, així com la seva interpretació evolutiva per part de tribunals i institucions internacionals, continuen essent elements clau per a la seva vigència. Tanmateix, els desafiaments actuals obliguen a reconsiderar constantment els mecanismes de protecció i a reforçar els instruments que permetin traduir els seus principis en garanties efectives en un món cada vegada més complex i interdependent.

56. Sobre la fragmentació, vegeu COMISSIÓ DE DRET INTERNACIONAL, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law* (2006). Disponible en línia a: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf. El mateix autor d'aquest informe ha escrit sobre la fragmentació en camps més especialitzats. Per exemple, vegeu Martti KOSKENNIEMI, «The fate of public international law: between technique and politics», *Modern Law Review*, núm. 70 (2007), p. 1-30.

6. CONCLUSIONS

La DUDH constitueix, més de set dècades després de la seva adopció, un dels instruments més rellevants i influents del dret internacional contemporani. La seva importància no pot ser explicada adequadament si es redueix a la seva naturalesa formal, atès que es tracta d'una resolució de l'AGNU sense caràcter jurídicament vinculant. Al contrari, la seva rellevància jurídica, política i cultural deriva d'un procés complex de recepció, interpretació i desenvolupament que ha transformat profundament el sistema internacional de protecció dels drets humans.

L'anàlisi desenvolupada permet constatar, en primer lloc, que la DUDH sorgeix en un moment històric de ruptura profunda amb el paradigma clàssic del dret internacional. La Segona Guerra Mundial i les seves conseqüències van posar de manifest les insuficiències d'un sistema basat exclusivament en la sobirania estatal i en la no ingerència, i van evidenciar la necessitat d'introduir límits normatius a l'actuació dels estats en relació amb les persones que tenen sota la seva jurisdicció. En aquest context, la DUDH no només respon a una exigència moral i política, sinó també a una necessitat estructural de reconfiguració del dret internacional.

Tanmateix, la seva adopció no pot ser interpretada com la imposició d'un model jurídic homogeni o acabat, sinó com la construcció d'un consens mínim en un context de fortes tensions ideològiques, culturals i polítiques. Aquesta naturalesa compromissària explica alhora la seva amplitud i la seva ambigüitat, així com la seva capacitat d'adaptació posterior. La DUDH no estableix un sistema tancat de protecció, sinó un marc normatiu obert que ha permès el desenvolupament progressiu del dret internacional dels drets humans.

En segon lloc, l'anàlisi de la naturalesa jurídica de la DUDH revela la insuficiència de les categories clàssiques del dret internacional per a descriure adequadament la seva posició en el sistema normatiu. Situada formalment fora de les fonts tradicionals del dret internacional, la DUDH ha adquirit, no obstant això, una autoritat normativa indiscutible a través de la seva reiterada invocació en la pràctica estatal, en la jurisprudència internacional i en l'activitat dels òrgans de les Nacions Unides. Aquesta evolució posa de manifest la importància creixent dels instruments de *soft law* com a mecanismes de producció normativa en l'ordre internacional contemporani.

En aquest sentit, la DUDH ha contribuït de manera decisiva a la formació del dret internacional dels drets humans com a sistema coherent i autònom. Ha servit com a base conceptual per a la codificació convencional posterior, ha influït en la interpretació dels tractats internacionals i ha participat, segons una part rellevant de la doctrina, en la cristal·lització de normes consuetudinàries. Aquesta multiplicitat de funcions evidencia que la seva eficàcia no depèn de la coercibilitat directa, sinó de la seva capacitat d'estructurar el consens normatiu internacional al voltant de la idea de dignitat humana.

En tercer lloc, l'impacte de la DUDH en el dret internacional i en els ordenaments interns confirma la seva posició central dins del sistema global de protecció dels drets humans. La seva influència en la codificació dels principals tractats internacionals, la seva utilització com a criteri interpretatiu per part de tribunals internacionals i regionals, així com la seva recepció en els ordenaments constitucionals, demostren que la DUDH ha transcendit àmpliament el seu context històric d'origen. Aquesta projecció multiescalar ha contribuït a consolidar un llenguatge jurídic comú en matèria de drets humans, que opera simultàniament en els àmbits internacional i intern.

No obstant això, aquesta centralitat normativa no ha eliminat les tensions i les contradiccions inherents al sistema. Les crítiques relatives a la universalitat dels drets humans, les dificultats d'implementació efectiva, la fragmentació institucional del sistema internacional i els nous reptes derivats de la transformació tecnològica i global, constitueixen factors que posen a prova la vigència i l'eficàcia dels principis proclamats el 1948. En aquest sentit, la DUDH es troba en un procés constant de reinterpretació i adaptació, que reflecteix tant la seva vitalitat com els seus límits estructurals.

Especialment rellevant és la tensió entre la universalitat normativa de la DUDH i la diversitat cultural i política del sistema internacional contemporani. Aquesta tensió no pot ser resolta mitjançant la imposició d'un model únic de drets humans, però tampoc no pot conduir a la fragmentació relativista del seu contingut essencial. La viabilitat del sistema depèn, principalment, de la capacitat per a mantenir un equilibri dinàmic entre aquests dos pols, preservant un nucli inderogable de protecció de la dignitat humana i permetent alhora una adaptació contextual dels mecanismes de garantia.

Així mateix, l'aparició de nous desafiaments globals, com la digitalització de les relacions socials, l'expansió de la intel·ligència artificial o l'emergència climàtica, obliga a reconsiderar els paràmetres clàssics de protecció dels drets humans. La DUDH, concebuda en un context històric radicalment diferent, es veu interpel·lada per realitats que exigeixen una reinterpretació evolutiva dels seus principis. Aquesta capacitat d'adaptació interpretativa constitueix, probablement, una de les claus de la seva continuïtat com a instrument normatiu de referència.

En definitiva, la DUDH no pot ser entesa com un text tancat ni com una simple declaració programàtica, sinó com un procés normatiu viu que ha contribuït decidivament a la configuració del dret internacional contemporani. La seva força rau en la combinació singular d'autoritat moral, influència jurídica i projecció institucional, elements que li han permès esdevenir un punt de referència indiscutible en la construcció d'un ordre internacional basat en la dignitat humana.

La vigència actual de la DUDH no depèn únicament de la seva força històrica o simbòlica, sinó de la seva capacitat per a continuar articulant respostes jurídiques davant de les transformacions socials i polítiques del segle XXI. En aquest sentit, el principal repte que té no és la seva obsolescència, sinó la seva actualització constant dins d'un sistema internacional cada vegada més complex i fragmentat. Mantenir viu

el seu contingut normatiu implica, per tant, no només reafirmar els seus principis, sinó també garantir la seva efectivitat en un món en transformació.

Així, la DUDH es consolida com un instrument fundacional però no estàtic, com un text que, lluny d'haver esgotat la seva funció històrica, continua operant com a horitzó normatiu del dret internacional dels drets humans. La seva permanència no resideix en la immobilitat del seu contingut, sinó en la seva capacitat d'evolucionar sense perdre el seu nucli essencial: la proclamació de la dignitat inherent a tot ésser humà com a fonament de qualsevol ordre jurídic legítim.

7. BIBLIOGRAFIA

- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Human rights in cross-cultural perspectives: A quest for consensus*. Filadèlfia: University of Pennsylvania Press, 1992.
- ALIJA, Rosana Ana; BONET, Jordi. «El sistema universal de protecció internacional dels drets humans». A: JORDANA, Mirentxu (ed.). *El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol: Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, EADOP, 2023, p. 15-47.
- BAXI, Upendra. *The future of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BERNSTORFF, Jochen von. «The changing fortunes of the Universal Declaration of Human Rights: genesis and symbolic dimensions of the turn to rights in international law». *European Journal of International Law*, vol. 19, núm. 5 (novembre 2008), p. 903-924.
- BROWNIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio. *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*. Barcelona: Ariel, 1991.
- CASSIN, René. «La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 79, núm. II (1951).
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos, 2005.
- DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2013.
- GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Nova York: Random House, 2001.
- GÓMEZ ISA, Felipe. «International protection of human rights». A: GÓMEZ ISA, Felipe; FEYTER, Koen de (ed.). *International human rights law in a global context*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 19-48.
- GUZMAN, Andrew; MEYER, Timothy. «International soft law». *Journal of Legal Analysis*, any 2010, vol. 2, p. 171-225.

- HATHAWAY, Oona. «Do human rights treaties make a difference?». *Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 8 (2002), p. 1935-2042.
- HUGHES, Glenn. «The concept of dignity in the Universal Declaration of Human Rights». *Journal of Religious Ethics*, núm. 39, vol. 1 (març 2011), p. 1-24.
- HUMPHREY, John P. «The Universal Declaration of Human Rights: its history, impact and juridical character». A: RAMCHARAN, Bertrand G. (ed.). *Human rights: Thirty years after the Universal Declaration*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1979, p. 21-37.
- KOSKENNIEMI, Martti. «The fate of public international law: between technique and politics». *Modern Law Review*, núm. 70 (2007), p. 1-30.
- MARITAIN, Jacques. «On the philosophy of human rights». A: UNESCO (ed.). *Human rights: Comments and interpretations. A Symposium*. Londres: Wingate, 1949, p. 72-77.
- MERON, Theodor. *Human rights and humanitarian norms as customary law*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- MERRY, Sally. «Transnational human rights and local activism: mapping the middle». *American Anthropologist*, núm. 108 (2006), p. 38-51.
- MORSINK, Johannes. *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, drafting and intent*. Filadèlfia: University of Pennsylvania Press, 1999.
- MUTUA, Makau wa. «Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights». *Harvard International Law Journal*, núm. 42 (2001), p. 201-245.
- NOVAK, Michael. «Human dignity, human rights». *First Things*, núm. 97 (novembre 1999), p. 39-42.
- ORAA, Jaime. «The Universal Declaration of Human Rights». A: GÓMEZ ISA, Felipe; FEYTER, Koen de (ed.). *International human rights law in a global context*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009, p. 19-48.
- SENDEN, Linda. *Soft law in European Community Law*. Portland: Hart Publishing, 2004.
- STEFAN, Oana. «European Union soft law: new developments concerning the divide between legally binding force and legal effects». *Modern Law Review*, núm. 75 (2012), p. 879-893.
- TINDER, Glenn. «Facets of personal dignity». A: KRAYNAK, Robert; TINDER, Glenn (ed.). *In defense of human dignity: Essays for our times*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2003, p. 237-245.
- TOMUSCHAT, Christian. *Human rights between idealism and realism*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- VERDOOT, Albert. *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*. Lovaina: Nauwelaerts, 1964.
- WELKER, Michael. «Theological anthropology versus anthropological reductionism». A: SOULEN, R. Kendall; WOODHEAD, Linda (ed.). *God and human dignity*. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company, 2006, p. 317-330.

LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ I ELS SEUS LÍMITS PENALS EN LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL: PROBLEMES I REPTES

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez
Universitat de Girona

1. INTRODUCCIÓ¹

La tensió entre la llibertat d'expressió i els seus límits penals s'expressa de manera directa amb l'existència en el Codi penal (CP) d'una sèrie de delictes la comissió dels quals es duu a terme mitjançant actes expressius. Entre aquests delictes podem esmentar, per exemple, les injúries o calúmnies contra el rei, la reina o determinats membres de la seva família (art. 490.3 i 491.1 CP), les injúries a determinats organismes públics (art. 496 i 504.1 CP), les injúries als exèrcits i els cossos de seguretat (art. 504.2 CP), els ultratges a Espanya, les comunitats autònomes o els seus símbols (art. 543 CP), el delicte contra els sentiments religiosos (art. 523-525 CP), el d'enaltiment del terrorisme i humiliació a les víctimes (art. 578 CP) i les diverses variants del delicte d'odi de l'article 510 CP.

Atès que la llibertat d'expressió és un dret essencial de tota societat democràtica, una aplicació immoderada d'aquests preceptes tindria immediatament un efecte restrictiu d'aquesta llibertat i un efecte dissuasiu (*chilling effect*) per als ciutadans que la volguessin exercir, la qual cosa es traduiria en un empobriment de la qualitat democràtica. Cal, per aquesta raó, que els tribunals apliquin una metodologia adequada en el tractament d'aquests temes i parteixin d'una concepció de fons que valori acuradament la funció d'aquesta llibertat.

1. Una primera versió d'aquest text, considerant la jurisprudència dictada fins al 2020, el vaig publicar sota el títol «La fijación de criterios claros frente a los delitos de expresión: ¿una causa perdida para el Tribunal Constitucional?» en el llibre coordinat per M.^a Victoria ÁLVAREZ BUJÁN i Pere SIMÓN CASTELLANO, *Evolución e interpretación del TC sobre derechos fundamentales y garantías procesales: cuestiones recientemente controvertidas: Análisis de sus últimos pronunciamientos más reseñables*, Madrid, Aranzadi, 2023, p. 21-44. El treball actual, en la seva versió en català, actualitza el previ i incorpora la jurisprudència posterior a l'esmentat any 2020. D'altra banda, aquest treball s'integra en els projectes de R+D+I amb les referències PID2023-146205NB-I00 i PID2024-160433NB-I00, tots dos finançats per MICIU/AEI/10.13039/501100011033 i per FEDER, UE.

Dels tipus penals anteriors, el que ha donat lloc a un nombre més gran de pronunciaments judicials ha estat el de l'article 578 CP (enaltime del terrorisme i humiliació de les víctimes).² Molt inferior ha estat el nombre de casos relatius als sentiments religiosos, a les injúries a la Corona o als ultratges a Espanya i els seus símbols, encara que d'aquests també se n'han derivat qüestions d'interès per a la delimitació de l'àmbit de la llibertat d'expressió.³ Finalment, amb freqüència gravita sobre aquests pronunciaments, a mode de rerefons, la referència al discurs d'odi, que permet portar a col·lació, no poques vegades de manera desenfocada, l'article 510 CP en algunes de les seves diverses modalitats, sens perjudici que aquest també es pugui presentar de manera autònoma.⁴

El tractament d'aquestes qüestions ha estat heterogeni en la jurisdicció ordinària i l'objecte d'aquestes pàgines serà comprovar si el Tribunal Constitucional (TC) ha estat capaç de reconduir aquella varietat a algun tipus d'unitat, aportant criteris metodològics clars i estables i brindant a l'interpret una concepció clara sobre el sentit i l'abast de la llibertat d'expressió en el nostre sistema democràtic. Com veurem, el TC s'ha mogut constantment entre avenços i retrocessos, amb canvis d'orientació fins i tot en breus lapsos temporals i amb metodologies que s'adopten, s'abandonen i es reprenen amb variacions sense més justificació, tot incorrent l'alt tribunal en *overrulings* que ni identifica ni justifica, cosa que, en comptes de dotar els tribunals ordinaris de pautes clares, sembla traslladar-los la idea que qualsevol solució i la seva contrària són igual

2. Sobre la jurisprudència ordinària en relació amb l'article 578 CP, vegeu, per exemple, Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112 (2018), p. 45-86, i Göran ROLLNERT LIERN, «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del TS», *Revista de Derecho Político*, núm. 109 (2020), p. 191-228.

3. Al voltant d'això, vegeu Rafael REBOLLO VARGAS, «Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. xxxiv, p. 103 i 122, i Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113 (2019), p. 49-83. Pel que fa a la protecció dels sentiments religiosos, s'aprecia en la jurisprudència un inevitable lliscament cap a elements subjectius, ateses les característiques d'un tipus penal referit a sentiments. Vegeu Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33 (2017), p. 257-297.

4. L'amplitud de l'article 510 CP permet amb facilitat que, al costat de casos en què els fets es poden emmarcar en els paràmetres del discurs d'odi, hi hagi altres supòsits en què s'acudeix a la via penal sense que es donin elements que haurien de ser centrals en l'article 510 CP (com que l'odi es dirigeixi a persones i grups vulnerables tradicionalment discriminats) i fins i tot amb fins merament publicitaris, mitjançant la interposició de querelles que, encara que després no tinguin recorregut, aconsegueixen com a mínim suscitar un cert interès mediàtic inicial, que és, al capdavant, el que els seus impulsors persegueixen en aquests casos.

de bones en funció del moment. El TC té pendent, per tant, una tasca d'aclariment de la seva pròpia doctrina que, en l'àmbit que tractem, està trigant massa a arribar.

2. LA NECESSITAT D'ADOPTAR UN MÈTODE D'ANÀLISI ESTABLE I CONSTITUCIONALMENT ADEQUAT DAVANT L'EXISTÈNCIA DE TIPUS PENALS DE CARÀCTER GENÈRIC I EL RISC D'ABÚS DE LA VIA PENAL

Les normes penals esmentades que afecten la llibertat d'expressió tenen una ambigüïtat notable, cosa que en facilita l'aplicació extensiva si no es compta amb la metodologia d'anàlisi i la concepció de la llibertat d'expressió que esmentàvem. El recurs del legislador en aquests casos al que s'ha denominat «tipos penales porosos»⁵ desplaça la seguretat jurídica, que el tipus penal per si mateix no pot brindar, al moment de l'aplicació judicial, ja que és allà on s'han d'aplicar els criteris restrictius que acotin la potencial expansivitat del tipus i el facin compatible amb la necessitat de protegir els drets fonamentals que concorrin sense provocar, per contra, efectes no desitjats, com el de dissuadir la ciutadania de l'exercici d'aquests drets, el d'aplicar la via penal a supòsits que no la justifiquen o el d'imposar penes desproporcionades respecte de la gravetat real del fet.

I encara que els tribunals ordinaris no encertessin a oferir una aplicació degudament restrictiva d'aquests tipus o produïssin resolucions en sentits divergents, com ha estat el cas en tantes ocasions, el TC hauria d'acabar garantint la unitat i la coherència de les interpretacions que s'apliquessin a la jurisdicció ordinària. Com ja s'ha dit, però, l'alt tribunal no ha destacat precisament en aquesta tasca, car ha incorregut també en el sosteniment de línies jurisprudencials contradictòries, i tampoc no ha mostrat una línia coherent en relació amb l'abast que hauria de tenir el recurs al dret penal per a no fer perillar la funció de la llibertat d'expressió en una societat democràtica.

I no és que, quant a això últim, faltin en la jurisprudència constitucional advertiments sobre el perill de recórrer massa a la via penal. Per exemple, la Sentència del

5. En paraules de Silva Sánchez, per a qui en aquests supòsits «la protección de la garantía de seguridad jurídica no vendría entonces, por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales»; vegeu Jesús M. SILVA SÁNCHEZ, «¿Legalidad penal líquida?», *Indret*, any 2015, núm. 3, p. 2. Per la seva banda, Alcácer Guirao assenyala que això suposa «atribuir una enorme trascendencia a la motivación judicial, tanto a su existencia como a su "calidad", que devendrá un requisito constitucional de la [...] garantía de previsibilidad normativa»; vegeu Rafael ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», a Santiago MIR PUIG i Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*, València, Tirant lo Blanch, 2010, p. 25. A aquest paper de la jurisprudència es refereixen, per exemple, les STC 62/1982, 69/1989, 137/1997 i 151/1997.

Tribunal Constitucional (STC) 177/2015 ens adverteix que «el juez penal ha de tener siempre presente [el] contenido constitucional [de la libertad de expresión] para no correr el riesgo de hacer del derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (fonament jurídic [FJ] 2d). I la STC 112/2016, en el seu FJ 2, es basa així mateix en la STC 110/2000 i conclou:

[...] el juez, al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal.

El problema, com veurem, és que moltes vegades en la jurisprudència constitucional (i també en l'ordinària, que en això no deixa de ser un reflex de l'altra) aquestes i altres advertències sobre la important funció de la llibertat d'expressió i sobre la necessitat de no abusar del recurs a la via penal no passen de ser formulacions rituals, que sembla necessari fer abans de passar a resoldre el cas. Sembla, doncs, com si el TC hagués de pagar una mena de tribut previ en favor de la llibertat d'expressió, per a després moltes vegades oblidar-ho tot i resoldre de la manera més restrictiva possible. En definitiva, es té poc present en realitat el paper de la llibertat d'expressió en el sistema democràtic i es mostra, en canvi, un concepte molt sobredimensionat de la seguretat i l'ordre públics, o de l'honor (que de vegades s'acaba reconeixent fins i tot a determinades institucions i els seus titulars). Aquest concepte porta fàcilment a emprar aquests tipus penals vagues i genèrics per a castigar determinades expressions per com sonen, sense que s'hagi produït un perill real.⁶

Aquesta pobra funció de la llibertat d'expressió, que a la pràctica se sosté amb freqüència en la nostra jurisprudència ordinària i constitucional quan entren en joc altres béns jurídics, té, a més, com a conseqüència la de portar el dret penal a casos i àmbits que van més enllà d'allò que els seus principis essencials sembla que haurien de permetre. No s'atén al caràcter d'*ultima ratio* del dret penal, o al principi d'intervenció mínima que és propi d'aquest, quan acaben amb condemna supòsits d'emissió de missatges en xarxes socials o d'expressions abocades en llocs públics en ocasió de protestes, en què ni aquells missatges ni aquestes expressions assoleixen un nivell mínim real d'ofensivitat, no es genera cap perill real de generar dany a béns jurídics i fins

6. Com assenyala Teruel Lozano pel que fa al tipus penal de l'article 578 CP, «resulta preocupante la cantidad de condenas de la Audiencia Nacional a jóvenes por mensajes de Twitter que “suenan” a provocación terrorista o que “parecen” humillantes, sin que los tribunales enjuicien si los mismos han generado el más mínimo peligro o si verdaderamente han ofendido a una víctima»; vegeu Germán TERUEL LOZANO, «El mal gusto no es delito: apología de la libertad de expresión», *El Periódico de Catalunya*, 15 de gener de 2017, disponible a: <https://goo.gl/9Dpbk6>.

i tot en ocasions els destinataris d'aquelles accions expressives són persones que, per la seva pertinença a determinades institucions, han d'estar disposades a suportar un grau intens de crítica, i encara més quan els destinataris són les institucions mateixes o determinats símbols. Amb tot això, el dret penal s'utilitza per a resoldre problemes el tractament dels quals s'hauria hagut de buscar per vies de diferent naturalesa, com veurem després, i amb l'efecte afegit de donar visibilitat pública a situacions que altrament haurien passat desapercibudes: es castiga la immaduresa o la mala educació, però no el risc real a cap bé jurídic.

Aquest recurs a l'àmbit penal pot ser instrumentalitzat des d'un prisma ideològic. És a dir: si ens fixem, per exemple, en el delictes d'enaltiment del terrorisme i humiliació de les víctimes, moltes de les sentències dictades per l'Audiència Nacional (AN) i després pel Tribunal Suprem (TS) derivaven d'indagacions policials en xarxes socials fetes a partir de la cerca de determinades paraules que conduïen a missatges de persones que pertanyien a un àmbit o sector ideològic concret, que era, per tant, aquell en el qual es concentrava l'exercici de l'acció penal, la qual no era aplicada, en canvi, sobre altres àmbits o sectors ideològics.

Així doncs, davant dels riscos esmentats, ja es va indicar anteriorment que una metodologia adequada i mantinguda en el temps i una concepció apropiada de la llibertat d'expressió i de la seva funció en el sistema democràtic són dos elements clau. Abans de veure com s'ha traduït això en la jurisprudència constitucional, convé fer algunes consideracions preliminars que ens permetin afrontar aquella anàlisi amb algunes dades rellevants.

En primer lloc, quant a la metodologia, hauria de defugir les solucions del tipus «tot o res», en què la mínima dosi de crítica feridora serveix ja per a fonamentar una condemna. Tot i que la llibertat d'expressió no s'exerceixi de manera exquisida i es pugui considerar que s'ha ofès algú, s'ha de valorar si aquesta ofensa té prou entitat per a justificar un procediment penal i una condemna, o si cal acudir a altres vies diferents. Més enllà de l'exercici inobjectable de la llibertat d'expressió, doncs, hi ha moltes possibilitats d'exercici que poden sobrepassar els seus límits però que no ho fan de manera suficientment greu i, per tant, constitueixen casos que no han de ser admesos en la via penal i encara menys han de donar lloc a una condemna, per l'efecte dissuasiu que això generaria en el futur sobre la ciutadania. I en cas que, per no ser així i per revestir la gravetat suficient, sí que es justifiqui resoldre l'assumpte per la via penal, s'ha d'acotar igualment bé la pena imposada perquè no resulti desproporcionada. Són passos que, com es veurà, la jurisprudència constitucional no sempre considera en la seva integritat, o bé manifesta al principi tenir-los en compte i després, a l'hora de resoldre, n'omet algun.

També cal partir d'una determinada concepció de la llibertat d'expressió en el sistema democràtic. Una concepció que, si resulta massa restrictiva, engregarà a rodar qualsevol metodologia. Per a començar ha de fugir-se, al meu entendre, d'una concepció estrictament institucional de la llibertat d'expressió segons la qual aquesta està

orientada exclusivament a la formació d'una opinió pública lliure i, doncs, només pot versar sobre assumptes d'interès públic i només pot ser exercida des d'una perspectiva formativa i orientada a generar un debat en la societat. Tot això té interès i quan la llibertat d'expressió s'exerceixi dins d'aquests paràmetres, sens dubte redundarà en benefici de la societat. Però la llibertat d'expressió no s'esgota aquí i inclou també expressions banals, algunes de discutibles i fins i tot d'altres que majoritàriament es tenen per incorrectes o no compartibles.⁷ El contrari portaria a limitar la llibertat d'expressió, a poder parlar només de segons quins temes rellevants i fent servir determinats registres expressius.

Així mateix, en aquesta concepció que proposem s'ha d'admetre que, quan la llibertat d'expressió serveix per a expressar el dissens,⁸ per a vehicular la protesta, fàcilment adoptarà formes que molesten, però no es pot condemnar per tot allò que «molesti» o per tot allò que «soni malament» a orelles d'un determinat públic majoritari. La llibertat d'expressió no només serveix per a coincidir amb la majoria, sinó també (i llavors resultarà especialment necessària) per a dissentir-ne, per a expressar la divergència.

Per tant, els tribunals haurien de fer una revisió acurada dels casos en què la llibertat d'expressió és posada sota la lupa dels tipus penals que l'afecten, haurien d'aproximar-s'hi a través d'una metodologia estable i que sigui capaç de distingir entre diferents supòsits possibles en funció de la gravetat i destriar quan és aplicable la via penal i quan no, i fins i tot, quan en els casos més greus sigui aplicable la via esmentada, haurien de vetllar perquè la resposta penal resulti proporcionada. És cert que trobar i mantenir un mètode és complex: estem davant de tipus penals variats, de casos en què poden concórrer subjectes actius i subjectes passius la posició dels quals

7. Com indica Aparicio Pérez, «la expansividad del derecho [libertades de expresión e información] es, pues, innegable incluso para actividades que nada tienen que ver con la repetida formación de una opinión pública libre sino, más bien, de una opinión pública “estúpida” [...] la estupidez forma parte también de la libertad. Y ello viene derivado del hecho de que la intercomunicación se desarrolla sobre la totalidad de los espectros de la vida política y social»; vegeu Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, «Libertad de expresión y soporte informativo», a *Estudios de derecho público: Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1997, p. 492. Per la seva banda, Teruel Lozano adverteix que «en relación con la delimitación interna de la libertad de expresión entendida como *ius communicationis*, desde un punto de vista objetivo esta se compadece mal con aquellas concepciones de la misma que proponen la fijación de límites internos como puede ser la *doctrina de las materias privilegiadas*, según la cual solo ciertos contenidos de relevancia para formar la opinión pública merecen quedar amparados por esta libertad»; vegeu Germán TERUEL LOZANO, «Libertad de expresión y censura en internet», *Estudios de Deusto*, núm. 62 (2014), p. 45-46.

8. No és possible fer en aquestes pàgines una referència a la contribució que, entorn del concepte i la funció de la llibertat d'expressió, sota diferents prismes i no sense alternar avenços i retrocessos, han fet la jurisprudència del TS dels Estats Units i la del TEDH. Sobre això ens podem remetre a Miguel Ángel PRESNO LINERA, «La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en EEUU y en Europa», *Teoría y Derecho*, núm. 32 (2022), p. 16-43.

o la pertinença a determinats col·lectius pot incidir en l'anàlisi de l'abast de la llibertat d'expressió (ja sigui, per exemple, perquè un subjecte exerceix un càrrec pel qual està obligat a suportar un nivell de crítica més gran que un particular o, en sentit divers, perquè una persona pertany a un col·lectiu tradicionalment discriminat i mereixedor, per això mateix, d'un nivell addicional de protecció), però una cosa és aquesta dificultat i una altra de molt diferent que, a hores d'ara, encara no tinguem als tribunals pautes prou clares i estables.

I, com també s'ha dit, cal dotar de contingut l'aplicació d'aquesta metodologia partint d'una consideració àmplia del paper de la llibertat d'expressió, fugint, per tant, de concepcions restrictives que donen una importància desmesurada a altres béns jurídics menys rellevants o que parteixen de visions reduccionistes del contingut de la llibertat d'expressió. En cas contrari, s'exacerbarà el recurs a la via penal i es contribuirà a generar una societat de persones constantment disposades a sentir-se ofeses, amb un Ministeri Fiscal i unes administracions públiques que s'ofenen d'ofici en nom de la societat per a mantenir així viva la via penal, i, paral·lelament, es generarà un creixent efecte dissuasiu en els ciutadans.

3. LES CONTRADICCIONS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA TASCA D'APORTAR CRITERIS CLARS I SEGURETAT EN AQUEST ÀMBIT

El Tribunal Constitucional, en les sentències rellevants en què ha abordat l'encreuament entre la llibertat d'expressió i els tipus penals amb incidència sobre aquesta, ha donat missatges contradictoris en relació amb les dues qüestions indicades: metodologia de tractament i concepció de fons. Vegem ara breument com això ha estat així al llarg d'aquesta darrera dècada.⁹

9. Lògicament, també hi ha anteriorment sentències d'interès per a l'estudi d'aquesta relació entre llibertat d'expressió i límits penals, com ara la STC 235/2007, del 7 de novembre, que va declarar inconstitucional el tipus penal que castigava la negació de l'Holocaust i constitucional la punició de la seva justificació. En aquesta sentència apareix el discurs d'odi com «aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular» (FJ 4: noteu que aquí la incitació és directa i que s'admet una curiosa variant de discurs d'odi contra «els ciutadans en general»), pero més endavant s'admet sense problema que en el tipus penal de justificació del genocidi de l'article 607.2 CP n'hi hagi prou que «la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración [o] busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación». S'ha passat de parlar només d'incitació directa a admetre també la indirecta, encara que a canvi s'hagi acotat més el destinatari de la conducta. Així mateix, no són objecte d'anàlisi en aquestes pàgines els supòsits en què intervé la llibertat d'expressió d'una manera

3.1. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 177/2015, DEL 22 DE JULIOL, SOBRE LA CREMA D'UNA FOTOGRAFIA DELS REIS A GIRONA: ENFOCAMENT MOLT RESTRICTIU DE LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ

La primera sentència rellevant és la STC 177/2015, del 22 de juliol, que deriva d'una condemna imposada per un delictes d'injúries a la Corona (art. 490.3 CP) per la crema a Girona l'any 2007 d'una fotografia dels —en aquell moment— reis en el marc d'una protesta. La Sentència planteja una sèrie de problemes que, molt sumàriament, podríem sintetitzar de la manera següent:

a) Hi ha una desconexió entre el valor aparentment elevat que s'atorga a l'inici de la Sentència a la funció de la llibertat d'expressió i la valoració restrictiva que se'n fa al final. És a dir, en el FJ 2 el TC recorda la necessitat d'interpretar els límits a la llibertat d'expressió de manera que el seu exercici no resulti desnaturalitzat, de tenir en compte el seu contingut per a no córrer el risc de convertir el dret penal en un factor de dissuasió de l'exercici del dret, de valorar sempre les circumstàncies concurrents en el cas i de comprovar si l'acció constitueix un exercici lícit, però res d'això sembla tenir després un paper real en la resolució del cas.

b) S'utilitza una metodologia molt simple: limitar-se a comprovar si l'acció expressiva constitueix un exercici lícit o no de la llibertat d'expressió és un enfocament insuficient que, en tot cas, pot servir per a abordar els casos més clars, però que ignora l'existència de casos d'exercici no lícit però que per la seva escassa entitat no justificarien recórrer al dret penal. Tampoc no s'analitza realment si la resposta penal que havia recaigut en la via judicial ordinària va ser proporcionada.

c) El TC recorre a tota una sèrie de factors hipotètics i elements subjectius que, sobre una base tan feble, no poden sinó portar a excloure que pugui prevaldre aquesta llibertat. Així, en el FJ 4 el TC indica que cal examinar si els fets «persiguen des-

secundària i és preponderant l'exercici del dret de reunió i manifestació. En aquests casos també s'utilitza, però en relació amb aquest darrer dret, alguna variant de la metodologia seguida amb la llibertat d'expressió en les sentències estudiades abans, i, igual que en aquestes, es fa amb diverses vacil·lacions. Són supòsits en què el focus se centra en l'abús de l'exercici del dret de reunió i manifestació i en l'atac a través seu a altres béns jurídics, cosa que fa innecessari que el Tribunal hagi d'entrar pròpiament en l'anàlisi de la concurrència o no d'afectacions a la llibertat d'expressió, i se centri aleshores directament en l'esmentat dret de reunió i manifestació, la relació del qual amb la llibertat d'expressió ve donada pel fet de ser, segons la STC 47/2022, manifestació col·lectiva d'aquesta o, des d'un altre punt de vista, per constituir la llibertat d'expressió, en terminologia del TEDH que el TC recull, «*lex generalis* en relación con la libertad de reunión [...], que de aquella sería *lex specialis*» (FJ 8.2.1.2). Són, en definitiva, casos emparentats amb els analitzats en aquest treball però que presenten una substantivitat pròpia i en què l'examen (per més que amb eines metodològiques semblants) es desplaça cap a un altre dret més específic: el de reunió i manifestació. Un exemple d'aquest tipus de sentències és la STC 133/2021, sobre el cas de la manifestació «Aturem el Parlament» al voltant del Parlament de Catalunya.

encadenar un reflejo emocional de hostilidad» i afegeix que cremar una fotografia «fomenta sentimientos de agresividad». També s'esmenta que la crema podria haver estat rebuda pels assistents com «una incitación a la violencia y al odio», suscitar «reacciones violentas y incompatibles con un clima social sereno» i «avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. a un posible riesgo de violencia». Però noteu que ni aquelles mencions a reflexos emocionals d'hostilitat o sentiments d'agressivitat són mínimament mesurables, ni es va verificar realment (el mateix TC ho reconeix en un altre passatge) cap episodi violent, ni s'arriba a endevinar quin risc de violència van poder percebre els reis perquè es cremés una fotografia seva en un moment i un lloc on ells ni tan sols hi eren. Ni risc real, ni elements mínimament objectivables, i sí, en canvi, per part del TC, una valoració molt deficient (perquè és exagerada) dels fets esdevinguts. Amb un mètode així, qualsevol acte expressiu que molesti els titulars d'un òrgan o una institució pública pot quedar fora de la llibertat d'expressió.

d) S'utilitza un concepte de *discurs d'odi* aliè al seu significat real: que el TC apliqués la noció de *discurs d'odi* a un cas en què els presumptes ofesos són els reis, mostra una desconexió total respecte del significat real d'aquest concepte, vinculat a la protecció de persones pertanyents a col·lectius tradicionalment discriminats, cosa que amb raó va portar la magistrada Asúa Batarrita a manifestar en el seu vot particular que el TC «desfigura el concepto del discurso del odio y distorsiona peligrosamente su alcance» o el magistrat Xiol Ríos a dir que el TC «banaliza el discurso del odio».¹⁰

Per tot això, doncs, no pot sorprendre que el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), en la seva sentència del cas Stern Taulats i Roura Capellera *vs.* Espanya, del 13 de març de 2018, es pronunciés en sentit oposat al nostre TC, condemnés Espanya i declarés la violació de la llibertat d'expressió que el TC no va voler veure en la seva sentència.

10. Sobre el problemàtic ús que es fa del concepte de *discurs d'odi*, vegeu Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Desconciertos de Brandemburgo», *Boletín: Límites a la Libertad de Expresión* (Juezas y Jueces para la Democracia), maig del 2018, p. 17, i Joan RIDAO MARTÍN, «Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 75 (2018), p. 15.

3.2. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 112/2016, DEL 20 DE JUNY, EN RELACIÓ AMB UN DISCURS EN UN ACTE D'HOMENATGE A UN MEMBRE D'ETA: MANTENIMENT DE L'ENFOCAMENT RESTRICTIU DE LA SENTÈNCIA PRÈVIA

En segon lloc hem de referir-nos a la STC 112/2016, del 20 de juny, que va tenir com a objecte el recurs d'empara interposat davant una condemna per un delictes d'enaltiment del terrorisme (art. 578 CP) que es va imposar al principal intervinent en un acte d'homenatge a un membre d'ETA ja mort, en el qual es va pronunciar un discurs el contingut del qual va provocar la condemna per enaltiment. En aquesta sentència es tracten de manera una mica més adequada algunes de les qüestions que en l'anterior resultaven problemàtiques, però es mantenen altres mancances.

a) El TC, recuperant, en relació amb l'enaltiment del terrorisme, doctrina prèvia seva aplicada en la STC 235/2007 en parlar del tipus penal de justificació i negació del genocidi, subratlla que, més enllà de la simple literalitat de l'article 578 CP, per a poder condemnar amb base en aquest cal que la conducta enaltidora suposi almenys una «incitació indirecta» a delinquir, cosa que no s'apreciava de manera expressa en la sentència del 2015 i que, encara que és un avenç molt modest (per l'escassa exigència que suposa aquest caràcter indirecte),¹¹ alguna cosa representa de progrés respecte de la situació prèvia.

b) Unit a això, s'exigeix que la conducta generi «como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades» (STC 112/2016, FJ 3). Cal valorar, doncs, la referència a la necessitat d'examinar el risc creat.

11. Ramos Vázquez critica que, davant de la previsió de l'article 18 CP, que en parlar de l'apologia exigeix «incitació directa», en l'article 578 CP n'hi hagi prou amb la indirecta, que el legislador havia eliminat el 1995 i que en aquest i algun altre tipus penal ha tornat a aparèixer després de l'any 2015. Vegeu José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12, p. 791. Els problemes i la inseguretat que produeix l'admissió d'aquest concepte han estat criticats, entre altres, per Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del CP: necesidad de limitar», *Boletín: Límites a la Libertad de Expresión* (Juezas y Jueces para la Democracia), maig del 2018, p. 20. Alcácer Guirao assenyalava, per la seva banda, que el concepte recorda el *Bad Tendency Test* de la primera època de la jurisprudència del TS dels Estats Units sobre la llibertat d'expressió. Vegeu Rafael ALCÁCER GUIRAO, «Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión», *Teoría y Derecho*, núm. 32 (2022), p. 48. El mateix autor assenyalava que l'ús de la incitació indirecta en la jurisprudència del TC enllaça i s'equipara amb la «creación de una atmósfera o un clima que propicie esa tendencia genérica» (Rafael ALCÁCER GUIRAO, «Enaltecimiento del terrorismo», p. 49), la qual cosa ens porta als «delitos de clima», que tenen una «justificación muy precaria, dado que no reúne[n] los requisitos mínimos de legitimidad exigidos por un derecho penal liberal» (Rafael ALCÁCER GUIRAO, «Enaltecimiento del terrorismo», p. 52).

c) No obstant això, es manté la mateixa metodologia simplista de la sentència del 2015, segons la qual sembla que fora de l'àmbit de l'exercici estrictament correcte de la llibertat d'expressió no hi pugui haver res, és a dir, no hi pugui haver casos en què un exercici excessiu del dret però no completament abusiu porti a no aplicar la via penal.

d) Tampoc no es fa un examen adequat de les circumstàncies concurrents en l'acte expressiu: quines eren les circumstàncies personals de l'orador i de l'homenatjat?, quines van ser l'audiència de l'acte i la difusió real del que es va dir?, va advocar el discurs pel recurs a opcions violentes?, es va generar algun risc?, es va incitar al delictes? Són qüestions que, com posa de manifest el magistrat Xiol Ríos en el seu vot particular, no s'examinen ni es verifiquen realment (malgrat que el mateix TC s'havia referit a l'inici de la Sentència a la necessitat d'examinar-les i que, si s'hagués fet, s'haurien trobat raons per a excloure la tipicitat penal de l'acció), de manera que tant els tribunals ordinaris com el TC van fer un examen merament formal i superficial de les circumstàncies concurrents.

e) Es manté, finalment, un concepte de *discurs d'odi* a imatge del de la sentència anterior, de perfils potencialment molt amplis i en absolut explicitats pel Tribunal.

La Sentència es queda, doncs, a mig camí: aporta alguns elements positius (incitació, risc) però no fa un examen adequat d'aquests ni de les circumstàncies concurrents. No és gens estrany, doncs, que també en aquest cas el TEDH contradigués la visió del TC i condemnés Espanya (Sentència del cas *Erkizia Almandoz vs. Espanya*, del 22 de juny de 2021) en no entendre, després d'examinar de manera detallada les circumstàncies esmentades, que s'incités (ni directament ni indirecta) a la violència ni al discurs d'odi.

3.3. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 35/2020, DEL 25 DE FEBRER, SOBRE EL CAS STRAWBERRY: CANVI D'ORIENTACIÓ I ENFOCAMENT FAVORABLE A LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ

La tercera sentència rellevant és la STC 35/2020, del 25 de febrer,¹² en què el TC sí que fa passos rellevants en relació amb el tractament d'aquests casos i, en concret, afirma la necessitat que s'examinin acuradament el context i les circumstàncies en què haguessin estat realitzats els actes expressius, cosa que el mateix TC no havia fet ade-

12. Al voltant d'aquesta qüestió, vegeu Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61 (2020), p. 30-49; Miguel Ángel PRESNO LINERA, «Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry», *El Derecho y el Revés* (blog), 2 de març de 2020, i Germán TERUEL LOZANO, «La jurisprudencia del TC ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, p. 411-436.

quadament, com hem vist, el 2015 i el 2016. La Sentència examina el recurs d'empara d'un cantant primer absolt per l'AN i després condemnat pel TS per enaltiment del terrorisme per la publicació d'una sèrie de piulades a Twitter. Tot i no ser possible examinar aquí els arguments de les dues sentències, el cert és que la de l'AN va fer un curós examen de les circumstàncies i el context dels fets, cosa que la va portar a descartar-ne la tipicitat en exigir «específico ánimo o intención en el autor», la qual cosa no es donava en el cas analitzat (FJ 3*b*), mentre que en la sentència del TS es declarà que era suficient «que su autor tenga conocimiento del contenido de sus mensajes y de sus implicaciones, siendo irrelevante su intención; el dolo que el tipo penal exige sería un dolo básico», de manera que el TS va descuidar aquell examen de les circumstàncies i procedí a condemnar, sense parar atenció a la necessitat explicitada per la STC 112/2016 que s'examinés si hi va haver risc o si es volia incitar a delinquir. El que és rellevant en aquesta STC 35/2020, que es decanta per la línia de l'AN, és que:

a) Es basa de manera decidida en la necessitat de limitar el recurs a la via penal (recordant l'efecte dissuasiu que aquesta pot generar en la llibertat d'expressió i subratllant la necessitat d'examinar la proporcionalitat en la seva aplicació), però després aquests punts de partida no queden merament, com altres vegades, en proclames inicials sense conseqüències, sinó que tenen una traducció tangible en la decisió presa.

b) Es fan avenços clars en la metodologia aplicada: per a determinar com s'ha d'establir si la conducta era o no exercici lícit de la llibertat d'expressió, el TC estableix que això només es pot determinar si es duu a terme un examen rigorós de les circumstàncies concurrents (una de les quals és la intenció de l'autor, però també el contingut dels missatges i la seva relació amb la llibertat d'expressió, la seva finalitat, etc.),¹³ ja que en cas contrari s'haurà d'estimar l'empara per manca de l'examen adequat. Així mateix, d'una manera tangencial el TC també dona entrada a la idea que no tot exercici extralimitat de la llibertat d'expressió fa que hi hagi il·lícit penal; és una referència una mica marginal que fa el FJ 5*b* (encara que prèviament el FJ 4 l'hagués omès) i que reapareixerà amb més força, com veurem, en sentències posteriors. També es fan referències al principi de proporcionalitat, però sense gaire precisió. Per tant, la principal contribució metodològica d'aquesta sentència és que es comença a millorar la metodologia emprada fins aleshores i que s'afirma la necessitat d'examinar bé les circumstàncies concurrents (cosa que després el TC fa realment). En qualsevol cas, com ja s'ha dit i s'insistirà després, aquest examen no ho és tot, ja que ha d'anar acompanyat d'una determinada concepció sobre el paper rellevant de la llibertat d'expressió en una societat democràtica i sobre els límits del *ius puniendi* (concepció que en aquesta sentència efectivament hi és present).

13. Al voltant d'això, vegeu Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «Libertad de expresión y límites penales», p. 42-43.

c) Com a element negatiu, cal ressenyar que s'esmenta (sense que hi hagués tampoc gaire necessitat de fer-ho, atès que no s'estava davant de cap col·lectiu tradicionalment discriminat) el discurs d'odi i que no s'aprofita per a corregir la desencertada doctrina de la STC 177/2015 al voltant d'aquest.¹⁴

Aquesta sentència va representar, doncs, un pas endavant des del punt de vista metodològic que, encara que al principi va costar que la jurisprudència ordinària l'acollís,¹⁵ estava en teoria destinat a suposar un canvi d'orientació en el tractament d'aquests casos per part del TC.

3.4. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 190/2020, DEL 15 DE DESEMBRE, SOBRE EL CAS DE LA BANDERA A L'ARSENAL DE FERROL: MILLORES METODOLÒGIQUES PERÒ RETORN A L'ENFOCAMENT RESTRICTIU

El canvi d'orientació a què acabem d'al·ludir no va ser en realitat tal, com mostren aquesta sentència i la que tractarem en l'apartat següent. La STC 190/2020, del 15 de desembre, va examinar el cas d'un sindicalista que, en el marc d'una protesta laboral davant l'arsenal militar de Ferrol, durant la cerimònia d'hissatge de la bandera va pronunciar una sèrie de frases («aquí tedes o silencio da puta bandeira» y «hai que prenderlle lume a puta bandeira»)¹⁶ que van motivar una condemna de set mesos de multa amb una quota diària de sis euros per un delictes d'ultratge a Espanya (art. 543 CP), condemna confirmada en apel·lació i recorreguda finalment en empara davant el TC. És interessant assenyalar que el Ministeri Fiscal, que havia acusat en la via ordinària, va sol·licitar l'estimació de l'empara en fer una valoració correcta de les circumstàncies concurrents en l'acció i guiar-se precisament pels paràmetres que el TC emprava en la STC 35/2020. Però el TC, com veurem, en aquesta sentència es rectificarà a si mateix.

14. Rafael ALCÁCER GUIRAO, «Opiniones constitucionales», *Indret*, núm. 1 (2018), p. 6, assenyala que la jurisprudència constitucional no ha fet una determinació conceptual real del discurs d'odi, sinó que «se ha valido de la vaguedad y de la carga peyorativa del término para justificar la progresiva restricción de la libertad de expresión, empleando tal noción antes con fines retóricos y persuasivos que con afán analítico». Per la seva banda, Miguel Ángel PRESNO LINERA, «Breves y apuradas consideraciones», critica, perquè és innecessari, que la STC 35/2020 es refereixi al discurs d'odi quan no s'està davant de cap grup tradicionalment discriminat.

15. Va ser el cas de la Sentència del Tribunal Suprem 135/2020, del 7 de maig, on el Tribunal cita la STC 35/2020 però no n'aplica realment els postulats. Sobre això, vegeu Miguel Ángel CABELLOS ESPÍERREZ, «Libertad de expresión y límites penales», p. 45.

16. «Aquí teniu el silenci de la puta bandera» i «s'ha de calar foc a la puta bandera».

a) En primer lloc, cal assenyalar que el TC fa un examen força complet de les circumstàncies del cas (com havia demanat que es fes en la STC 35/2020), però des d'una perspectiva restrictiva envers la funció de la llibertat d'expressió i sense preguntar-se si les manifestacions referides constituïen algun tipus de perill per al manteniment de l'ordre polític (be jurídic protegit per l'art. 543 CP, com el mateix TC ens indica en el FJ 2). Pregunta que era encara més necessària perquè el mateix TC (STC 190/2020, FJ 3) tenia assenyalat que en aquests casos en què convergeixen la llibertat d'expressió i la llibertat ideològica:

[...] la posibilidad de limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión ha de ser menor, de suerte que, salvo los casos de insulto, de incitación a la violencia («discurso del odio») y alteración del orden público protegido por la ley, debe permitirse su libre exposición «en los términos que impone una democracia avanzada» (STC 20/1990, FJ 5).

b) En segon lloc, s'estableix una metodologia canviant. Al principi se'n segueix una que consta de dos passos i resulta una mica redundant: examinar primer «si la conducta objeto de sanción penal constituye, en sí misma considerada, lícito ejercicio de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se encuentra amparada por estos» i, després, «si la conducta enjuiciada penalmente forma parte del ámbito de protección propio de los derechos y libertades que han sido alegados, será preciso examinar en segundo término si, por ser ejercicio plenamente legítimo de su contenido, tal circunstancia opera como causa excluyente de su antijuridicidad». Com es pot veure, bàsicament s'exclou que es pugui acceptar res que quedi fora de l'exercici inobjectable del dret fonamental, en la línia de la STC 177/2015.

c) Però en el FJ 5 es canvia i es millora el mètode, acostant-se al de la STC 35/2020 però desenvolupant-lo i sistematitzant-lo millor, cosa que no deixa de cridar l'atenció perquè una mateixa sentència conté dues aproximacions metodològiques diferents al problema, fet que segurament es deu a la pròpia intrahistòria de la Sentència, que, com va assenyalar el magistrat Ollero Tassara en el seu vot particular, va començar amb un ponent que va quedar en minoria i va acabar amb un altre que va aprofitar en part la ponència inicial. Aquesta segona aproximació del FJ 5 estableix tres passos: primer caldrà preguntar-se si estem davant d'un exercici legítim de la llibertat d'expressió; en segon lloc, encara que no ho estiguem, ens haurem de preguntar si l'excés en l'exercici ha portat a desfigurar i desnaturalitzar la llibertat d'expressió, perquè, si no, seria desproporcionat recórrer a la sanció penal;¹⁷ finalment, tot i concloure que aquella

17. En concret, el TC diu que «en tales casos, “la gravedad que representa la sanción penal supondría [también] una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio”

llibertat fos desfigurada per un exercici clarament desviat i, per tant, abusiu, caldrà preguntar-se si la pena imposada és proporcionada.¹⁸

d) El problema d'aquesta sentència, doncs, no és de mètode, ja que el que finalment s'adopta resulta molt adequat, sinó que és d'actitud o de punt de vista respecte de la funció de la llibertat d'expressió: quan el TC examina les circumstàncies concurrents (moment, termes usats, necessitat o no de les expressions, si tenen o no vincle amb la protesta),¹⁹ ho fa des d'una perspectiva molt restrictiva envers la llibertat d'expressió, que maximitza la protecció dels símbols més enllà de qualsevol consideració sobre el risc generat,²⁰ la possible incitació d'altres a delinquir, etc., i que recorre fins i tot (com al 2015) a elements d'índole subjectiva en parlar dels «sentimientos de humillación» que haurien envaït els presents o el menyspreu «de los sentimientos de unidad y de afinidad que muchos ciudadanos puedan sentir» per la bandera, així com la «difusión a los demás de un sentimiento de intolerancia y de exclusión»: massa subjectivisme amb un destinatari, a més, incert («muchos ciudadanos», «los demás»).

(STC 62/2019, de 7 de mayo, FJ 7)» (STC 190/2020, FJ 5d). El TC conclou que no estem davant d'un cas de simple excés que no desfiguri el dret.

18. Aspecte en què, efectivament, el TC s'aturarà per a concloure que ho és, ja que es tracta d'una multa adequada a la capacitat econòmica del condemnat. Per a María Luisa CUERDA ARNAU, «El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)», *Teoría y Derecho*, núm. 32 (2022), respectivament p. 75 i 77, en canvi, «no resulta adecuado que el control constitucional de la proporcionalidad quede reducido a la fiscalización de la clase de pena con la que se conmina el hecho. Con ello se desoye la propia doctrina constitucional acerca del efecto de desaliento como componente de la proporcionalidad de la sanción que, como es sabido, se vincula, en primer término, al recurso al derecho penal en lugar de aplicar mecanismos sancionadores de menor gravedad» i «[e]l TC, ya que rechazó ver en la conducta el legítimo ejercicio de un derecho, pudo y debió declarar que recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo de un acto simbólico —que, a lo sumo, es un exceso, pero no desnaturaliza los derechos alegados— constituye, en todo caso, una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática». De tota manera, la qüestió sobre la necessitat i proporcionalitat d'acudir a la via penal l'havia respost ja el TC en el segon pas, per això en el tercer l'examen de la proporcionalitat es refereix únicament a la pena en si mateixa.

19. El TC assenyalava que les expressions contra la bandera utilitzades durant la reivindicació eren innecessàries perquè «no contenían ninguna palabra que permitiera asociarlas con el fin reivindicativo expresado, eran unas expresiones que no añadían nada más a aquella finalidad». Però amb aquest criteri podria excloure's de l'àmbit de la llibertat d'expressió una gran part de les coses que es podrien dir en el marc d'una reivindicació, ja que sempre es podria afirmar que no s'hi afegia res. El mateix es derivaria de la falta de vincle que, segons el parer del TC, tindrien aquestes manifestacions amb la protesta, malgrat que aquest vincle, com assenyalava el magistrat Ollero Tassara en el seu vot, no resulta gens difícil d'apreciar.

20. Podem coincidir amb els magistrats Xiol Ríos i Balaguer Callejón quan indiquen que «la sentencia parte del presupuesto de que [...] la preservación de lo simbólico asociado a la bandera, y por tanto del sentimiento de adhesión a ese símbolo, merece mayor consideración que la garantía de un derecho fundamental, el de la libertad de expresión». Vegeu també les reflexions que Miguel Àngel PRESNO LINERA, «La libertad de expresión del disidente», p. 24 i seg. i 31 i seg., fa al voltant de la relació entre llibertat d'expressió i símbols en la jurisprudència del TS dels Estats Units i de la Convenció Europea de Drets Humans (CEDH).

En tot aquest marc argumentatiu del TC, d'altra banda, la jurisprudència del TEDH s'utilitza poc i amb una selecció acurada d'allò que podria ser funcional respecte de la decisió de desestimar l'empara, i no s'atenen, en canvi, les moltes més raons que de la mateixa jurisprudència del TEDH es podrien extreure en sentit contrari, és a dir, per a estimar-la.²¹ No és estrany, doncs, que en la sentència del TEDH en relació amb aquest cas (Sentència del cas *Fragoso Dacosta vs. Espanya*, del 8 de juny de 2023) el Tribunal apreciés vulneració de la llibertat d'expressió i condemnés Espanya.

3.5. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 192/2020, DEL 17 DE DESEMBRE, SOBRE LA INTERRUPCIÓ DE LA MISSA EN UNA PARRÒQUIA DE BANYOLES PER A PROFERIR CONSIGNES EN RELACIÓ AMB L'AVORTAMENT: MANTENIMENT DE LA LÍNIA RESTRICTIVA

La sentència següent, molt propera en el temps a l'anterior i, tanmateix, diferent, com veurem, en alguns aspectes de caràcter metodològic, és la STC 192/2020, del 17 de desembre, que resol un recurs d'empara interposat davant la condemna a sis mesos de presó per un delictes contra els sentiments religiosos (art. 523 CP) a una persona que, en unió amb altres, va interrompre durant dos o tres minuts una missa en una església de Banyoles llançant octavetes, cridant consignes a favor de l'avortament i exhibint a la zona de l'altar una pancarta amb la frase «Fora rosaris dels nostres ovaris». També en aquest cas el Ministeri Fiscal va demanar l'estimació de l'empara. Interessa subratllar d'aquesta sentència el següent:

a) Malgrat la seva pràctica coincidència temporal amb la STC 190/2020, el mètode d'anàlisi que se segueix elimina el segon pas que s'incloua en aquella: el de veure si, tot i estar davant d'un exercici extralimitat de la llibertat d'expressió, això no arriba a desfigurar-la i ha de portar, per tant, a rebutjar la via penal per ser excessiva.²² Tor-

21. Com assenyalava Miguel Àngel PRESNO LINERA, «La libertad de expresión del disidente», p. 38, «[...] en los casos emblemáticos Partido Popular Demócrata Cristiano *vs.* Moldavia [...] y Stern Taulats [...], invocados por unos y otros, parece que esta doctrina tendría que conducir a la estimación del amparo: en ambos asuntos el TEDH condenó a los estados demandados porque sancionaron penalmente conductas que no habían supuesto incitación a la violencia, circunstancia que tampoco concurrió en la protesta que aquí nos ocupa». No obstant això, un ús molt selectiu d'aquesta jurisprudència pel TC porta a la solució oposada, donant-se a més la paradoxa, com assenyalava el mateix autor, que «si en el caso Stern Taulats se admitió que la quema de la foto del rey era un acto legítimo de crítica contra un símbolo del Estado, ¿cómo no lo va a ser hablar de la “puta bandeira” o decir que “hai que prenderlle lume a puta bandeira”?» (vegeu Miguel Àngel PRESNO LINERA, «La libertad de expresión del disidente»).

22. El TC assenyalava en el FJ 4 que «solo si esta libertad [de expresión] se ejerció sin exceso, teniendo en cuenta que también se ve concernido [...] el derecho de libertad religiosa [...], procedería la estimación [...] del recurso de amparo». Per tant, per a la STC 192/2020, sobrepassada la línia de l'exercici regular

nem, una vegada més, a la metodologia del 2015 que semblava haver estat millorada posteriorment.

b) L'examen de les circumstàncies concurrents és extremament rigorista i gens procliu a considerar el paper de la llibertat d'expressió: s'ignora el context en què es va fer la protesta (una reforma de l'avortament anunciada pel Govern, és a dir, una qüestió d'interès públic),²³ es consideren suficients «dos o tres minutos» d'interrupció per a entendre que ja s'ha produït una pertorbació greu del transcurs de la cerimònia, sense tenir en compte, d'altra banda, que aquesta va poder continuar amb normalitat després d'aquests dos minuts d'interrupció, així com que no es va produir cap perill real ni cap incitació a res. També es reprèn l'element de la innecessarietat que hem vist en la STC 190/2020: «[...] el recurrente disponía de amplios canales alternativos para la difusión y eventual discusión de sus ideas que hacían innecesaria la interrupción de una ceremonia religiosa» (STC 192/2020, FJ 4).

c) Finalment, la Sentència no duu a terme realment (més enllà d'alguna menció de passada i sense cap conseqüència) l'examen del tercer pas que establia la STC 190/2020: la proporcionalitat de recórrer a la via penal. Aquesta qüestió, en un cas com l'estudiat, resultava especialment rellevant perquè, com s'ha dit, estem davant d'uns actes que no van durar més de dos o tres minuts, no van generar violència ni coacció i tampoc no van impedir la continuació normal de la cerimònia.

Aquí, per tant, s'uneixen una clara prevenció envers l'exercici de la llibertat d'expressió (comuna a totes les sentències analitzades excepte a la 35/2020) i una metodologia que semblava ja superada. La combinació no podia sinó comportar la desestimació del recurs d'empara, cosa que donava llum verd a l'ús de la via penal en un cas com aquest, consistent en una breu interrupció o molèstia sense més conseqüències.

3.6. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 117/2025, DEL 13 DE MAIG DE 2025, SOBRE EL CAS DEL «TOUR DE LA MANADA»: TORNADA A L'ENFOCAMENT FAVORABLE DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 35/2020

La STC 117/2025, del 13 de maig de 2025, té per objecte el recurs d'empara presentat per una persona que, en el marc de les seves activitats com a membre d'un col·lectiu que en el passat havia dut a terme accions de denúncia sobre com els mitjans de comunicació es fan sovint ressò de notícies no contrastades que no es corresponen

i inobjectable de la llibertat d'expressió, passem ja directament a l'àmbit castigat penalment, sense zona intermèdia de cap mena.

23. Per a la restricció del qual caldria ser, per tant, especialment curós. Com va assenyalar el TEDH en el § 50 de la seva sentència del cas *Toranzo Gómez vs. Espanya*, del 20 de novembre de 2018, «existe poco margen con arreglo al artículo 10.2 del Convenio respecto a las restricciones sobre expresión política o de debate de cuestiones de interés público».

amb la realitat, va crear una web que publicitava un denominat «Tour de La Manada» en què es proposava un recorregut pels llocs de Pamplona per on havien passat el 7 de juliol de 2016 el grup d'agressors sexuals conegut com «La Manada» i la dona a qui van agredir sexualment. A la web s'indicava:

[...] entre el alcohol y el desenfreno, cinco varones con peinados a la última moda se encuentran a una joven en la céntrica Plaza del Castillo. Apenas veinte minutos después entraban con ella a un portal a 300 metros de distancia y la agredieron sexualmente. ¿Qué pasó en esos veinte minutos? ¿Dónde fueron los agresores después? ¿Cómo los identificó la policía? ¡Descúbrelo todo en este tour!

S'afegia que «el último miércoles de cada mes recorreremos los puntos clave de la famosa noche hasta el lugar de su identificación frente a la Plaza de Toros. Tras ello, se podrán adquirir las camisetas que vestían los miembros de “La Manada” en una tienda cercana», i s'oferia la venda de calcomanies que imitaven el tatuatge d'un dels agressors o la possibilitat de fer reserves d'allotjament a l'Hotel Europa, un dels llocs on els agressors van intentar aconseguir habitació per a poder perpetrar la seva agressió.

La finalitat fou comprovar com una sèrie de mitjans de comunicació van donar tot això per cert i, sense contrastar la informació contactant amb la web i el seu responsable, ho van publicar com si fos veritat. La web va estar activa entre els dies 3 i 5 de desembre de 2018, i el dia 5 es va publicar a la web un desmentiment per a posar en evidència els mitjans de comunicació que havien publicat la notícia sense contrastar res. Paral·lelament, la víctima de l'agressió sexual va presentar una denúncia i l'autor de la web va ser condemnat, com a autor d'un delictes contra la integritat moral, a la pena d'un any i sis mesos de presó, amb inhabilitació especial per al dret de sufragi passiu durant el temps de la condemna, així com al pagament de les costes i de quinze mil euros per danys morals. Els recursos successius del condemnat en la via ordinària no van modificar aquest resultat. En la Sentència destaquen diverses qüestions rellevants:

a) El TC comença, com és habitual, amb els recordatoris sobre la importància de la llibertat d'expressió en una societat democràtica. Recordatoris que, com sabem, en molts casos resulten una mera formalitat que després no es tradueix en l'anàlisi de la qüestió de fons; no serà aquest el cas, però, en aquesta sentència. Aquí, el centre del raonament del TC rau en l'exigència que els jutges ordinaris analitzin si l'activitat expressiva va constituir un exercici legítim d'aquesta llibertat, ja que, en tal cas, no seria possible cap condemna.

b) En aquest cas concret, a més, el TC dedica una atenció especial a les particularitats de la llibertat de creació artística com a vessant de la llibertat d'expressió, amb un contingut autònom que, sense excloure el d'aquesta, va més enllà.

c) El TC conclou finalment que els tribunals ordinaris ni van dur a terme una anàlisi suficient de la conducta —valorant, entre altres coses, la intenció i la trajectòria de l'autor—, ni tampoc van tenir en compte les particularitats pròpies de la llibertat de creació artística. Tot plegat va conduir a la vulneració dels drets del recurrent (art. 20.1a i 20.1b de la Constitució espanyola) i va comportar la conseqüència de l'estimació de l'empara.

Si des del punt de vista del resultat s'observa, com és lògic, una obertura que ens retorna al punt de la STC 35/2020, també cal dir que des del punt de vista metodològic s'ha retrocedit, ja que, en quedar-se en el pas de determinar si hi havia exercici legítim o no i obviar (ni que fos per a esmentar-los) altres passos fixats per sentències anteriors, el TC continua sense consolidar un conjunt complet d'eines que guiïn els jutges ordinaris en aquest tipus de casos. D'altra banda, cal remarcar que el TC passa de puntetes sobre les seves contradiccions anteriors sense exposar-les amb claredat, cosa que afegeix una dificultat més a la tasca futura d'analitzar aquest tipus de vulneracions de la llibertat d'expressió d'una manera conscient i clara.

4. CONCLUSIONS

De les pàgines anteriors podem deduir amb facilitat que el TC, fins a l'actualitat, no ha fixat una metodologia estable: després d'uns inicis molt restrictius en la STC 177/2015 que van temperant-se en la STC 112/2016 i sobretot en la STC 35/2020, sembla establir una metodologia correcta en el FJ 5 de la STC 190/20, però tot seguit la STC 192/2020 l'abandona parcialment de nou i la STC 117/2025 no va realment més enllà de l'enfocament metodològic d'aquesta (el que canvia de manera substancial és la consideració de la funció de la llibertat d'expressió, element al qual ens referirem tot seguit).

De tota manera, com també es va indicar (i n'és un exemple preclar l'esmentada STC 190/2020), amb una metodologia adequada no n'hi ha prou: aquesta és una premissa imprescindible, però després cal dotar-la de contingut, i aquí entren en acció la manera com es percep la importància de la llibertat d'expressió en una societat democràtica i la necessitat de donar-li l'àmbit d'actuació més gran possible. I és aquí on el TC encara té més camí per recórrer: s'ha d'abandonar el subjectivisme i el recurs a elements hipotètics que impregnen moltes de les consideracions que fan les sentències que aborden la relació entre llibertat d'expressió i límits penals, i s'han d'examinar bé les circumstàncies del cas des d'una consciència més clara i coherent del significat de la llibertat d'expressió en el nostre sistema. La línia de les STC 35/2020 i 117/2025 (aquesta última, com s'ha dit, amb mancances metodològiques que s'haurien de corregir) s'hauria de consolidar, però, atesos els vaivens passats del TC, no hi ha cap garantia que això passarà.

També cal tenir present que el recurs a la via penal en aquests casos és ple de riscos que van més enllà del ja rellevant efecte dissuasiu (que es produeix no només pel temor a una condemna, sinó simplement per la por a veure's involucrat en un procés penal, amb independència del resultat d'aquest). Penseu en particular que el procés penal dona una gran difusió a actes que, altrament, no l'haurien tingut. Que determinats comentaris en una xarxa social o certes frases feridores davant d'una bandera o en una església no haguessin tingut cap recorregut públic rellevant si no hagués estat pel desenvolupament del procés judicial en les seves diferents fases, és quelcom que admet poca discussió. Per tant, moltes vegades, el mal més gran al bé jurídic que es vol protegir el provoca el procés penal, que estén la intensitat del dany molt més enllà del moment en què es va produir, amb independència del fet que del procés se'n derivi o no una condemna. I, d'altra banda, si finalment no recau una condemna, s'haurà produït una certa deslegitimació dels béns jurídics que en principi es volia protegir, ja que aquests hauran sortit «derrotats» del procés i seran considerats sobreprotegits i obstaculitzadors de la llibertat d'expressió.

Així mateix, el recurs per sistema a la via penal genera, ultra tot allò anterior, el sorgiment d'una societat d'ofesos sempre llesta per a invocar el CP davant de qualsevol molèstia, així com per a emprar l'acció popular amb fins polítics en alguns casos. I l'eventual victòria d'aquesta estratègia en el pla judicial intern no ens ha de portar a oblidar que es converteix, cada cop amb més freqüència, en una sentència del TEDH condemnant Espanya si l'assumpte arriba a Estrasburg.

Urgeix, doncs, consolidar la tendència que s'havia obert amb la STC 190/2020 en el pla metodològic, però fer-ho (a diferència del que va fer aquesta sentència) canviant els postulats de fons, prenent de debò el paper de la llibertat d'expressió com ho ha fet el mateix TC en altres ocasions (STC 35/2020 i 117/2025) i situant la resposta penal en el lloc que li correspon (els casos que revesteixen una gravetat suficient),²⁴ i explorar per a la resta de casos respostes alienes a la penal, com poden ser la via civil o, amb moltes prevencions perquè també pot crear disfuncions i inflació sancionadora segons com es reguli, l'administrativa.²⁵ Addicionalment, els mecanismes d'auto-

24. Com indica Alcácer Guirao, es tractaria de «restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de provocación directa e inminente a una conducta lesiva de la seguridad de los individuos o grupos»; vegeu Rafael ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14 (2012), p. 21.

25. Carmen TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Las infracciones administrativas de expresión», a Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ i Sergi CARDENAL MONTRAVETA (dir.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Barcelona, Atelier, 2021, p. 182-183, adverteix d'aquest creixement de l'actuació administrativa sancionadora vinculada a actes expressius i en àmbits molt diversos (esports, comunicació audiovisual, igualtat de gènere, protecció del col·lectiu LGTBI, memòria històrica, entre d'altres) i tant en l'àmbit estatal com en l'autonòmic.

control de plataformes i xarxes socials a partir de codis de conducta²⁶ poden contribuir, sempre que funcionin adequadament, a disminuir l'expansió del discurs d'odi; és una via que prendrà més rellevància amb el nou Reglament de la Unió Europea de serveis digitals, però que en qualsevol cas és complementària, i no substitutiva, de l'actuació dels poders públics, ja que cada empresa privada gestora d'una xarxa o plataforma pot tenir el seu propi cànon del que és o no odiós, i, a més, la seva aplicació es pot fer de manera interessadament esbiaixada, o bé pot deixar-se en mans d'algoritmes l'eficàcia dels quals pot ser variable i discutible. També hi podrien contribuir reformes legislatives dels delictes d'expressió que, encara que han estat anunciades una vegada i una altra a les Corts Generals, segueixen sense tirar endavant. Però mentre les mesures anteriors no s'implementin de manera eficaç, la llibertat d'expressió als nostres tribunals continuarà tenint una vida atzarosa i sempre imprevisible, ja que si ni el mateix TC ofereix claredat, encara menys podrem demanar-la als tribunals ordinaris.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional». A: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (dir.). *Constitución y principios del derecho penal: Algunas bases constitucionales*. València: Tirant lo Blanch, 2010, p. 15-66.
- «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 14, núm. 2 (2012), p. 1-33.
 - «Opiniones constitucionales». *Indret*, núm. 1 (2018), p. 1-38.
 - «Enaltecimiento del terrorismo, incitación a la violencia y climas de opinión». *Teoría y Derecho*, núm. 32 (2022), p. 44-67.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. «Libertad de expresión y soporte informativo». A: *Estudios de derecho público: Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1997, p. 476-496.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. «Libertades de expresión y libertad religiosa: situaciones de conflicto y criterios para su tratamiento». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 33 (2017), p. 257-297.
- «Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112 (2018), p. 45-86.

26. Per exemple, el Codi de conducta per a la lluita contra la incitació il·legal a l'odi a internet, acordat el 2016 per la Comissió Europea i Facebook, Microsoft, Twitter i YouTube.

- «En torno a la tutela de instituciones y símbolos en el debate público». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113 (2019), p. 49-83.
- «Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 61 (2020), p. 30-49.
- «La fijación de criterios claros frente a los delitos de expresión: ¿una causa perdida para el Tribunal Constitucional?». A: ÁLVAREZ BUJÁN, M.^a Victoria; SIMÓN CASTELLANO, Pere (coord.). *Evolución e interpretación del TC sobre derechos fundamentales y garantías procesales: cuestiones recientemente controvertidas: Análisis de sus últimos pronunciamientos más reseñables*. Madrid: Aranzadi, 2023, p. 21-44.
- CUERDA ARNAU, María Luisa. «El control constitucional deferente en materia penal (tres ejemplos de renuncia al control material sobre el derecho a castigar)». *Teoría y Derecho*, núm. 32 (2022), p. 68-87.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «El discurso del odio y el delito de odio de los art. 510 y 510 bis CP: necesidad de limitar». *Boletín: Límites a la Libertad de Expresión* [Juezas y Jueces para la Democracia], maig del 2018, p. 18-21.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. «Desconciertos de Brandemburgo». *Boletín: Límites a la Libertad de Expresión* [Juezas y Jueces para la Democracia], maig del 2018, p. 15-17.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. «La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en EEUU y en Europa». *Teoría y Derecho*, núm. 32 (2022), p. 16-43.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. «Breves y apuradas consideraciones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que anula la condena del Tribunal Supremo al cantante Strawberry». *El Derecho y el Revés* [blog], 2 de març de 2020.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 12 (2008), p. 771-793.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. «Bases para una interpretación crítica del delito de ultrajes a España». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. xxxiv (2014), p. 81-126.
- RIDAO MARTÍN, Joan. «Malos tiempos para la libertad de expresión. Una revisión de la praxis judicial en los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias a la Corona e incitación al odio». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 75 (2018), p. 10-15.
- ROLLNERT LIERN, Göran. «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso de Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del TS». *Revista de Derecho Político*, núm. 109 (2020), p. 191-228.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. «¿Legalidad penal líquida?». *Indret*, any 2015, núm. 3, p. 1-3.

- TERUEL LOZANO, Germán. «Libertad de expresión y censura en internet». *Estudios de Deusto*, núm. 62 (2014), p. 41-72.
- «El mal gusto no es delito: apología de la libertad de expresión». *El Periódico de Catalunya*, 15 de gener de 2017. Disponible a: <https://goo.gl/9Dpbk6>.
- «La jurisprudencia del TC ante los delitos de opinión que castigan discursos extremos: comentario a la STC 35/2020 y más allá». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47 (2021), p. 411-436.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. «Las infracciones administrativas de expresión». A: QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (dir.). *Derecho penal y libertad de expresión*. Barcelona: Atelier, 2021, p. 181-208.

MÉS ENLLÀ DEL FINANÇAMENT PÚBLIC: EDUCACIÓ SEGREGADA PER RAÓ DE SEXE I LEGITIMITAT CONSTITUCIONAL

Maria Jesús Larios Paterna
Universitat de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

L'educació segregada —entesa com la modalitat d'educació en què l'escolarització de l'alumnat es fa en funció del sexe, ja sigui mitjançant centres diferenciats o mitjançant aules separades dins d'un mateix centre—, si bé no té un abast quantitativament rellevant en el conjunt del sistema educatiu, constitueix un objecte d'anàlisi jurídica amb transcendència constitucional, ja que interpel·la directament el dret a la igualtat, el dret a la no-discriminació, el dret a l'educació, la llibertat d'ensenyament i els fins de l'educació, així com l'interès superior de l'infant.

Tot i que històricament ha constituït el model educatiu predominant, en un sistema en el qual l'orientació educativa se centrava en el sexe masculí i que relegava l'educació de la dona a les tasques familiars i de cures, el procés de democratització de l'ensenyament i la progressiva incorporació del principi d'igualtat van propiciar l'expansió del model coeducatiu com a estàndard del sistema educatiu públic. Aquest procés no pot desvincular-se de l'evolució del constitucionalisme contemporani ni de la consolidació d'un concepte substancial —i no merament formal— del principi d'igualtat, especialment en relació amb les desigualtats estructurals basades en el sexe i el gènere.

Malgrat això, encara subsisteixen centres educatius que, invocant raons pedagògiques, ideològiques o religioses, opten per mantenir una organització segregada. Des del punt de vista constitucional, la qüestió més controvertida no ha estat tant la legitimitat abstracta d'aquesta opció com la seva eventual integració dins el sistema de finançament públic mitjançant concerts educatius.

Aquesta problemàtica ha adquirit certa rellevància en el context espanyol, on el Tribunal Constitucional s'ha hagut de pronunciar en diverses ocasions sobre la compatibilitat del finançament públic de l'educació segregada amb els mandats constitucionals. En particular, les sentències del Tribunal Constitucional (STC) 31/2018, del 10 d'abril, i 24/2023, del 22 de març, constitueixen els dos pronunciaments clau en què el Tribunal ha abordat aquesta qüestió, on s'ha pronunciat sobre opcions legislatives

divergents adoptades pel legislador orgànic i ha delimitat —amb no poques ambigüitats— l'abast del marge de configuració normativa en aquesta matèria.

2. L'EDUCACIÓ SEGREGADA A ESPANYA

2.1. EVOLUCIÓ HISTÒRICA

Els sistemes educatius moderns es van configurar, en els seus orígens, sobre la base d'una profunda desigualtat tant en l'accés a l'educació com en el contingut dels currículums escolars. L'escolarització estava reservada principalment a les classes socialment privilegiades, i l'educació de nens i nenes responia a una clara divisió sexual dels rols socials, segons la qual l'educació femenina s'orientava, de manera predominant, a l'esfera domèstica i reproductiva.

Aquesta concepció no era només pròpia de plantejaments conservadors ni era aliena al pensament il·lustrat. Així ho posa de manifest l'obra de Jean-Jacques Rousseau, que, malgrat la seva defensa de la llibertat i la igualtat com a fonaments del contracte social, va sostenir una concepció clarament asimètrica de l'educació segons el sexe. En *Emili o de l'educació*, Rousseau afirma que, mentre que l'educació de l'home ha de conduir-lo a l'autonomia i a l'exercici de la llibertat, l'educació de les dones ha de ser conceptuada des de la dependència i la complementarietat respecte de l'home.¹ La influència d'aquesta obra, considerada el primer gran tractat de filosofia de l'educació occidental, va ser determinant en la configuració dels sistemes educatius europeus dels segles XIX i XX.

A Espanya durant la primera meitat del segle XIX l'educació primària era essencialment masculina. No va ser fins a la Llei Moyano del 1857 quan es va introduir per primera vegada l'escolarització obligatòria de les nenes, però es va fer sobre la base de currículums diferenciats que reproduïen els rols de gènere dominants. Aquest model va romandre pràcticament inalterat fins a la Llei general d'educació del 1970.

Malgrat l'hegemonia del model segregat, no s'ha d'oblidar que també des de finals del segle XIX van existir corrents pedagògics que van defensar la coeducació. A Espanya, la Institución Libre de Enseñanza va assumir explícitament la coeducació com a principi essencial del règim escolar, ja que la considerava un mecanisme fonamental per a la formació del caràcter moral i per a la superació de la subordinació històrica de les dones.² En concret, en el seu programa podia llegir-se la proclamació següent:

1. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou de l'éducation*, ed. crítica, llibre v, París, Garnier-Flammarion, 1993.

2. Vegeu A. VIÑAO FRAGO, *Escuela para todos*, Madrid, Morata, 2002.

La Institución estima que la coeducación es un principio esencial del régimen escolar, y que no hay fundamento para prohibir en la escuela la comunidad en que uno y otro sexo viven en la familia y en la sociedad. Sin desconocer los obstáculos que el hábito opone a este sistema, cree, y la experiencia lo viene confirmando, que no hay otro medio de vencerlos, sino acometer con prudencia la empresa, dondequiera que existan condiciones racionales de éxito. Juzga la coeducación como uno de los resortes fundamentales para la formación del carácter moral, así como de la pureza de costumbres, y el más poderoso para acabar con la actual inferioridad positiva de la mujer, que no empezará a desaparecer hasta que aquella se eduque, en cuanto se refiere a lo común humano, no solo como, sino con el hombre.³

La proclamació de la Segona República va suposar un avenç significatiu en aquesta qüestió perquè a partir d'aleshores es va admetre l'ensenyament mixt, però aquest procés va ser interromput pel règim franquista, que va reinstaurar la segregació per sexes com a principi estructural del sistema educatiu. No va ser fins a l'esmentada Llei general d'educació del 1970 que es van crear les condicions normatives per a la generalització de la coeducació.

Amb l'aprovació de la Constitució espanyola (CE) del 1978, el sistema educatiu es va veure transformat profundament. El reconeixement del dret fonamental a l'educació i la consagració del principi d'igualtat i no-discriminació van impulsar la implantació progressiva de la coeducació, especialment en l'àmbit públic. Tanmateix, determinats centres privats, majoritàriament d'inspiració religiosa, van mantenir el model d'educació segregada en el seu projecte educatiu.

L'accés d'aquests centres al sistema de concerts educatius inicialment no va generar un debat jurídic intens, probablement perquè la interpretació de l'article 27 CE es va centrar en la garantia de la llibertat d'ensenyament, l'escolarització obligatòria i la definició del servei públic educatiu en el marc de l'article 27 CE.⁴

Durant les dècades següents, l'educació segregada es va mantenir en uns certs límits jurídics que en permetien no només l'existència, sinó també el finançament públic. La regulació abstracta va donar cobertura a les administracions per a concertar centres segregadors, però també va propiciar resolucions en sentit contrari, que van desembocar en pronunciaments judicials dispars.

Si bé la regulació de la Llei orgànica 2/2006, del 3 de maig, d'educació (LOE), va tenir incidència en relació amb la legitimitat de la concertació amb centres segre-

3. INSTITUCIÓN LIBRE DE ENSEÑANZA, *Programa de la Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, 1876, apartat relatiu a la coeducació.

4. A. LÓPEZ CASTILLO, «Libertad de enseñanza y conciertos educativos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109 (2017), p. 45 i seg.

gadors per raó de sexe, va ser la Llei orgànica 8/2013, del 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa (LOMQUE), impulsada pel Partit Popular, la que va marcar un punt d'inflexió: per primera vegada, la llei va reconèixer explícitament el dret dels centres d'educació diferenciada a accedir als concerts educatius en igualtat de condicions, fet que va generar un intens debat social i jurídic. Aquesta situació es va revertir amb la Llei orgànica 3/2020, del 29 de desembre, per la qual es modifica la Llei orgànica 2/2006, del 3 de maig, d'educació (LOMLOE), que va establir la coeducació com a principi rector i va condicionar el finançament públic al compliment d'aquest criteri. Ambdues lleis van ser objecte de recursos davant del Tribunal Constitucional i tant el seu contingut com la jurisprudència derivada seran analitzats en les pàgines següents.

2.2. EVOLUCIÓ DEL MARC NORMATIU DE L'EDUCACIÓ SEGREGADA I EL SEU FINANÇAMENT PÚBLIC

2.2.1. *La regulació de la Llei orgànica 2/2006, del 3 de maig, d'educació*

El debat normatiu sobre la compatibilitat entre l'educació diferenciada per sexes i el seu finançament públic va prendre rellevància arran de l'aprovació de la Llei orgànica 2/2006, d'educació (LOE), especialment per les conseqüències que la seva aplicació va tenir en matèria de concerts educatius en determinats territoris. Si bé la norma no prohibia expressament els centres que organitzaven l'ensenyament de manera segregada per raó de sexe, sí que incorporava diversos preceptes que permetien fonamentar jurídicament la denegació o no renovació dels concerts a aquests centres, cosa que va obrir la porta que en algunes comunitats autònomes es deneguessin concerts a escoles que segregaven per sexes.

En primer lloc, l'article 84.1 LOE establia:

Las administraciones educativas regularán la admisión de alumnos y alumnas en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres, madres o tutores legales.

Aquest precepte es completava amb l'apartat tercer del mateix article, que afegia de manera expressa:

En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión, discapacidad, edad, enfermedad, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En segon lloc, la disposició addicional vint-i-cinquena de la LOE preveia:

Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España.⁵

L'element més significatiu d'aquesta regulació, més enllà de l'establiment d'una preferència explícita per la coeducació, és la incorporació del sexe com a causa prohibida de discriminació en la normativa reguladora de l'admissió de l'alumnat, element que no havia estat formulat amb aquesta claredat en regulacions anteriors.⁶

Les decisions administratives denegatòries en aplicació d'aquests preceptes van ser impugnades en la via contenciosa administrativa. En termes generals, diversos tribunals superiors de Justícia van estimar els recursos dels centres afectats, en entendre que la LOE no exclouia explícitament la possibilitat de concertar centres segregats, sinó que es limitava a introduir una preferència a favor dels centres que desenvolupessin el principi de coeducació.⁷

No obstant això, en el cas concret de Cantàbria es va produir un pronunciament judicial rellevant en sentit contrari, que va arribar fins a la Sala Tercera del Tribunal Suprem. En la Sentència del 23 de juliol de 2012 (rec. núm. 5492/2012), el Tribunal Suprem va desestimar el recurs de cassació interposat i va confirmar la resolució del Tribunal Superior de Justícia de Cantàbria, que havia considerat ajustada al dret la decisió autonòmica de no renovar el concert educatiu a un centre d'educació diferenciada.

El Tribunal Suprem va argumentar que aquesta opció responia a una decisió legítima del legislador, plenament compatible amb l'article 27.9 CE, segons el qual «[e]ls poders públics ajudaran els centres docents que reuneixin els requisits que la llei estableixi», que no reconeix un dret subjectiu incondicionat al concert educatiu. El Tribunal remarca que es tracta d'un dret de configuració legal i que el legislador pot establir legítimament requisits i criteris de prioritat per a l'accés al finançament públic, entre els quals pot incloure la promoció del principi de coeducació, especial-

5. Vegeu-ne el comentari a L. MARTÍN-RETORTILLO, «Educación y principio de igualdad», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31 (2013), p. 215-218.

6. M. M. NAVAS SÁNCHEZ, «¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43 (2019), p. 473-498, esp. p. 479.

7. Vegeu, entre d'altres, les sentències del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó (Valladolid) del 14 de setembre de 2011 i del de Madrid del 20 de desembre de 2011.

ment quan aquesta opció apareix reforçada expressament per la disposició addicional vint-i-cinquena de la LOE.

Tanmateix, el fonament clau de la interpretació del Tribunal Suprem no es trobava, però, en aquesta disposició addicional, sinó en el precepte general de no-discriminació de l'article 84.3 LOE. Segons el Tribunal, la segregació de l'alumnat per raó de sexe podia ser considerada una forma d'exclusió basada en una condició personal, la qual cosa actuaria com a obstacle previ i determinant per a l'accés al règim de concerts, amb independència del compliment de la resta de requisits exigits per la normativa.⁸

Aquesta línia argumental va ser reiterada pel Tribunal Suprem en la Sentència del 24 de juliol de 2012 (rec. núm. 5498/2012), en la qual va concloure que la resolució del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia havia vulnerat el marc normatiu aplicable a l'admissió de l'alumnat en centres privats concertats, sobretot pel que fa a la prohibició de discriminació per raó de sexe prevista en l'article 84.3 LOE.⁹

Volem fer referència al vot particular formulat pel magistrat Antonio Martí García en ambdues sentències. En aquest vot, el magistrat invoca la Convenció de la UNESCO relativa a la lluita contra les discriminacions en l'esfera de l'ensenyament, del 1960, ratificada per Espanya i la qual estableix que no constitueix discriminació la creació o el manteniment de sistemes educatius separats per sexes sempre que ofereixin condicions equivalents d'accés, qualitat docent i equipaments. Sobre aquesta base, el magistrat sosté que l'educació diferenciada constitueix una opció emparada per l'article 27 CE i que, d'acord amb el dret internacional integrat en l'ordenament a través de l'article 10.1 CE, no pot ser considerada discriminatòria *per se*.

Destaquem aquest argument —sostingut minoritàriament en aquell moment— perquè la remissió a aquesta convenció s'incorporarà a la mateixa regulació que preveu el finançament dels centres que separen els alumnes per raó de sexe (disposició addicional vint-i-cinquena de la Llei orgànica 8/2013) i esdevindrà, com s'analitzarà posteriorment, un element central en la primera sentència del Tribunal Constitucional sobre l'educació segregada.

Malgrat la discussió constitucional en la jurisdicció ordinària, la LOE no va ser objecte d'impugnació directa davant del Tribunal Constitucional. Únicament en una ocasió el Tribunal va admetre a tràmit un recurs d'empara relacionat amb la qüestió, però va acabar resolent-lo per pèrdua sobrevinguda de l'objecte, sense entrar a analitzar el fons del debat constitucional plantejat.¹⁰

8. Sentència del Tribunal Suprem del 23 de juliol de 2012, FJ 9.

9. Sentència del Tribunal Suprem (Sala Tercera) del 24 de juliol de 2012 (rec. 5498/2012), FJ 5.

10. STC 40/2013, del 14 de febrer.

2.2.2. *La regulació de la Llei orgànica 8/2013, del 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa: la garantia d'accés al finançament públic dels centres d'educació diferenciada*

L'aprovació de la Llei orgànica 8/2013, del 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa (LOMCE), va suposar un punt d'inflexió en la regulació jurídica de l'educació diferenciada per sexes a l'Estat espanyol. Aquesta norma, que modificava de manera significativa diversos preceptes de la Llei orgànica 2/2006, d'educació (LOE), va introduir per primera vegada una disposició amb rang legal orgànic que legitimava expressament l'accés dels centres que impartien educació diferenciada al règim de concerts educatius, sempre que complissin els requisits generals exigits a la resta de centres privats concertats.

En concret, la LOMCE va donar una nova redacció a la disposició addicional vint-i-cinquena de la LOE, que establia literalment:

No constituye discriminación la admisión de alumnos o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso, la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, el alumnado o los centros correspondientes un trato menos favorable ni una desventaja a la hora de suscribir conciertos con las administraciones educativas o en cualquier otro aspecto.

A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones pedagógicas del modelo adoptado y las medidas académicas para favorecer la igualdad.

Aquesta disposició representava una legitimació normativa explícita del model monoeducatiu, que deixava de ser una opció simplement tolerada dins del sistema i passava a estar activament protegida pel legislador orgànic i amb opció de ser finançada a través de fons públics. Resulta especialment rellevant que el legislador, amb la voluntat explícita de dissoldre els dubtes sobre la compatibilitat constitucional de l'educació diferenciada, assumís un paper interpretatiu en relació amb el principi d'igualtat i declarés de manera categòrica que aquesta modalitat educativa «no constitueix discriminació».

La fonamentació d'aquest reconeixement es feia mitjançant una remissió expressa a la Convenció de la UNESCO del 1960 relativa a la lluita contra les discriminacions en l'esfera de l'ensenyament, la qual admet determinades formes d'educació diferenciada sempre que es garanteixi l'equivalència de condicions d'accés, qualitat docent i mitjans materials, i que la separació respongui a criteris pedagògics objectius.

La preocupació del legislador per assegurar l'efectivitat pràctica d'aquesta opció normativa arribava fins al punt de preveure una aplicació retroactiva limitada de la reforma. En concret, la disposició transitòria segona de la LOMCE permetia que aquells centres als quals s'hagués denegat la renovació del concert educatiu durant l'any 2013 exclusivament pel fet d'impartir educació diferenciada poguessin sol·licitar novament la concertació dins del període vigent, en el termini de dos mesos a comptar de l'entrada en vigor de la Llei.

Amb aquesta regulació, la LOMCE no es limitava a eliminar qualsevol marge interpretatiu que permetés qüestionar la concertació dels centres segregats, sinó que consolidava normativament aquest model impedit que les administracions educatives poguessin tenir en compte la segregació per sexes en l'assignació de recursos públics. D'aquesta manera, l'opció pel model monoeducatiu quedava jurídicament blindada, atès que no podia justificar cap tracte desfavorable en l'accés al finançament públic, fins i tot quan pogués entrar en conflicte amb les finalitats d'igualtat i no-discriminació del sistema educatiu.

Aquesta regulació va ser objecte d'impugnació davant del Tribunal Constitucional per part de diversos actors, que van qüestionar també altres parts de la Llei.

2.2.3. *La regulació de la Llei orgànica 3/2020: l'establiment de la coeducació com a criteri vinculant per a accedir al concert educatiu*

El canvi polític i legislatiu es va produir amb l'aprovació de la LOMLOE, que va comportar una reforma profunda de diversos aspectes estructurals del sistema educatiu i un canvi d'orientació substancial respecte a la consideració jurídica de l'educació segregada.

La nova norma va reforçar el principi de coeducació com a model de referència per al conjunt del sistema educatiu i va vincular de manera expressa l'accés al finançament públic al compliment efectiu d'aquest principi. En conseqüència, els centres que impartien educació segregada per sexes quedaven *de facto* exclosos de la possibilitat de subscriure o renovar concerts educatius amb les administracions públiques. La LOMLOE suposava així una revocació explícita de la protecció jurídica que la LOMQUE havia atorgat al model monoeducatiu i un retorn a una concepció del finançament públic estretament lligada als valors d'igualtat i no-discriminació.

Aquest canvi normatiu va generar una nova controvèrsia constitucional i va donar lloc a la interposició de diverses qüestions d'inconstitucionalitat per part d'òrgans judicials, que qüestionaven si l'exclusió dels centres segregats del sistema de concerts vulnerava la llibertat d'ensenyament o el principi d'igualtat, així com a la impugnació directa, entre d'altres, d'aquest precepte legal a través del recurs d'inconstitucionalitat.

En l'apartat següent s'analitzen els diferents pronunciaments jurisprudencials sobre la regulació del finançament dels centres educatius que segreguen per raó de sexe.

3. PRONUNCIAMENTS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE L'EDUCACIÓ SEGREGADA

3.1. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2018, DEL 10 D'ABRIL: ADMISSIBILITAT CONSTITUCIONAL DE L'EDUCACIÓ DIFERENCIADA I PROJECCIÓ SOBRE EL RÈGIM DE CONCERTS

La STC 31/2018 constitueix el primer pronunciament directe del Tribunal sobre la constitucionalitat de l'educació segregada per raó de sexe i, en particular, sobre la seva possible integració dins del sistema de finançament públic mitjançant concerts educatius. En aquesta resolució el Tribunal declara conforme amb la Constitució la possibilitat de finançar centres que imparteixin educació diferenciada, sempre que garanteixin una educació de qualitat equivalent per a nois i noies i no reforcin els estereotips de gènere.

El Tribunal fonamenta aquesta admissibilitat principalment en la llibertat d'ensenyament (art. 27.1 CE) i en el dret de creació de centres docents amb ideari propi (art. 27.6 CE), amb un fonament destacat en l'article 2 de la Convenció de la UNESCO del 1960 relativa a la lluita contra les discriminacions en l'esfera de l'ensenyament, interpretada de conformitat amb l'article 10.2 CE. Tanmateix, rebutja que l'educació diferenciada pugui emparar-se directament en el dret dels pares a garantir una formació religiosa o moral d'acord amb les seves conviccions (art. 27.3 CE), atès que no la considera, almenys formalment, una opció ideològica o confessional.

Malgrat aquesta delimitació inicial, la Sentència acaba configurant una doctrina que, en la pràctica, converteix el finançament públic de l'educació diferenciada en una posició jurídicament protegible, amb la consegüent reducció del marge de decisió del legislador democràtic en matèria de política educativa.

El primer pas del raonament del Tribunal consisteix a precisar el concepte d'*educació diferenciada*, la qual, segons la Sentència, «no constituye una visión global de la vida ni tampoco un planteamiento filosófico, moral o ideológico», sinó que es configura com «un instrumento pedagógico orientado a potenciar las capacidades propias de cada sexo». D'aquesta manera, el Tribunal delimita l'àmbit del debat constitucional: l'educació diferenciada no es presenta com una opció ideològica, sinó com un mètode educatiu.

Aquesta qualificació condueix, en principi, a descartar que el model pugui integrar-se dins del dret reconegut en l'article 27.3 CE. No obstant això, com es posarà de manifest en el desenvolupament posterior del raonament, la mateixa Sentència acaba admetent un component ideològic implícit en aquest model quan l'associa a l'ideari propi del centre i a la llibertat de creació de centres docents, cosa que introdueix una tensió interna rellevant en la seva argumentació.

A partir d'aquesta definició, el Tribunal construeix la constitucionalitat de l'educació diferenciada sobre la base de tres arguments principals.

En primer lloc, i com hem avançat, el fonament central del raonament és la remissió a l'article 2a de la Convenció de la UNESCO del 1960, que admet la creació o el manteniment de sistemes educatius separats per sexes sempre que ofereixin facilitats equivalents quant a l'accés, la qualitat de l'ensenyament i els mitjans materials. El Tribunal conclou que, interpretada aquesta disposició conforme a l'article 10.2 CE, la diferenciació per sexes no constitueix discriminació sempre que es garanteixi una equivalència real d'oportunitats educatives.

De manera complementària, la Sentència recorre al dret comparat, al qual atribueix un «valor pedagògic», tot i reconèixer la seva manca de força vinculant. Es destaca l'existència de centres d'educació diferenciada en diversos països europeus —com el Regne Unit, Bèlgica, França o Alemanya— i es fa referència a la decisió del Tribunal Suprem dels Estats Units en el cas *United States vs. Virginia* (1996), que va establir que només vulneren la clàusula d'igualtat els sistemes de separació que no assegurin una igualtat substancial d'oportunitats educatives.

Finalment, el Tribunal entén que la separació de l'alumnat per sexes no constitueix una discriminació prohibida, sinó una manifestació del projecte educatiu propi del centre. Tot i admetre l'existència d'una separació formal, aquesta es considera justificada per un mètode pedagògic i emmarcada en l'exercici de la llibertat d'ensenyament (art. 27.1 CE). El Tribunal subratlla el caràcter voluntari del model tant per als centres com per a les famílies i, eventualment, per a l'alumnat.

Pel que fa al finançament, el Tribunal considera que la negativa a concertar amb aquests centres pel sol fet de practicar la diferenciació per sexes podria constituir una discriminació per motius ideològics o pedagògics.

Com a conseqüència, la qüestió es desplaça des de l'àmbit de la prohibició de la discriminació cap al terreny del caràcter propi del centre. El que inicialment apareixia com un possible límit a un dret fonamental, la igualtat per raó de sexe, passa a integrar-se dins de la llibertat d'ensenyament, que esdevé la norma general del sistema. Els límits constitucionals a aquest ideari ja no són els propis del dret a no ser discriminat per raó de gènere, sinó uns altres molt més flexibles, perquè el principi general passa a ser la llibertat de l'ensenyament, i no la prohibició estricta de la discriminació. Evidentment, el projecte educatiu serà inconstitucional si contradiu la Carta Magna, però la norma legal considera suficient que s'asseguri l'equivalència i que es faci constar la promoció de la igualtat en el projecte pedagògic.

Aquest plantejament porta el Tribunal fins i tot a afirmar que la negativa a concertar amb centres d'educació diferenciada pel sol fet de practicar la separació per sexes podria constituir una discriminació per raons pedagògiques o ideològiques. D'aquesta manera, l'educació diferenciada deixa de ser una excepció sotmesa a una interpretació restrictiva i es transforma en una facultat derivada de la llibertat d'ensenyament.

L'argumentació i el fonament del Tribunal resulten febles per a una qüestió d'aquesta transcendència constitucional. Com hem dit, la decisió es fonamenta prin-

cialment en un precepte d'una Convenció internacional del 1960 i en una referència genèrica a la promoció de la igualtat dins del projecte educatiu del centre. Aquest text legal esmentat resta lluny de ser concebut per a legitimar la segregació en sistemes educatius consolidats i el seu article 2a constitueix una excepció puntual a la regla general de prohibició de la discriminació establerta en el seu article 1.1c. De la mateixa manera, la Convenció incorpora un mandat explícit de superació dels estereotips de gènere mitjançant l'estímul de l'educació mixta (art. 10c).¹¹ Cal afegir, a més, que, situada en el seu context històric i geogràfic, la referència a la possibilitat de l'ensenyament segregat en una convenció d'abast internacional com la de l'article 2a perseguia garantir l'accés de les nenes a l'educació en contextos culturals on la segregació era l'única fórmula possible, i no pas legitimar la separació per sexes en sistemes educatius que ja garanteixen l'escolarització universal. L'aplicació automàtica d'aquest instrument al cas espanyol ignora, a més, els compromisos internacionals posteriors assumits per l'Estat en matèria d'igualtat de gènere i drets de la infància, com la Convenció dels Drets dels Infants i la Convenció sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació contra la Dona (CEDAW, de l'anglès *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*).¹²

La doctrina majoritària de la STC 31/2018 va ser objecte d'una crítica intensa en diversos vots particulars, que van considerar que l'educació diferenciada per raó de sexe constitueix una discriminació constitucionalment prohibida, en particular d'acord amb l'article 14 CE i els fins de l'educació de l'article 27.2 CE. Els magistrats Valdés Dal-Ré —amb l'adhesió de Conde-Pumpido Tourón—, Xiol Ríos i la magistrada Balaguer Callejón conclouen que aquest model educatiu resulta incompatible amb el text constitucional, tant pel seu significat històric com pels seus efectes actuals sobre la igualtat substantiva entre dones i homes.

Un dels eixos d'aquesta crítica rau en l'anàlisi històrica del model. Els vots particulars subratllen que l'educació diferenciada és hereva directa d'una concepció tradicional de l'ensenyament clarament discriminatòria per a les dones, present en normes com la Llei Moyano del 1857, la Llei d'educació primària del 1945 o, fins i tot, la Llei general d'educació del 1970. Aquest model educatiu va contribuir de manera decisiva a la consolidació de la divisió entre l'esfera pública i la privada, assignant a les dones un rol subordinat en els àmbits social i professional. En paraules de la magistrada Balaguer Callejón, la Sentència «retrocede en el tiempo para dar carta de naturaleza constitucional, com nunca se había hecho, a normas que, en materia de igualdad,

11. F. REY MARTÍNEZ, *Segregación escolar en España: Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 127.

12. CEDAW, art. 5 i 10; Convenció sobre els Drets de l'Infant, art. 2, 3 i 29; Comitè CEDAW, *Recomanació general núm. 36* (2017).

retornan a un momento anterior al año 1970», obviant l'evolució constitucional i social posterior en matèria d'igualtat de gènere.

Des d'una perspectiva material, els vots particulars neguen que l'educació diferenciada pugui qualificar-se com una pedagogia neutra o innòcua. Davant la caracterització que fa d'aquest model el Ple del Tribunal com una simple alternativa metodològica, els magistrats discrepants consideren que aquesta qualificació és problemàtica i sense verificació científica manifesta. La separació de l'alumnat en funció del sexe es fonamenta en la presumpció de diferències cognitives o educatives entre nens i nenes que no tenen base científica, atès que les diferències de gènere responen fonamentalment a construccions culturals, no pas a determinants biològics. En aquest sentit, la consideren una pràctica que tendeix a perpetuar rols i estereotips de gènere, i que aprofundeix la desigualtat en lloc de reduir-la.

A aquesta crítica s'hi afegeix el fet que l'educació diferenciada utilitza com a criteri de separació una categoria especialment sospitosa de discriminació: el sexe. El magistrat Xiol Ríos subratlla que, si bé la majoria fonamenta la seva decisió en determinats instruments internacionals, s'omet tota referència a altres tractats igualment integrats en l'ordenament jurídic espanyol que estableixen de manera clara que el camí cap a la igualtat efectiva entre dones i homes exigeix la supressió de tot concepte estereotipat dels rols masculí i femení en tots els nivells i formes d'ensenyament, mitjançant l'estímul de l'educació mixta i l'adaptació dels mètodes pedagògics. Aquesta omisió resulta especialment rellevant si es té en compte que aquests instruments no es limiten a tolerar l'educació segregada, sinó que formulen un mandat positiu de superació dels models educatius basats en la diferenciació de sexes.

Des d'aquesta mateixa lògica crítica, el magistrat Xiol Ríos introdueix un argument addicional: l'educació diferenciada no només discrimina per raó de sexe, sinó també per raó d'identitat sexual. En partir d'una concepció estrictament binària —home/dona—, aquest model educatiu exclou *de facto* les persones intersexuals, que no encaixen en cap dels dos sexes reconeguts tradicionalment. Com assenyalava expressament en el seu vot particular, qualsevol normativa basada en el prejudici de la dualitat sexual provoca un efecte immediat d'exclusió d'aquestes persones i, per tant, genera una forma addicional de discriminació que no opera ja per segregació, sinó per exclusió total del sistema educatiu.

Els vots particulars connecten aquesta crítica, a més, amb la finalitat constitucional de l'educació consagrada en l'article 27.2 CE. D'aquest precepte es desprèn que tot model educatiu ha d'orientar-se al ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i llibertats fonamentals, entre els quals ocupen un lloc central la igualtat, la tolerància i el pluralisme. A parer dels magistrats discrepants, l'educació diferenciada s'allunya de manera significativa d'aquesta finalitat, ja que en separar l'alumnat en funció del sexe priva infants i adolescents d'un espai essencial de socialització conjunta i d'aprenentatge democràtic. L'escola constitueix un àmbit privilegiat per a experimentar i gestionar les diferències i

els conflictes de gènere presents en la societat; suprimir aquest espai compartit suposa buidar de contingut una part essencial de la funció constitucional de l'educació.

Els vots particulars posen de manifest les contradiccions internes de la resolució i anticipen molts dels arguments que reapareixeran en el debat posterior, tant en la doctrina com en la STC 24/2023, especialment pel que fa a la necessitat d'incorporar una perspectiva de gènere i una concepció substantiva del principi d'igualtat quan es tracta de finançament públic.

En definitiva, cal concloure que la primera vegada que el Tribunal Constitucional es pronuncia sobre la qüestió, ho fa amb un enfocament formal i acaba legitimant un sistema educatiu que diferencia l'alumnat per raó de sexe —aparentment legitimat per l'equivalència de prestacions, de pràctiques didàctiques i de continguts—, i evita entrar en l'anàlisi merament juridicoformal de les conseqüències pràctiques d'aquesta igualtat, la qual, si bé ha estat determinant per a la consecució de determinats drets de les dones, s'ha revelat manifestament insuficient, alhora que prescindeix de la perspectiva de gènere en les seves argumentació i conclusions.¹³

Com hem assenyalat, la utilització de l'article 2 de la Convenció de la UNESCO del 1960 com a principal fonament resulta especialment feble, atès que aquest instrument no fou concebut per a legitimar la segregació en sistemes educatius consolidats, sinó per a permetre l'accés de les nenes a l'escolarització en contextos culturals on l'educació mixta era impracticable. La seva aplicació al cas espanyol ignora, a més, l'existència d'altres compromisos internacionals que orienten la política educativa cap a la coeducació i la igualtat substantiva.

Per tot això, la STC 31/2018 no només ofereix una fonamentació insuficient des del punt de vista jurídic, sinó que també implica un retrocés en la lluita per la igualtat efectiva entre dones i homes en l'àmbit educatiu.

3.2. EL CANVI DEL 2023: LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 34/2023, DEL 19 D'ABRIL, I EL RECONeixEMENT DE LA COEDUCACIÓ COM A REQUISIT LEGÍTIM PER AL FINANÇAMENT PÚBLIC

La disposició addicional vint-i-cinquena de la LOE, en la redacció donada per la LOMLOE, que estableix l'obligació que els centres educatius sostinguts amb fons públics apliquin el principi de coeducació, va ser impugnada mitjançant diversos recursos d'inconstitucionalitat interposats pel Grup Parlamentari Popular i pel Grup Parlamentari Vox.

13. A. CÁRDENAS, «Comentario a la STC 31/2018 de 10 de abril, sobre educación diferenciada por sexo», *Revista Docencia y Derecho*, núm. 17 (2021), p. 52-62, esp. p. 61.

La STC 24/2023, que resol aquesta qüestió, entre altres, opta per centrar-se exclusivament en la qüestió del finançament públic, amb la qual cosa evita pronunciar-se directament sobre la legitimitat constitucional del model segregat com a tal.

El Tribunal parteix de la premissa que la valoració dels eventuais avantatges o inconvenients pedagògics dels diferents models educatius correspon, primordialment, al legislador democràtic i, en l'àmbit privat, a les famílies, en exercici de la llibertat d'ensenyament. En coherència amb aquesta idea, el Tribunal afirma que el fet que un determinat model educatiu pugui resultar constitucionalment admissible no implica, en cap cas, que el legislador estigui obligat a promoure'l o a finançar-lo amb recursos públics.

En aquest marc, la Sentència reitera la consolidada doctrina constitucional segons la qual el finançament públic dels centres docents constitueix un dret de configuració legal. L'article 27.9 CE estableix que els poders públics ajudaran els centres docents que reuneixin els requisits que la llei estableixi, però el Tribunal ha deixat clar de manera reiterada que d'aquest precepte no es deriva un dret subjectiu incondicionat a la subvenció o al concert educatiu. Alhora, ha subratllat que aquest mandat no és merament programàtic, sinó jurídicament vinculant, de manera que el legislador pot condicionar l'atorgament d'ajudes públiques al compliment de determinats criteris orientats a la realització d'altres valors constitucionals, com ara la promoció de la llibertat i la igualtat reals i efectives (art. 1.1 i 9.2 CE).

La STC 24/2023 suposa, en aquest sentit, un canvi rellevant perquè afirma expressament que el legislador pot establir la coeducació com a requisit per a accedir al finançament públic. La Sentència valida així la reforma introduïda per la LOMLOE, que exclou del règim de concerts educatius els centres que practiquin educació diferenciada. Sense declarar inconstitucional aquest model educatiu en l'àmbit privat, el Tribunal atorga a la coeducació un valor normatiu preferent com a instrument per a promoure la igualtat real i efectiva entre dones i homes, en línia amb el mandat de l'article 9.2 CE.

El Tribunal considera que aquesta exclusió no vulnera el principi d'igualtat, ja que la diferència de tracte es fonamenta en criteris objectius i raonables vinculats a valors constitucionals i a compromisos internacionals assumits per l'Estat espanyol. En particular, es fa referència a la CEDAW, del 1979, que insta els estats a fomentar l'educació mixta com a mitjà per a eliminar estereotips de gènere en l'àmbit educatiu.

Tampoc no s'aprecia, segons el Tribunal, una vulneració dels drets educatius reconeguts en l'article 27 CE. En concret, s'afirma que l'exclusió del finançament públic no lesiona ni la llibertat d'ensenyament (art. 27.1 CE), ni el dret dels titulars dels centres privats a definir un ideari propi (art. 27.6 CE), ni el dret dels pares a escollir la formació religiosa i moral dels seus fills (art. 27.3 CE), dret —aquest últim— reconegut també en l'article 14.3 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea.

Com es pot observar, el nou criteri establert en la STC 24/2023 suposa una recificació significativa de la doctrina anterior, fins al punt que pot qualificar-se com un

veritable *overruling* respecte de la STC 31/2018. Tanmateix, aquesta evolució doctrinal no és assumida explícitament com a tal pel Tribunal, que evita confrontar de manera directa la seva nova conclusió amb l’afirmació prèvia segons la qual no es podia denegar el concert educatiu únicament pel fet que un centre impartís educació diferenciada. Aquesta manca d’explicitació genera una certa ambigüïtat sobre l’abast exacte del canvi doctrinal i contribueix a una percepció d’inseguretat interpretativa.

Aquesta ambigüïtat es veu accentuada per l’existència de diversos vots particulars que posen de manifest la divisió interna del Tribunal. La magistrada María Luisa Balaguer, tot i adherir-se a la decisió desestimatòria, formula un vot particular concurrent amb la posició que ja havia defensat en la STC 31/2018. Segons la seva opinió, el Tribunal hauria d’haver anat més enllà i hauria d’haver proclamat expressament que l’educació diferenciada per sexes no té cabuda en el marc de la Constitució del 1978, atès que vulnera els mandats d’igualtat formal i material (art. 14 i 9.2 CE) i la finalitat educativa establerta en l’article 27.2 CE, reproduint els arguments de la posició mantinguda en la STC 21/2018.

Per la seva banda, els magistrats Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubilla, Concepción Espejel Jorquera i César Tolosa Tribiño van formular diversos vots particulars dissidents, centrats tant en qüestions de fons com de mètode interpretatiu. En aquests vots s’afirma que la majoria no ha analitzat amb la deguda profunditat la compatibilitat de l’exclusió dels concerts amb el principi de no-discriminació i que ha relegat a un segon pla la llibertat d’ensenyament i el dret de les famílies a escollir centre. Igualment, es critica l’absència d’un test de proporcionalitat rigorós i la manca d’una interpretació conforme que garanteixi que la regulació de les activitats complementàries no genera desigualtats econòmiques entre l’alumnat, la qual cosa podria afectar la igualtat real d’oportunitats en l’ensenyament concertat.

4. LA INCOMPATIBILITAT DEL FINANÇAMENT PÚBLIC DE L’EDUCACIÓ SEGREGADA I L’IDEARI EDUCATIU CONSTITUCIONAL

Una lectura transversal de la jurisprudència constitucional recent sobre l’educació segregada per sexes permet identificar una posició doctrinal clarament diferenciada. D’una banda, l’any 2018 el Tribunal Constitucional neutralitza la dimensió d’igualtat associada a la segregació sexual mitjançant una conceptualització predominantment pedagògica del model i una connexió intensa amb la llibertat d’ensenyament (art. 27.1 CE) i amb el marge dels titulars dels centres per a definir el seu projecte educatiu (art. 27.6 CE). D’altra banda, l’any 2023, sense negar formalment aquella admissibilitat abstracta, el Tribunal reconfigura l’anàlisi en clau prestacional (art. 27.9 CE) i avala el canvi del legislador cap a la coeducació com a condició d’accés a fons públics, orientant la política educativa a la igualtat real i efectiva (art. 9.2 CE). El resultat és un

canvi material de vector argumentatiu que, tanmateix, no es presenta com a modificació explícita de doctrina, i això genera friccions internes i un espai d'ambivalència que es fa especialment visible en els vots particulars.

Des d'una lectura crítica, el punt problemàtic no rau tant en el resultat —que reforça la tesi de la no exigibilitat constitucional del finançament públic de l'educació diferenciada— com en la tècnica argumentativa emprada: el Tribunal arriba a una conclusió que, en la pràctica, corregeix l'efecte expansiu del 2018 sobre el règim de concerts, però evita caracteritzar-ho obertament com una revisió de criteri. Aquesta opció metodològica dificulta reconstruir amb claredat quin és el nucli normatiu de la posició constitucional vigent i incrementa la dependència interpretativa dels vots particulars per a entendre l'abast real de la decisió.

En qualsevol cas, d'acord amb la doctrina constitucional més recent, fins i tot assumint l'admissibilitat constitucional del model segregat en l'àmbit privat (art. 27 CE), no existeix un dret constitucional al seu finançament públic. El legislador pot, legítimament, condicionar l'accés als concerts a criteris de coeducació i de no segregació per gènere, sense que això vulneri per si mateix ni la llibertat d'ensenyament ni el dret a crear centres docents. Aquesta conclusió s'insereix en una línia jurisprudencial consolidada segons la qual l'article 27.9 CE no reconeix un «dret subjectiu a la subvenció», sinó una habilitació constitucional perquè el legislador configuri requisits i prioritats d'acord amb finalitats constitucionals.¹⁴

Des d'una perspectiva de coherència constitucional, aquesta solució és especialment rellevant perquè reobre —amb més intensitat— la pregunta que el 2018 tendia a quedar neutralitzada: si la coeducació és instrumental per a assolir la igualtat material (art. 9.2 CE) i per a fer efectiu l'ideari educatiu constitucional (art. 27.2 CE), aleshores el finançament públic de l'educació segregada per raó de sexe no només és «no exigible», sinó difícilment justificable en un model d'Estat que imposa als poders públics un deure de promoció activa de la igualtat real i efectiva.

En el pla doctrinal, la lectura majoritària en la doctrina constitucionalista és la d'admetre l'existència de l'educació segregada per raó de sexe en l'àmbit privat però rebutjar la seva concertació per considerar-la incompatible amb l'ideari educatiu constitucional i amb el mandat d'igualtat efectiva. En aquesta línia, s'ha sostingut que la coeducació s'integra en el nucli teleològic de l'article 27.2 CE i que, en conseqüència, el legislador pot (i, segons algunes lectures, hauria de) restringir l'ús de fons públics per a models que separen

14. Sobre l'absència d'un dret subjectiu al finançament públic com a regla general en l'àmbit de les prestacions públiques, vegeu la STC 195/1989 i la doctrina sobre el caràcter vinculant —no merament programàtic— de l'article 27.9 CE en la configuració legislativa del sistema d'ajuts: STC 77/1985 i STC 86/1985 (criteri reiterat en jurisprudència posterior).

l'alumnat per raó de sexe.¹⁵ Així, s'ha defensat que l'article 27.2 CE configura una finalitat educativa que transcendeix la transmissió de continguts i exigeix un entorn de convivència democràtica i de socialització igualitària, de manera que la coeducació opera com a condició material per a la formació d'una ciutadania igual i lliure i, en conseqüència, l'educació diferenciada per sexes vulnera l'article 27.2 CE.¹⁶ Aquest precepte atribueix a l'educació una finalitat teleològica que transcendeix la mera transmissió de coneixements, orientant-la cap al ple desenvolupament de la personalitat en el respecte als drets fonamentals i als principis democràtics de convivència. Per contra, la segregació escolar priva l'alumnat d'aquest procés de socialització i transmet el missatge implícit que els sexes són substancialment diferents, contribuint així a la perpetuació d'estereotips i desigualtats de gènere.

Ara bé, des d'aquesta posició no s'arriba a una conclusió que impliqui la interdicció constitucional de l'educació diferenciada, que podria mantenir-se com a opció privada.

Com hem vist, en els vots particulars formulats a les decisions del Tribunal Constitucional, només la magistrada Balaguer ha defensat que la coeducació no és només una opció de política educativa, sinó una veritable exigència constitucional. Des d'aquesta òptica, el legislador no sols podria negar el concert educatiu als centres segregats, sinó que estaria obligat a prohibir-ne la presència dins del sistema educatiu.

En aquesta línia, cal afirmar que considerar que és contrari a la Constitució el finançament dels centres segregadors però no la seva existència, assumint que aquests no s'adiuen amb els mandats constitucionals relatius als fins de l'educació i al mateix principi d'igualtat, presenta una gran dificultat i una feblesa interna: suposa assumir que una pràctica contrària a la Constitució que es projecta sobre un dret fonamental i que hi incideix de forma directa, podria exercir-se legítimament en l'àmbit privat. Així, aquesta posició, des del pluralisme educatiu reconegut per la Constitució, acaba permetent que l'exercici d'un dret fonamental es canalitzi a través d'una modalitat educativa que contradiu el mateix text constitucional. En darrera instància, això suposa projectar l'exercici de la llibertat d'ensenyament sobre el dret fonamental a l'educació en termes contraris a la Constitució.

D'altra banda, també s'ha argumentat que correspon al legislador orgànic concretar l'abast dels drets educatius i delimitar quines pràctiques queden incloses o excloses del seu radi de protecció, en atenció a l'ideari educatiu constitucional i als mandats dels articles 9.2 i 14 CE; el control del Tribunal Constitucional hauria d'operar, en aquest punt, com a judici d'absència d'arbitrarietat o irracionalitat, sense substituir

15. O. SALAZAR BENÍTEZ, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106 (2016), p. 451-478.

16. *Ibidem*.

el criteri del legislador per un de propi.¹⁷ En aquest punt, es considera que l'educació segregada per raó de sexe és incompatible amb els principis constitucionals, però se sosté que ha de ser el legislador qui expliciti aquesta contradicció, ja que correspon al legislador definir quins models pedagògics són compatibles amb les llibertats educatives i amb l'ideari constitucional, i en aquest exercici podria arribar a declarar la contradicció entre l'educació diferenciada i els valors constitucionals perquè la primera no garanteix la transmissió efectiva dels principis d'igualtat i de no-discriminació per raó de sexe. El Tribunal Constitucional, per la seva banda, hauria de limitar-se a verificar que aquesta opció legislativa no resulta arbitrària o irracional, sense substituir-la per un criteri propi.

En tot cas, el marc constitucional exigeix situar el debat en la interpretació conjunta dels articles 14 i 27 CE. El dret a l'educació és un dret fonamental amb dimensió prestacional i amb instruments d'efectivitat que inclouen la programació general de l'ensenyament i el sistema d'ajuts públics en els termes que estableixi la llei. A més, l'article 27.2 CE perfila una teleologia educativa vinculada al ple desenvolupament de la personalitat i a la preparació per a la convivència democràtica, dimensió que el Tribunal Constitucional ha expressat en termes inequívocs en jurisprudència consolidada.¹⁸

En aquest sentit, l'educació ha de contribuir a la formació d'una ciutadania respectuosa amb els drets humans, la igualtat de gènere i el pluralisme democràtic, elements imprescindibles en qualsevol model educatiu conforme amb la Constitució.

5. EDUCACIÓ SEGREGADA PER RAÓ DE SEXE I INTERÈS SUPERIOR DE L'INFANT

L'anàlisi del model d'educació diferenciada per sexes no pot desvincular-se del context jurídic internacional i europeu, que actua com a referent interpretatiu per als tribunals nacionals, inclòs el Tribunal Constitucional espanyol. Aquest marc normatiu reforça la interpretació dels drets fonamentals vinculats a la igualtat i la no-discriminació, així com la configuració del dret a l'educació en clau inclusiva i des de la perspectiva de l'interès superior de l'infant.

Aquesta lectura constitucional no pot desvincular-se del marc internacional dels drets humans, que actua com a criteri interpretatiu (art. 10.2 CE) i reforça una orien-

17. B. ALÁEZ, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86 (2009), p. 31-64.

18. STC 133/2010, del 2 de desembre, FJ 7, sobre la dimensió no merament instructiva del dret a l'educació i la seva projecció en la formació ciutadana en una societat plural.

tació normativa favorable a la coeducació i a l'eliminació d'estereotips de gènere. Un dels instruments internacionals més rellevants és la CEDAW, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 1979 i ratificada per Espanya el 1984. L'article 10 estableix l'obligació dels estats part de «prendre totes les mesures apropiades per a eliminar la discriminació contra la dona amb vista a assegurar-li els mateixos drets que a l'home en l'àmbit de l'educació» (CEDAW, 1979, art. 10). Encara que la CEDAW no prohibeix explícitament l'educació diferenciada per sexes, promou la coeducació com a via per a assolir la igualtat real i eliminar els estereotips de gènere (Comitè CEDAW, Observació general núm. 36, 2017).

En l'àmbit dels drets de la infància, la Convenció sobre els Drets de l'Infant exigeix que l'interès superior del menor sigui una consideració primordial en totes les mesures que l'afectin (art. 3.1) i defineix objectius educatius orientats al desenvolupament ple de la personalitat i al respecte dels drets humans i de la igualtat. La doctrina interpretativa del Comitè dels Drets de l'Infant subratlla, a més, que l'interès superior opera com a dret substantiu, principi interpretatiu i norma de procediment, amb exigències reforçades de motivació robusta quan una decisió pública incideix de manera significativa en drets i trajectòries educatives.¹⁹ Aquest principi es troba recollit de manera clara en la normativa estatal (Llei orgànica 1/1996, del 15 de gener, de protecció jurídica del menor, art. 2.1, redacció donada per la Llei orgànica 8/2015, del 22 de juliol, que reforça conceptualment l'interès superior del menor i n'estableix els criteris d'interpretació) i catalana (Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, art. 5.1 i 5.3), i no opera únicament com un criteri de política legislativa, sinó com un paràmetre jurídic substantiu d'interpretació constitucional, que ha d'informar també la delimitació del contingut dels drets educatius.²⁰

Aquest principi i dret que l'interès superior de l'infant sigui considerat en totes les decisions que l'afecten, es projecta ineludiblement a la forma com s'organitza el sistema educatiu quan aquesta implica una segregació per raó de sexe. El dret a l'educació incorpora necessàriament una dimensió de formació cívica en valors democràtics i igualitaris (art. 1.1 i 27.2 CE), que transcendeix la mera transmissió de coneixements i exigeix un entorn educatiu capaç de preparar per a la convivència en igualtat. Aquesta dimensió ha estat ressaltada pel mateix Tribunal Constitucional, que ha insistit que l'educació no es redueix a instruir, sinó que comprèn la formació de la ciutadania en una societat plural i en condicions d'igualtat i respecte als drets dels altres.

19. Convenció sobre els Drets de l'Infant, art. 3.1 (interès superior) i 29 (finalitats educatives); COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño: Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Ginebra, Naciones Unidas, 2013 (CRC/C/GC/14), especialment sobre la seva funció com a principi interpretatiu i norma de procediment.

20. STC 141/2000, FJ 5; STC 124/2002, FJ 5 (reconeixement de l'interès superior del menor com a criteri hermenèutic de rang constitucional).

És cert que, per la força de la tradició i d'una certa inèrcia en el dret comparat, el constitucionalisme europeu no ha proclamat de manera oberta la inconstitucionalitat de l'educació diferenciada com a tal; el debat s'ha concentrat sobretot en la seva legitimitació quan rep finançament públic. Tanmateix, aquesta absència d'una prohibició expressa no pot identificar-se amb una validació constitucional plena. La separació sistemàtica entre nens i nenes introdueix objectivament una fractura en el procés d'inclusió i de socialització democràtica, ja que priva l'alumnat d'un espai educatiu compartit imprescindible per a consolidar valors com la tolerància, el pluralisme, el reconeixement recíproc i el respecte mutu. Aquesta idea és coherent amb els estàndards internacionals que vinculen la finalitat educativa amb la promoció d'un entorn escolar que reflecteixi «igualtat de sexes» i l'esperit d'entesa i tolerància, i que subratllen que el mateix entorn escolar ha de ser conforme a aquestes exigències.²¹

Certament, la mera presència conjunta d'alumnes de diferents sexes no garanteix per si sola la inclusió: la coeducació requereix polítiques i mesures pedagògiques específiques. Ara bé, aquest fet no converteix la segregació en una alternativa constitucionalment equivalent. Els arguments a favor de l'educació diferenciada —basats en suposats avantatges pedagògics o en diferències psicobiològiques— no poden justificar una ruptura del principi d'igualtat, perquè l'educació constitucionalment garantida no és només una instrucció eficient, sinó una formació integral orientada a la convivència democràtica i a la igualtat. En aquesta línia, una part rellevant de la doctrina constitucionalista ha sostingut que la coeducació constitueix un element nuclear de l'ideari educatiu constitucional i que l'educació diferenciada per sexes és incompatible amb la finalitat teleològica de l'article 27.2 CE.²²

Aquest raonament es reforça si es trasllada el criteri de segregació a altres condicions personals o socials: si, en nom d'un suposat millor rendiment, fos legítim separar l'alumnat per capacitats, per vulnerabilitat social o per qualsevol altre factor personal, el resultat seria igualment contrari als principis d'inclusió i d'igualtat. La segregació per sexes comparteix amb aquests supòsits una mateixa lògica: assumeix diferències com a base de l'organització educativa i naturalitza la separació com a resposta pedagògica, en lloc d'abordar la diversitat des d'una perspectiva integradora.

Arribats a aquest punt, cal formular explícitament el que sovint queda implícit: el debat no esgota la seva densitat constitucional en el finançament públic. Encara que la doctrina del Tribunal Constitucional hagi distingit entre l'admissibilitat del model i l'accés a fons públics, el nucli del problema és si la l'educació segregada per sexes pot

21. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño: Anexo IX. Observación general núm. 1* (2001). *Párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación*, Ginebra, Naciones Unidas (CRC/GC/2001/1), segons el qual l'entorn escolar ha de reflectir comprensió, pau, tolerància i «igualdad de sexos».

22. O. SALAZAR BENÍTEZ, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación», p. 454 i 460.

ser considerada una modalitat compatible amb el contingut material del dret a l'educació i amb el principi d'igualtat, atès que activa una categoria especialment sensible (sexe) en l'organització d'un servei essencial per a la socialització democràtica.

En aquest sentit, els vots particulars a la STC 31/2018 van formular una crítica de fons: no és possible deduir de l'absència de prohibició de l'educació segregada en alguns tractats internacionals, una validació constitucional interna de la segregació; i, sobretot, no es pot ignorar que l'evolució del dret internacional dels drets humans —incloent-hi tractats ratificats posteriorment— reforça mandats d'igualtat substancial i d'erradicació d'estereotips que projecten una lectura més exigent dels articles 14 i 27.2 CE.

Així, la problemàtica constitucional de l'educació segregada adquireix una dimensió qualitativament diferent quan s'analitza des de la perspectiva del dret de l'infant i del principi de l'interès superior del menor, que ha de presidir totes les actuacions públiques que l'afectin.

Des d'aquesta perspectiva, el debat no pot centrar-se exclusivament en la llibertat d'elecció dels adults —pares, mares o titulars de centres—, sinó que ha de situar en el centre el dret propi de l'infant a una educació orientada al seu desenvolupament integral. Tal com ha destacat reiteradament el Comitè dels Drets de l'Infant, l'interès superior del menor exigeix que les estructures educatives no només evitin danys directes, sinó que maximitzin activament les oportunitats de desenvolupament personal, social i cívic de nens i nenes en condicions d'igualtat.²³ Això implica valorar no sols els resultats acadèmics immediats, sinó també els efectes estructurals del model educatiu sobre la socialització, la construcció de la identitat i la interiorització dels valors democràtics. Aquesta opció no és neutra des del punt de vista de l'interès superior de l'infant, ja que condiciona el procés de socialització i pot limitar l'experiència relacional necessària per a desenvolupar competències bàsiques de convivència en igualtat. La Convenció sobre els Drets de l'Infant vincula explícitament la finalitat de l'educació amb la preparació per a una vida responsable en una societat lliure, basada en la comprensió, la tolerància i la igualtat entre sexes (art. 29), objectius difícilment assolibles en un entorn estructuralment segregat.²⁴

A més, l'interès superior del menor opera, segons la doctrina internacional, com un criteri de ponderació reforçat quan entren en conflicte diferents drets o interessos legítims. El Comitè dels Drets de l'Infant ha subratllat que aquest principi exigeix una justificació especialment rigorosa de qualsevol mesura que pugui tenir un impacte significatiu i generalitzat sobre col·lectius d'infants, així com una avaluació dels seus

23. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño: Observación general núm. 14* (2013), ap. 4-6 i 74-79.

24. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño: Anexo IX. Observación general núm. 1* (2001), ap. 19.

efectes a mitjà i llarg termini.²⁵ Aplicat a l'educació segregada, això obliga a preguntar-se si existeix una raó suficientment poderosa —i acreditada— per a organitzar el sistema educatiu sobre la base de la separació per sexes, més enllà de preferències ideològiques o de controvertides hipòtesis pedagògiques.

En conseqüència, una lectura sistemàtica dels articles 27.2, 14 i 39 CE, en connexió amb els estàndards internacionals sobre drets de la infància, permet sostenir que l'educació segregada per raó de sexe no és únicament una qüestió de finançament públic, sinó un problema estructural de compatibilitat amb el dret fonamental a l'educació dels infants. Si l'educació està constitucionalment cridada a garantir el desenvolupament lliure i igualitari de tots els nens i nenes, i si l'interès superior del menor ha de ser una consideració primordial, resulta jurídicament discutible que un model basat en la separació sistemàtica per sexes pugui satisfer plenament aquestes exigències.

Aquest és, en definitiva, el terreny en què el debat constitucional resta encara incomplet.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALÁEZ CORRAL, B. «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86 (2009), p. 31-64.
- CÁRDENAS CORDÓN, A. «Comentario a la STC 31/2018, de 10 de abril, sobre educación diferenciada por sexo». *Revista Docencia y Derecho*, núm. 17 (2021), p. 52-62.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general núm. 36 (2017) sobre el derecho de las niñas y las mujeres a la educación*. Ginebra: Naciones Unidas (CEDAW/C/GC/36).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño: Anexo IX. Observación general núm. 1 (2001). Párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación*. Ginebra: Naciones Unidas (CRC/GC/2001/1).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño: Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Ginebra: Naciones Unidas, 2013 (CRC/C/GC/14).

25. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos del Niño: Observación general núm. 14 (2013)*, ap. 32-37.

- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* [CEDAW]. Aprobada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 18 de desembre de 1979.
- Convención sobre los Derechos del Niño*. Aprobada per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 20 de novembre de 1989.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. «Educación y principio de igualdad». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31 (2013), p. 215-218.
- NAVAS SÁNCHEZ, M. M. «¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43 (2019), p. 473-498.
- REY MARTÍNEZ, F. *Segregación escolar en España: Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Émile ou de l'éducation*. Edició crítica. Llibre V. París: Garnier-Flammarion, 1993.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley orgánica de educación». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106 (2016), p. 451-478.
- VIÑAO FRAGO, A. *Escuela para todos: Educación y modernidad en la España del siglo XX*. Madrid: Morata, 2002.

L'ASSETJAMENT ANTIABORTISTA: DESAFIAMENTS I CRÍTQUES CONSTITUCIONALS

Babette De Naeyer
Universitat Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓ: L'ACCÉS A L'AVORTAMENT A ESPANYA

Tot i que la majoria social,¹ el legislador² i el Tribunal Constitucional³ reconeixen el dret a la interrupció voluntària de l'embaràs, a la pràctica l'accés efectiu a l'avortament no és una certesa. L'elevat nombre d'objectors de consciència limita l'accés, ja que només el 15% dels avortaments es fan en centres públics.⁴ Les causes no són necessàriament ideològiques, sinó més aviat institucionals: molts ginecòlegs del sector públic s'abstenen de fer avortaments per a no perjudicar la seva carrera professional, tot i no tenir objeccions personals a practicar-ne.⁵

En l'àmbit personal, un factor determinant de l'accessibilitat a l'avortament és el lloc de residència.⁶ No tots els sistemes sanitaris autonòmics garanteixen la disponibilitat de centres que ofereixin la interrupció voluntària de l'embaràs (en endavant,

1. Statista, *Población a favor o en contra del aborto libre hasta la decimocuarta semana de gestación en España en 2023 según ideología política*, 22 d'agost de 2023, <https://es.statista.com/estadisticas/612495/opinion-de-la-poblacion-respecto-al-aborto-en-espana/>.

2. Llei orgànica 9/1985, del 5 de juliol, de reforma de l'article 417 bis del Codi penal, *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 166 (12 juliol 1985); Llei orgànica 2/2010, del 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, *BOE*, núm. 55 (4 març 2010); Llei orgànica 1/2023, del 28 de febrer, de modificació del Codi penal en matèria de delictes contra la llibertat sexual, *BOE*, núm. 52 (1 març 2023).

3. Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 44/2023, del 3 de març de 2023, *BOE* del 16 de març de 2023, p. 19245-19260.

4. P. LINDE, «La sanidad pública deberá reforzarse para asumir los 74.000 abortos que ahora deriva a la privada», *El País*, 14 de maig de 2022, <https://elpais.com/sociedad/2022-05-14/la-sanidad-publica-debera-reforzarse-para-asumir-los-74000-abortos-que-ahora-deriva-a-la-privada.html>.

5. J. A. BOSCH, «Objecció de consciència versus objecció de condicions», *Periodismo Alternativo*, 27 de març de 2024, <https://nuevarevolucion.es/objecion-de-conciencia-versus-objecion-de-condiciones/>.

6. A. COMAS, «Abortion in Spain: where the law doesn't reach», *El País*, 30 de setembre de 2021, <https://english.elpais.com/opinion/2021-09-30/abortion-in-spain-where-the-law-doesnt-reach.html#?rel=mas>.

IVE). Això ha obligat moltes dones a recórrer al sistema privat o a desplaçar-se a altres comunitats autònomes, amb els costos afegits que això comporta.⁷ El Tribunal Constitucional va condemnar aquesta situació el 2023 en una sentència relativa a un recurs d'empara, en la qual va responsabilitzar la comunitat autònoma de Múrcia de no oferir serveis públics d'avortament.⁸

La manca de clíniques públiques no és l'únic obstacle. A Espanya han proliferat manifestacions antiavortistes davant dels centres sanitaris d'IVE. Des que es va reconèixer formalment el dret a l'avortament, s'han organitzat campanyes provida amb manifestants acampats davant dels centres.⁹ L'existència de pocs centres sanitaris facilita que es converteixin en objectiu d'aquestes accions, cosa que intensifica el fenomen.

Els manifestants duen a terme diverses accions per a dissuadir les dones: grups com 40 Días por la Vida organitzen vetlles de pregària davant dels centres, exhibint pancartes i intentant convèncer les dones que es repensin la decisió. Altres grups, anomenats *rescatadors*, utilitzen ambulàncies per a fer ecografies i parlar amb les dones, obstrueixen l'accés d'aquestes als centres, reparteixen material gràfic o figures religioses, i ofereixen cafès a les dones perquè acabin frustrant l'avortament.¹⁰

El 2018 l'Associació de Clíniques Acreditades per a la Interrupció Voluntària de l'Embaràs (ACAI) va investigar l'impacte d'aquest assetjament i va constatar que el 89 % de les 300 dones enquestades se sentien assetjades, mentre que només un 1 % consideraven útils aquestes intervencions.¹¹ La manca de violència física dificulta la intervenció penal, motiu pel qual l'ACAI va sol·licitar una reforma legislativa per a penalitzar l'assetjament.¹²

Tot i que les manifestacions antiavortament no són un fenomen nou, recentment les narratives antiavortistes han guanyat impuls. A Europa, malgrat que cada vegada

7. P. LINDE i I. VALIDÉS, «La inequidad del aborto: cada año cientos de mujeres tienen que salir de su comunidad a interrumpir el embarazo», *El País*, 8 de juny de 2023, https://elpais.com/sociedad/2023-07-08/la-inequidad-del-aborto-cada-ano-cientos-de-mujeres-tienen-que-salir-de-su-comunidad-a-interrumpir-el-embarazo.html#?rel=mas&event_log=go.

8. STC 78/2023, del 10 de juliol de 2023, BOE del 12 de juliol de 2023, p. 45678-45690.

9. L. FRANCO, «The pro-life campaign to stop women from having abortions in Spain», *El País*, 2 de novembre de 2021, <https://english.elpais.com/spain/2021-de-novembre-de-02/the-pro-life-campaign-to-stop-women-abortioning-in-spain.html>.

10. *Ibidem*.

11. ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS ACREDITADAS PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO, *Estudio: percepciones de las mujeres que interrumpen su embarazo frente al hostigamiento de los grupos anti derechos/anti elección en las puertas de los centros acreditados para la IVE*, 2018, www.acaive.com/pdf/Estudio-acoso%20anti-derechos-ACAI.pdf.

12. *Ibidem* i L. FRANCO, «Así organizan los antiabortistas el acoso en los alrededores de las clínicas», *El País*, 1 de novembre de 2021, <https://elpais.com/espana/madrid/2021-de-novembre-de-01/asi-organizan-los-antiabortistas-el-acoso-en-los-alrededores-de-las-clinicas.html>.

més països reconeixen el dret a l'avortament, la seva implementació encara afronta reptes. A manera d'exemple, als Estats Units el 2022 el Tribunal Suprem va revocar el precedent del cas *Roe vs. Wade* en el cas *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, mentre que, a Europa, França¹³ i el Parlament Europeu¹⁴ han reforçat la protecció del dret a l'avortament. A Espanya, el Tribunal Constitucional va declarar constitucional el dret a l'avortament el 2023,¹⁵ atorgant-li fins i tot aquest estatus.¹⁶

El contrast entre polítiques d'esquerra i de dreta ha polaritzat el debat sobre l'avortament. Per això, al Congrés dels Diputats, el Grup Socialista va aprovar la Llei orgànica 4/2022, que modifica el Codi penal per a penalitzar l'assetjament a les dones que acudeixen a clíniques per a una IVE, afegint l'article 172 *quater* i introduint l'anomenat *assetjament antiavortista*. Abans d'analitzar aquest nou delictes, convé veure com altres jurisdiccions i el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) han abordat el fenomen. Espanya no va ser la primera ni probablement serà l'última a actuar en aquest sentit.

2. ESTUDI COMPARAT

2.1. L'ASSETJAMENT ANTIABORTISTA EN ALTRES JURISDICCIONS

A Espanya, la regulació destinada a prevenir l'assetjament antiavortista s'inspira principalment en la llei francesa (*Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017*), que va ampliar l'abast del delictes d'obstrucció a l'accés als serveis d'avortament (art. L.2223-2 del *Code de la Santé*). Així, se sancionen actes d'obstrucció tant físics com psicològics (per exemple, mostrar imatges gràfiques per a dissuadir les pacients). La Llei té un abast ampli, que inclou l'assetjament en línia, i la difusió deliberada de desinformació sobre l'avortament amb l'objectiu de dissuadir les dones hi està prohibida expressament. El Conseil Constitutionnel (*Décision n° 2017-747*) va considerar que la norma no vulnerava la llibertat d'expressió i va validar-ne la constitucionalitat, però va precisar que s'ha d'aplicar només contra individus amb la intenció d'assetjar dones que volen avortar.

13. Amb la Llei constitucional núm. 2024-200, del 8 de març de 2024. Vegeu E. BOTTINI, «Enshrining abortion rights in the French Constitution: a global statement with little domestic substance?», *Verfassungsblog*, 9 de març de 2023, <https://verfassungsblog.de/enshrining-abortion-rights-in-the-french-constitution/#:~:text=Since%20Dobbs%2C%20France%20has%20become,Eswatini%2C%20Somalia%20and%20Kenya>.

14. El Parlament Europeu va aprovar la moció per a incloure l'accés a l'avortament en la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (2024/2655(RSP)).

15. STC 44/2023, del 3 de març de 2023, BOE del 16 de març de 2023, p. 19245-19260.

16. J. A. BOSCH, «Aborto y Constitución», *Periodismo Alternativo*, 28 de febrer de 2024, <https://nuevarevolucion.es/aborto-y-constitucion-2/>.

Als Estats Units existeix una legislació similar. Tot i que les manifestacions pro-vida han estat més violentes que a Europa —han inclòs bombardejos, atacs i fins i tot assassinats de personal de clíniques—,¹⁷ es va aprovar la *Freedom of Access to Clinics Act 1994* (18 U.S. Code § 248), que prohibeix l'ús de la força física o la intimidació per a impedir l'accés a serveis de salut reproductiva, així com el vandalisme. Alguns estats han introduït *fixed buffer zones* que impedeixen qualsevol obstrucció prop de les clíniques d'IVE. El Tribunal Suprem ha acceptat aquestes zones sempre que siguin fixes, estretes i limitades.¹⁸

En països del Common Law, com Austràlia, el Canadà, el Regne Unit i Irlanda, també s'han introduït *fixed buffer zones* considerablement més àmplies (50-150 m). Dins d'aquest perímetre es prohibeixen actes com gravar o assetjar persones, influir en la seva decisió o causar-los ansietat.¹⁹ Aquesta legislació ha estat considerada constitucional i compatible amb la llibertat d'expressió i de reunió en diverses sentències.²⁰

2.2. QUÈ DIU EL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS?

En el cas *Van den Dungen vs. els Països Baixos*,²¹ el TEDH va abordar un cas en què els tribunals neerlandesos van imposar una ordre de separació de dos-cents cinquanta metres d'una clínica d'avortaments. Els tribunals van avalar l'ordre perquè el demandant acostumava a mostrar imatges de restes fetals i de Jesucrist, tot qualificant l'avortament d'«assassinat de nens». El demandant al·legava que això violava la seva llibertat d'expressió (art. 10 de la Convenció Europea de Drets Humans [CEDH]), però la Comissió Europea de Drets Humans va rebutjar l'argument perquè va considerar que l'ordre limitava la llibertat de manera proporcionada i temporal.

En el cas *Van Schijndel i altres vs. els Països Baixos*,²² un grup va ser multat per resar al passadís d'una clínica, bloquejant el pas. La Comissió va destacar que l'article 9 de la CEDH no garanteix sempre actuar en l'espai públic segons la pròpia creença, i la condemna va ser justificada com una limitació necessària en una societat democràtica.

17. E. OTTLEY, *International comparison of abortion safe access zones legislation: literature review*, Scottish Parliament Commissioned Research Report, p. 7; C. MATHIAS, «The anti-abortion movement killed people. Now victims' families face a post-roe world», *Huffpost*, 13 de juny de 2022, www.huffpost.com/entry/anti-abortion-violence-murdered-families-roe-v-wade_n_62a37f2ae4b0cdcbe4fa969.

18. *Schenck vs. Pro-Choice Network of Western N.Y.*, 1997; *a contrario sensu*, veg. *McCullen vs. Coakley*, 2014.

19. E. OTTLEY, *International comparison of abortion safe access zones legislation*, p. 29.

20. E. OTTLEY, «Fixed buffer zone legislation: a proportionate response to demonstrations outside abortion clinics in England and Wales?», *Medical Law Review*, vol. 30, núm. 3, p. 512.

21. Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (STEDH) núm. 22838/93, del 22 de febrer de 1995, cas *Van den Dungen vs. els Països Baixos*.

22. STEDH núm. 30936/96, del 20 de maig de 1998, cas *Van Schijndel i altres vs. els Països Baixos*.

Més recentment, en el cas *Hoffer i Annen vs. Alemanya*,²³ el TEDH va confirmar aquesta doctrina, acceptant la condemna per difamació d'uns demandants que comparaven l'avortament amb l'Holocaust, valorant els drets de privacitat dels metges i el context històric alemany. Ó Fathaigh va criticar aquesta decisió com una restricció desproporcionada de la llibertat d'expressió.²⁴ Tanmateix, en el cas *Annen vs. Alemanya*,²⁵ el Tribunal va adoptar un enfocament diferent, ja que va considerar que l'ordre de distància vulnerava la llibertat d'expressió per no valorar suficientment l'ús d'un llenguatge hiperbòlic en un debat d'interès públic. Heri va criticar la divergència del Tribunal respecte al cas *Hoffer* i es va afegir a les dues opinions dissidents que retreien a la majoria no haver considerat prou els drets de privacitat dels pacients i el perjudici causat al personal de la clínica.²⁶

El 2020, en el cas *Dulgheriu i altres vs. el Consell Municipal d'Ealing (Londres)*, es va ratificar la legalitat d'una prohibició general de protestes sobre l'avortament dins un radi de cent metres de les clíniques d'IVE. El 2021 desgraciadament el TEDH va rebutjar la seva demanda,²⁷ la qual hauria pogut servir com una orientació jurisdiccional valuosa sobre com la legislació de zones de seguretat pot considerar-se una limitació proporcionada en virtut de l'article 10 de la CEDH.²⁸

3. L'ASSETJAMENT ANTIABORTISTA EN EL CODI PENAL

Com en altres jurisdiccions, el legislador espanyol també va decidir penalitzar l'assetjament que té lloc davant dels centres sanitaris d'IVE. Amb la Llei orgànica 4/2022 el legislador va pretendre:

[...] garantir una zona de seguretat al voltant dels centres sanitaris que faciliten la interrupció voluntària de l'embaràs, de manera que es garanteixi la intimitat de les dones, la seva llibertat i seguretat física i moral, així com el seu dret a

23. STEDH núm. 397/07 i 2322/07, del 13 de gener de 2011, cas *Hoffer i Annen vs. Alemanya*.

24. R. Ó FATHAIGH, «Comparing abortion to the Holocaust», *Strasbourg Observers*, 25 de gener de 2011, <https://strasbourgobservers.com/2011/01/25/comparing-abortion-to-the-holocaust/>.

25. STEDH núm. 3690/10, del 26 de novembre de 2015, cas *Annen vs. Alemanya*.

26. C. HERI, «The problem with insularity: on the court's view of anti-abortion campaigning in *Annen v. Germany*», *Strasbourg Observers*, 15 de desembre de 2015, <https://strasbourgobservers.com/2015/12/15/the-problem-with-insularity-on-the-courts-view-of-anti-abortioncampaigning-in-annen-v-germany/>.

27. STEDH núm. 45893/20, del 14 de gener de 2021, cas *Dulgheriu & Orthova vs. UK*.

28. N. J. L. SWART, «Wetgeving bij abortusklinieken in Europa: Blijft Nederland ten onrechte achterop?», *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, vol. 15, núm. 2 (2024), p. 112.

la lliure circulació, i d'aquesta manera assegurar els drets sexuals i reproductius de les dones.²⁹

L'article 172 *quater* del Codi penal (CP) estableix penes de presó de tres mesos a un any i treballs en benefici de la comunitat per a aquells que assetgin dones, personal sanitari o directius de clíniques amb l'objectiu «d'obstaculitzar l'accés a l'avortament». Això inclou «actes molestos, ofensius, intimidatoris o coercitius» que «perjudiquen la llibertat» o «obstaculitzen l'exercici de la seva professió». A més, es poden imposar prohibicions d'accés a determinats llocs fins a tres anys (ap. 3). Es tracta d'un delicte perseguït d'ofici, sense necessitat de denúncia de la persona afectada (ap. 5). A continuació es presenten un resum de com va ser percebut aquest nou delicte per la doctrina penal espanyola i algunes de les crítiques que va rebre.

3.1. RECEPCIÓ EN LA DOCTRINA ESPANYOLA

La creació de l'article 172 *quater* CP ha estat objecte de nombroses crítiques, que resumim a continuació.

En primer lloc, s'argumenta que la *lex specialis* era innecessària, ja que tots els «actes coercitius o intimidatoris» podrien ser castigats amb l'article 172 CP, la norma general que penalitza les coaccions.³⁰ Els exemples inclouen punxar rodes, bloquejar la porta d'una clínica o cridar insults a les dones que accedeixen a la clínica. A més, la *lex specialis* preveu penes més lleus que la norma general, fet que ha estat considerat contradictori amb l'objectiu de reforçar la protecció.³¹

En segon lloc, es critica que els «actes molestos i ofensius» siguin punibles, ja que simplement ser molest o ofensiu no constitueix delicte i, en canvi, podria vulnerar drets fonamentals com la llibertat d'expressió (art. 20.1a CE). També es qüestiona que sigui perseguible d'ofici, ja que les autoritats poden decidir què constitueix una «molestia» sense denúncia de la víctima. Per tant, les manifestacions pacífiques davant de clíniques d'IVE no haurien de ser penalitzades. En aquest sentit, Martínez Sanromà sosté que resar pacíficament davant dels centres o repartir fullets informatius no hauria

29. Llei orgànica 4/2022, del 12 d'abril, per la qual es modifica la Llei orgànica 10/1995, del 23 de novembre, del Codi penal, per a penalitzar l'assetjament a les dones que acudeixen a clíniques per a la interrupció voluntària de l'embaràs, BOE del 13 d'abril de 2022.

30. E. I. COLINA, «Sobre la reforma al artículo 172 *quater* del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 137, p. 155-159; O. MARTÍNEZ SANROMÀ, «El acoso antiabortista: herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 *quater* CP», *Diario La Ley*, núm. 10272 (21 maig 2023).

31. *Ibidem*.

de merèixer reprotxe penal (amb independència que la informació sigui verdadera o no).³²

Finalment, es critica l'ús excessiu del dret penal simbòlic per a crear delictes menors, quan es podrien haver utilitzat mecanismes menys invasors, com els drets civil o administratiu.³³

3.2. COMENTARIS

3.2.1. *Redundància de l'article 172 quater del Codi penal com a lex specialis*

L'assetjament davant dels centres d'IVE és un fenomen persistent. Tot i que la doctrina sosté que l'article 172 CP podria condemnar aquests actes, la pràctica judicial evidència una manca de pronunciaments en aquest sentit. L'informe de l'ACAI del 2018 assenyala que les poques denúncies presentades han estat arxivades o suspeses, cosa que justifica la creació d'una *lex specialis* que prohibeixi explícitament aquestes conductes.³⁴

La *lex specialis* introdueix diferències clau respecte de la norma general: persecució d'ofici, mecanismes sancionadors específics i penes més lleus, reconeixent la sensibilitat de la qüestió de l'avortament i la reticència del poder judicial a aplicar figures penals més greus. També permet al jutge prohibir temporalment l'accés a determinats llocs, com els centres d'IVE, en casos especialment greus.

3.2.2. *Penalització de simples «actes molestos o ofensius»*

Distingir entre «actes coactius o intimidatoris» i «actes molestos o ofensius» és complicat en la pràctica. Difícilment es pot justificar que repartir un fullet amb el missatge «estàs assassinant el teu nadó» sigui només «ofensiu», mentre que cridar

32. C. GARCÍA ARROYO, «El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del derecho penal simbólico», *Revista Penal*, núm. 53, p. 88; E. I. COLINA, «Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código Penal», p. 145-150; O. MARTÍNEZ SANROMÀ, «El acoso antiabortista»; V. MAGRO, «Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 quater por Ley orgánica 4/2022, de 12 de abril», *Diario La Ley*, núm. 10059 (2 maig 2022).

33. C. GARCÍA ARROYO, «El nuevo delito del 172 quater», p. 93; E. I. COLINA, «Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código Penal», p. 142-144; O. MARTÍNEZ SANROMÀ, «El acoso antiabortista»; C. CUERVO NIETO, «El nuevo art. 172 quater CP: estructura del tipo y problemas aplicativos», *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 10 (2022), p. 208.

34. ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS ACREDITADAS PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO, *Estudio: percepciones de las mujeres que interrumpen su embarazo*.

«assassina!» sigui «intimidatori», quan totes dues conductes tenen un impacte similar. A més, segons el TEDH, les expressions orals espontànies mereixen més tolerància que les escrites, que es consideren més meditates.³⁵ Des d'aquesta perspectiva, fins i tot podria resultar més justificable penalitzar qui reparteix fullets que no pas qui exclama insults.

La inclusió dels «actes molestos o ofensius» mostra la voluntat del legislador d'ampliar la protecció davant l'assetjament antiavortista, sense que això impliqui necessàriament una restricció desproporcionada de la llibertat d'expressió. Altres delictes del Codi penal també limiten aquest dret per a protegir béns constitucionals diversos.

Tanmateix, l'ús de la categoria «actes ofensius» és problemàtic, ja que el TEDH ha remarcat reiteradament que una societat democràtica ha de tolerar expressions que «ofenen, sacsegen o pertorben».³⁶ Tot i això, el Tribunal també ha estat clar que aquesta protecció no és absoluta: quan entren en joc altres drets fonamentals —com la intimitat i la privacitat (art. 18 CE i 8 CEDH)—, la llibertat d'expressió pot cedir. En el context de les clíniques d'IVE, la presència constant d'activistes identificant o enregistrent les dones no constitueix una simple «molèstia», sinó una afectació real al seu dret a la privacitat. Per això, la ponderació de drets pot justificar la intervenció penal.³⁷

3.2.3. *Expansió del dret penal simbòlic*

Tot i la importància de la llibertat d'expressió, el TEDH assenyalava que les penes privatives de llibertat han de ser l'últim recurs i només s'han d'aplicar en casos excepcionals, com en el discurs d'odi o la incitació a la violència. Encara que no hi ha condemnes per violar l'article 172 *quater* CP, hi ha diligències obertes per a casos d'assetjament,³⁸ i és probable que els tribunals considerin multes o treballs en benefici de la comunitat abans de recórrer a la presó.

També vull subratllar la feblesa de basar-se exclusivament en la via sancionadora administrativa a Espanya. Com que les sancions administratives depenen de la volun-

35. STEDH núm. 39293/98, del 29 de febrer de 2000, cas *Fuentes Bobo vs. Espanya*, § 46; STEDH núm. 2034/07, del 15 de març de 2011, cas *Otegi Mondragón vs. Espanya*, § 54; STEDH núm. 27926/21, del 8 de juny de 2023, cas *Fragoso Dacosta vs. Espanya*, § 29.

36. STEDH núm. 5493/72, del 7 de desembre de 1976, cas *Handyside vs. Regne Unit*, § 49.

37. STEDH núm. 59320/00, del 24 de juny de 2004, cas *Von Hannover vs. Alemanya*, núm. 1; STEDH núm. 21277/05, del 4 de juny de 2009, cas *Standard Verlags GmbH vs. Àustria*, núm. 2; STEDH núm. 19362/18, del 30 de maig de 2023, cas *Mesić vs. Croàcia*.

38. C. BARRO, «El aval del TC contra el acoso a las mujeres que abortan, un muro de contención frente a la ola reaccionaria», *Público*, 8 de maig de 2024, www.publico.es/mujer/aval-tc-acoso-mujeres-abortan-muro-contencion-frente-ola-reaccionaria.html.

tat política regional, l'aplicació varia molt.³⁹ En moltes comunitats autònomes no hi ha suport institucional per a crear i aplicar zones d'accés segur (en anglès, *safe access zones*, SAZ) al voltant de les clíniques. A Andalusia, per exemple, entre els anys 2021 i 2023 el govern autonòmic va destinar gairebé 400.000 € a grups antiavortistes.⁴⁰ No es pot esperar raonablement que les autoritats sancionin els mateixos manifestants als quals donen suport econòmic.

Finalment, l'anomenat *dret penal simbòlic* ha tingut efectes concrets en l'esfera administrativa. Diversos governs regionals van denegar l'autorització de concentracions a prop de les clíniques, indicant als organitzadors que es traslladessin a un altre lloc. Els manifestants van recórrer aquestes denegacions. En tres⁴¹ dels quatre casos⁴² resolts, els tribunals contenciosos administratius van determinar que la denegació de permisos era una limitació justificada del dret de reunió, fent referència explícita a la Llei orgànica 4/2022.⁴³

4. L'ASSETJAMENT ANTIABORTISTA DAVANT EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fins ara s'ha analitzat la doctrina penal (i administrativa) sobre la legitimitat del nou article 172 *quater* CP. Però què ha dit el Tribunal Constitucional sobre la qüestió? En aquest apartat s'examinaran la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 75/2024 i els vots particulars emesos, i es conclourà amb una reflexió sobre l'abast jurídic del dictamen.

4.1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 75/2024

La STC 75/2024⁴⁴ resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat per més de cinquanta diputats del Grup Parlamentari Vox a les Corts Generals.

39. STC núm. 276/2000, del 16 de novembre de 2000; STC núm. 77/1983, del 3 d'octubre de 1983.

40. R. BOCANEGRA, «Moreno Bonilla ha concedido casi 400.000 euros en tres años a Red Madre, entidad antiabortista que “asesora” a embarazadas», *Público*, 26 de febrer de 2024, www.publico.es/politica/moreno-bonilla-concedido-casi-400-000-euros-tres-anos-red-madre-entidad-antiabortista-asesora-embarazadas.html.

41. Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Sant Sebastià núm. 301/2023, del 27 de juny de 2023; STSJ de Bilbao núm. 4126/2022, del 21 d'octubre de 2022; STSJ de Barcelona núm. 1571/2024, del 26 de febrer de 2024.

42. STSJ de Bilbao núm. 4056/2022, de l'11 d'octubre de 2022.

43. Per exemple, STSJ de Barcelona núm. 1571/2024, del 26 de febrer de 2024, p. 13.

44. STC 75/2024, del 8 de maig de 2024, BOE, núm. 140, p. 67701-67730.

Els recurrents van basar els seus arguments en els punts següents. En primer lloc, la falta de claredat i violació del principi de *lex certa* (art. 25.1 CE i 7 CEDH). Consideraven que els termes «molestos, ofensivos, intimidatorios o coercitivos» eren imprecisos i permetien una interpretació massa àmplia i subjectiva. També denunciaven una incongruència entre l'objectiu expressat en el preàmbul de la Llei orgànica 4/2022 (garantir una zona de seguretat al voltant dels centres sanitaris que faciliten l'IVE) i el tipus penal, ja que aquest no estava limitat territorialment a les proximitats de les clíniques. En segon lloc, l'afectació desproporcionada de drets fonamentals com la llibertat d'ideologia (art. 16 CE), d'expressió (art. 20 CE), de reunió i manifestació (art. 21 CE), el principi d'igualtat (art. 14 CE) i la llibertat religiosa (art. 16 CE i 9 CEDH). Els recurrents sostenien que el nou delictes podia penalitzar manifestacions pacífiques contra l'avortament en qualsevol lloc, cosa que generava un efecte dissuasiu sobre l'exercici legítim d'aquests drets.⁴⁵

Per la seva part, l'Advocacia de l'Estat defensava la constitucionalitat de l'article 172 *quater* CP. Argumentava que el delictes d'assetjament estava prou definit i que els termes emprats ja apareixen en altres tipus penals. També subratllava que la norma no limita la conducta a un lloc específic perquè l'assetjament pot ocórrer en diferents contextos, incloent-hi el domicili de la víctima o de manera virtual. Finalment, ressaltava que la norma no castiga opinions, sinó l'afectació de la llibertat personal de les dones per a exercir el dret a l'avortament, sempre que existeixi intencionalitat.⁴⁶

El Tribunal Constitucional va abordar primerament el principi de taxativitat penal. Va concloure que el delictes està clarament delimitat pel verb *assetjar* i la intencionalitat d'obstaculitzar l'exercici d'un dret, ja sigui l'accés a l'avortament (ap. 1 art. 172 *quater* CP) o l'exercici professional del personal sanitari (ap. 2 art. 172 *quater* CP). Pel que fa als termes «molestos» i «ofensivos», el Tribunal va assenyalar que estan prou definits tant pel llenguatge comú com per la jurisprudència prèvia, i que correspon als jutges aplicar-los de manera contextualitzada sota el control d'empara constitucional.⁴⁷

Segonament, el Tribunal Constitucional analitza si el nou delictes vulnera els drets i llibertats fonamentals invocats pels recurrents. Tot i reconèixer que pot afectar els drets de reunió i manifestació (art. 21 CE) i la llibertat d'expressió (art. 20 CE), no aprecia cap afectació de les llibertats ideològica i religiosa. El Tribunal admet que hi ha una limitació dels articles 20 i 21 CE, però considera que pot ser constitucional si està justificada i és proporcional.

Pel que fa a aquesta justificació, el Tribunal remet a la STC 44/2023, que va avalar la constitucionalitat de la Llei orgànica 2/2010, de salut sexual i reproductiva i

45. STC 75/2024, ap. I.2.

46. *Ibidem*, ap. I.7.

47. *Ibidem*, ap. II.4.

d'interrupció voluntària de l'embaràs. Afegeix que la despenalització de l'avortament és una via per a garantir-hi l'accés, però no l'única: la penalització de l'assetjament antiavortista pot ser una altra mesura per a facilitar-lo. En aquest sentit, l'article 172 *quater* CP pretén garantir el ple desenvolupament del principi d'igualtat entre dones i homes i dels drets sexuals i reproductius, vinculats al dret a la salut (art. 43 CE) i a la integritat física i moral (art. 15 CE). El legislador ha identificat un «problema social» i ha previst «consecuencias punibles para corregirlo».⁴⁸

En aplicar la prova de proporcionalitat, el Tribunal conclou que les restriccions imposades per l'article 172 *quater* CP són proporcionades, ja que les penes poden considerar-se lleus. En definitiva, «la pena prevista no ha comportado un sacrificio innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad de expresión o del derecho de manifestación».⁴⁹

En conclusió, el Tribunal Constitucional va desestimar el recurs d'inconstitucionalitat contra l'article 172 *quater* CP i va considerar que no vulnerava ni el principi de taxativitat ni els drets fonamentals que estaven en joc.⁵⁰

4.2. ELS VOTS PARTICULARS

El vot concurrent dels magistrats Enríquez Sancho i Tolosa Tribiño rebutja vincular l'article 172 *quater* CP amb un dret fonamental a l'avortament, com afirmava la STC 44/2023. Consideren que no existeix aquest dret fonamental i que la majoria fa una connexió falsa amb la integritat física de l'article 15 CE. Segons ells, declarar un dret fonamental a l'avortament no era necessari per a justificar la constitucionalitat de l'article 172 *quater* CP, com il·lustren amb l'exemple de les coaccions generals (art. 172 CP): impedir que algú vagi al cinema o al teatre podria ser condemnat sense que existís un dret fonamental específic per a fer-ho.⁵¹

En un altre vot discrepant, els magistrats Arnaldo Alcubilla i Espejel Jorquera defensen la possible inconstitucionalitat de l'article 172 *quater* CP. Critiquen la intervenció excessiva del dret penal com a últim recurs i consideren que el preàmbul de la Llei orgànica 4/2022 no justifica la mesura penal. També qüestionen la manca de taxativitat del delictes, ja que no defineix clarament *assetjament*, i alerten que la inclusió «de actos molestos» podria permetre perseguir simples comentaris o suggeriments contraris a l'IVE.⁵²

48. STC 75/2024, ap. II.5.b.

49. STC 75/2024, ap. II.5.b.

50. *Ibidem*, ap. II.5.b.

51. *Ibidem*, vot particular d'Enríquez i Tolosa, ap. 2.

52. *Ibidem*, vot particular d'Arnaldo i Espejel, ap. 2-3.

Pel que fa a la limitació de drets fonamentals, critiquen que la majoria no faci referència a la jurisprudència del TEDH que exigeix proporcionalitat i no efecte dissuasiu en l'ús del dret penal sobre la llibertat d'expressió i manifestació.⁵³ També rebutgen la idea d'un dret fonamental a l'avortament, ja que el consideren un «pseudoderecho no recogido en la Constitución», i recorden que l'article 172 CP ja protegeix suficientment contra les coaccions, alhora que mostren reserves sobre la proporcionalitat de la pena de presó.⁵⁴

4.3. COMENTARIS

4.3.1. *Falta de delimitació territorial de l'article 172 quater del Codi penal*

Un dels arguments principals dels recurrents era la presumpta violació del principi de taxativitat, no només per l'ús d'un llenguatge «difus e impreciso», sinó també per la falta de delimitació territorial del delict. Sense aquesta delimitació, el jutge podria condemnar manifestacions encara que es desenvolupessin «a quilómetros de cualquier centro sanitario» o «en cualquier lugar del territorio nacional».⁵⁵

L'Advocacia de l'Estat va defensar que l'assetjament no només pot tenir lloc al voltant dels centres sanitaris d'IVE, sinó també davant del domicili de la víctima, al seu lloc de treball o de manera virtual; circumstàncies que justificarien que el tipus penal no estigués limitat a l'entorn físic de les clíniques.⁵⁶

El Tribunal Constitucional no es va pronunciar sobre aquest aspecte específic de l'article 172 *quater* CP i aquest silenci és cridaner, especialment tenint en compte que la manca de delimitació territorial ja havia estat objecte de debat. El vot particular de la magistrada Elsa Puig Muñoz a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia (STSJ) de Barcelona 1571/2024, del 26 de febrer de 2024, recordava que la proposta original de la Llei orgànica 4/2022 preveia penalitzar «promover, favorecer o participar en concentraciones en las proximidades de lugares habilitados para interrumpir embarazos». Com assenyala el vot particular, el text finalment aprovat no va incloure cap referència a aquesta limitació territorial. I això malgrat que, durant la tramitació de la Llei orgànica 4/2022, un diputat va proposar una esmena que establia una zona de seguretat de cent cinquanta metres al voltant de les clíniques on no es permetes-

53. STEDH núm. 37553/05, del 15 d'octubre de 2015, cas Kudrevičius i altres *vs.* Lituània; STEDH núm. 19983/92, del 24 de febrer de 1997, cas De Haes i Gijssels *vs.* Bèlgica; STEDH núm. 2034/07, del 15 de març de 2011, cas Otegi Mondragón *vs.* Espanya.

54. STC 75/2024, vot particular d'Arnaldo i Espejel, ap. 4.

55. STC 75/2024, ap. I.2.

56. *Ibidem*, ap. I.7.

sin manifestacions ni reunions contra l'IVE,⁵⁷ però aquesta limitació finalment no va ser inclosa. Segons la magistrada discrepant, el legislador no pretenia crear una zona de seguretat que prohibís qualsevol tipus de manifestació, sinó únicament penalitzar l'assetjament. Si el legislador hagués volgut establir una zona de seguretat, hauria hagut de recórrer a altres instruments legals, com la Llei orgànica 9/1983, del 15 de juliol, reguladora del dret de reunió, o la Llei orgànica 4/2015, del 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana.⁵⁸

Atesa la controvèrsia, hauria estat oportú que el Tribunal Constitucional s'hagués pronunciat sobre aquesta qüestió. Davant la seva omisió, oferiré una breu visió general de quines haurien pogut ser les possibles respostes constitucionals.

a) *Inconstitucionalitat de la Llei orgànica 4/2022 per violació del principi de taxativitat.* El Tribunal podria haver declarat inconstitucional l'article 172 *quater* CP per la manca d'una delimitació territorial precisa, argumentant que això afectava de manera desproporcionada drets com la llibertat de reunió i d'expressió. Aquesta decisió hauria pogut suposar un mandat indirecte al legislador d'incloure una zona de seguretat en futures reformes del delictes.

Tanmateix, cal preguntar-se si aquesta resposta seria desproporcionada. El principi democràtic exigeix que el Tribunal Constitucional intenti preservar la llei sempre que sigui possible.⁵⁹ A més, el Tribunal no ha d'ignorar l'impacte sociopolític que comporta una decisió d'inconstitucionalitat.

b) *Constitucionalitat de la Llei orgànica 4/2022 sense limitació territorial.* El Tribunal podria haver donat suport a l'argument de l'Advocacia de l'Estat segons el qual la manca d'un límit territorial específic no era rellevant, atès que l'assetjament antiabortista no hauria de permetre's en cap lloc, com passa en la legislació francesa.

Tanmateix, aquesta interpretació podria considerar-se excessivament àmplia i desproporcionada en relació amb la llibertat d'expressió i de reunió, sobretot si es té en compte que l'objectiu de la Llei orgànica 4/2022 era establir zones de seguretat al voltant dels centres sanitaris. En tot cas, no és clar que el TEDH doni suport a aquesta interpretació. En la seva jurisprudència més rellevant —encara que limitada—, el TEDH ha subratllat que la restricció a l'article 10 de la CEDH era proporcional perquè s'aplicava a «una àrea específica i delimitada».⁶⁰

c) *Limitació territorial judicial a través de la «interpretació conforme».* Una tercera via consistiria a mantenir la constitucionalitat de la norma però aplicar-la únicament en l'entorn immediat dels centres sanitaris on es practiquen IVE. Aquesta

57. BOE, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 156 (3 febrer 2022), p. 63.

58. STSJ de Barcelona núm. 1571/2024, del 26 de febrer de 2024, p. 21.

59. V. FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, 3a ed., Madrid, CEPD, 2021, p. 137-157.

60. STEDH núm. 22838/93, del 22 de febrer de 1995, cas Van den Dungen *vs.* els Països Baixos, ap. 2.

solució podria introduir-se mitjançant la tècnica de la interpretació conforme,⁶¹ sense vulnerar els principis de taxativitat ni el de *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Es tractaria, en definitiva, d'ajustar l'abast del precepte per a equilibrar la protecció dels drets fonamentals de les dones amb la voluntat del legislador de sancionar les formes d'assetjament antiavortista. A més, aquesta lectura restrictiva tindria un efecte *pro reo*, ja que reduiria l'abast punitiu del tipus penal.

És cert que es podria al·legar que una precisió territorial introduïda pels tribunals contradiria la voluntat del legislador, sobretot perquè el Congrés va rebutjar explícitament una esmena que proposava establir un perímetre limitat al voltant de les clíniques.⁶² Tanmateix, l'ús de la interpretació conforme no equival a substituir la decisió legislativa, sinó a garantir que aquesta opera dins dels límits constitucionals. Si la manca d'una delimitació espacial clara pot comportar restriccions desproporcionades de la llibertat d'expressió o de reunió, és raonable defensar que és necessària una concreció judicial per a garantir un equilibri adequat entre els drets afectats.⁶³ D'aquesta manera, es preservaria la finalitat del legislador —evitar l'assetjament a les dones que accedeixen a una clínica d'IVE— sense projectar la restricció més enllà del context on realment es justifica.

Fins i tot si el Tribunal Constitucional no adopta aquesta interpretació conforme, els jutges ordinaris continuen obligats a protegir els drets fonamentals en l'aplicació quotidiana de la llei.⁶⁴ Així, si es pretengués perseguir penalment conductes desenvolupades lluny de qualsevol centre sanitari, els tribunals haurien de valorar si una condemna vulneraria de manera desproporcionada les llibertats d'expressió i de reunió. En aquests casos, la interpretació més conforme amb la Constitució podria conduir a l'absolució, cosa que evitaria que el delicte s'utilitzés per a penalitzar protestes que no tenen cap incidència real sobre l'accés a l'avortament.

4.3.2. Absència de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans

El vot dissident assenyalava correctament que la majoria no feia referència a la jurisprudència rellevant del TEDH. Tot i que els casos citats pels discrepants (*Kudrevičius vs. Lituània*, *De Haes i Gijssels vs. Bèlgica*, i *Otegi Mondragón vs. Espanya*) no eren per-

61. V. FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, p. 44-45; C. ROCA, «Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y su relación con el art. 55.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 27, núm. 1 (2023), p. 215-220.

62. BOE, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 156 (3 febrer 2022), p. 63.

63. V. FERRERES, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativa de la jurisprudencia: Una perspectiva constitucional*, Madrid, Civitas, 2002, p. 70-84.

64. L. LÓPEZ GUERRA, *La Constitución de España: Introducción al ordenamiento constitucional español*, 2a ed., València, Tirant lo Blanch, 2023, p. 5.

fectament aplicables, el TEDH té jurisprudència consolidada sobre l'ús de l'article 8 CEDH (privacitat) per a justificar limitacions de l'article 10 de la CEDH (llibertat d'expressió), com la dels casos *Von Hannover vs. Alemanya* (2004), *Standard Verlags vs. Àustria II* (2009) o *Mesić vs. Croàcia* (2022). La manca de menció d'aquests casos és significativa, ja que haurien reforçat la constitucionalitat de l'article 172 *quater* CP.

4.3.3. Falsa equiparació amb altres delictes d'expressió

La STC 75/2024 sosté que «actos ofensivos» és un concepte clar perquè apareix en altres delictes (art. 524, 525 i 543 CP). No obstant això, la jurisprudència del TEDH (p. ex., cas *Fragoso Dacosta vs. Espanya*, 2023) distingeix entre els delictes que ataquen persones i els que ataquen idees o símbols.⁶⁵ La intervenció de l'Estat és més fàcilment justificable en el primer cas, mentre que hauria de ser més limitada en el segon.⁶⁶ El Tribunal Constitucional no va introduir aquesta distinció i va perdre una oportunitat de consolidar una doctrina espanyola coherent amb el TEDH i evitar futurs dubtes sobre la constitucionalitat de l'article 172 *quater* CP.

En no incorporar aquesta distinció fonamental entre expressions «personals» i expressions «ideològiques», el Tribunal Constitucional ha perdut una oportunitat de reforçar la coherència de la doctrina espanyola amb el criteri europeu. A més, tenint en compte que s'ha debatut reiteradament la possible derogació dels articles 524, 525 i 543 CP,⁶⁷ la manca d'aquesta precisió pot generar en el futur nous dubtes sobre la constitucionalitat de l'article 172 *quater* CP. Una referència explícita a la doctrina del TEDH hauria permès delimitar millor el seu abast i evitar incerteses interpretatives.

5. CONCLUSIÓ

Amb la introducció de l'article 172 *quater* CP a través de la Llei orgànica 4/2022 el legislador pretenia «garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios», protegint les pacients i el personal de les clíniques d'IVE contra «actos mo-

65. STEDH núm. 27926/21, del 8 de juny de 2023, cas *Fragoso Dacosta vs. Espanya*, § 26.

66. *Ibidem*, § 30.

67. X. HERMIDA, «El Congreso estudiará de nuevo despenalizar las injurias a la Corona», *El País*, 19 de desembre de 2023, <https://elpais.com/espana/2023-de-desembre-de-19/el-psoe-rechaza-despenalizar-el-enaltecimiento-del-terrorismo-pero-se-abre-a-eliminar-las-injurias-a-la-corona.html>; C. CUÉ, «Unidas Podemos propone derogar los delitos de injurias a la Corona y enaltecimiento del terrorismo», *El País*, 9 de febrer de 2021, <https://elpais.com/espana/2021-02-09/unidas-podemos-propone-derogar-los-delitos-de-injurias-a-la-corona-y-enaltecimiento-del-terrorismo.html.%20Accessed%2015%20October%202024>.

lestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos». En altres països existeixen lleis similars i el TEDH també ha acceptat mesures judicials contra grups antiavortistes davant de centres sanitaris.

Encara que és evident que el nou delictes suposa una limitació de les llibertats d'expressió i de reunió, aquesta restricció pot justificar-se si es té en compte el dret a la privacitat i la intimitat. Les crítiques de la doctrina penal són comprensibles, però el raonament del legislador (i del Tribunal Constitucional) ha de comprendre's en el context específic de l'accés precari a l'avortament a Espanya. Si una dona només disposa de catorze setmanes per a accedir legalment a un avortament i sols pot accedir a un o dos centres d'IVE on, a més, els manifestants són presents diàriament, no existeixen alternatives viables per a salvaguardar la seva intimitat i garantir el seu dret.

En aquesta realitat concreta, establir una limitació territorial per als grups antiavortistes garanteix que els manifestants puguin exercir la seva llibertat d'expressió en altres espais, fora de les proximitats de la clínica. D'aquesta manera no es limita el debat públic sobre l'avortament, però sí que es preveu l'assetjament de les dones mentre accedeixen a les clíniques. Qui se senti molest per un discurs provida pot evitar-lo fàcilment fora de la clínica, però davant d'aquesta l'evitació no és possible. Aquesta manca d'alternatives justifica, al meu entendre, la restricció de l'article 20 CE en favor de l'article 18 CE.

Cal tenir present, no obstant això, que aquesta justificació es debilitaria si Espanya abordés el problema més ampli de l'accés a l'avortament, per exemple l'escassetat de clíniques disponibles. Un increment de centres sanitaris d'IVE podria fer innecessària la tipificació d'aquest delictes, ja que la major disponibilitat dificultaria que els grups antiavortistes els focalitzessin tots.

Mentrestant, les protestes antiavortistes davant de les clíniques continuen sent una realitat. Els grups antiavortistes argumenten que la Llei orgànica 4/2022 no els afecta si no assetgen les dones i es limiten a fer manifestacions pacífiques.⁶⁸ Bosch sosté que la mera presència, pressió o desinformació d'aquests grups pot considerar-se coacció il·legal, tot i reconèixer que el nou delictes és difícilment castigable, especialment sense la cooperació de la víctima.⁶⁹ Per això, l'ACAI proposa una reforma amb un perímetre de seguretat clar, com ara prohibir el repartiment de publicitat o informació a cinquanta metres de la clínica, per a evitar vulneracions sense castigar ningú.⁷⁰ Algunes administracions autonòmiques ja han interpretat la Llei orgànica 4/2022 en aquest sentit i han denegat permisos per a fer manifestacions antiavortistes davant de

68. X. «Por qué no has de tener miedo». *40 Días por la Vida*, <https://40diasporlavida.online/seccion/informacion-importante>.

69. J. MARTÍN, «Rezos, fetos de plástico y un “refugio provida”: las clínicas abortivas denuncian que continúa el “acoso” a mujeres», *RTVE*, 23 de juny de 2022, www.rtve.es/noticias/20220623/aborto-clinicas-denuncian-acoso-grupos-provida-ley/2384017.shtml.

70. *Ibidem*.

les clíniques, i alguns tribunals superiors de justícia han avalat aquesta pràctica perquè han considerat que no suposa una violació del dret de reunió.

És raonable considerar que, més enllà de l'impacte limitat de la Llei des d'un punt de vista repressiu, cal tenir en compte l'impacte preventiu que pot generar. La norma ha posat el debat sobre la taula i ha facilitat mesures que garanteixen un accés pacífic i privat a l'avortament. L'objectiu final de tota política criminal és que la norma esdevingui obsoleta perquè el problema social que volia abordar ja ha estat mitigat o neutralitzat.

Finalment, la presència o absència de grups provida davant les clíniques està directament relacionada amb el grau d'acceptació del dret a l'avortament. Encara que aquest dret tingui el suport de la majoria de la societat, de les Corts Generals i del Tribunal Constitucional, persisteixen problemes estructurals d'accés. En aquest context, és coherent que el legislador adopti mesures per a garantir-lo. Quan el Tribunal Constitucional avalua la constitucionalitat d'aquestes mesures, la seva funció és examinar si el legislador ha respectat els principis constitucionals, sense jutjar la necessitat política de la intervenció.

Tot i que es poden criticar els detalls de la STC 75/2024, aquestes crítiques no alteren que la penalització de l'assetjament antiavortista es pot justificar amb arguments constitucionals des d'una perspectiva europea, comparada i nacional. Tot i les dificultats pràctiques d'aplicació de l'article 172 *quater* CP, aquestes no justifiquen una declaració d'inconstitucionalitat. El repte continua sent dels poders públics, que han d'adoptar mesures més àmplies per a garantir l'accés a l'avortament, tot equilibrant tots els drets fonamentals implicats.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1. LEGISLACIÓ

Llei orgànica 1/2023, del 28 de febrer, de modificació del Codi penal en matèria de delictes contra la llibertat sexual, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 52 (1 març 2023).

Llei orgànica 4/2022, del 12 d'abril, per la qual es modifica la Llei orgànica 10/1995, del 23 de novembre, del Codi penal, per a penalitzar l'assetjament a les dones que acudeixen a clíniques per a la interrupció voluntària de l'embaràs. *BOE*, núm. 88 (13 abril 2022).

Llei orgànica 2/2010, del 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs. *BOE*, núm. 55 (4 març 2010).

Llei orgànica 9/1985, del 5 de juliol, de reforma de l'article 417 bis del Codi penal. *BOE*, núm. 166 (12 juliol 1985).

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 156, *BOE*, núm. 29 (3 febrer 2022).

6.2. JURISPRUDÈNCIA

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans (STEDH) 27926/21, del 8 de juny de 2023, cas Fragoso Dacosta *vs.* Espanya.
STEDH 19362/18, del 30 de maig de 2023, cas Mesić *vs.* Croàcia.
STEDH 45893/20, del 14 gener de 2021, cas Dulgheriu & Orthova *vs.* UK.
STEDH 37553/05, del 15 d'octubre de 2015, cas Kudrevičius i altres *vs.* Lituània.
STEDH 3690/10, del 26 de novembre de 2015, cas Annen *vs.* Alemanya.
STEDH 397/07 i 2322/07, del 13 de gener de 2011, cas Hoffer i Annen *vs.* Alemanya.
STEDH 2034/07, del 15 de març de 2011, cas Otegi Mondragón *vs.* Espanya.
STEDH 21277/05, del 4 de juny de 2009, cas Standard Verlags GmbH *vs.* Àustria (núm. 2).
STEDH 59320/00, del 24 de juny de 2004, cas Von Hannover *vs.* Alemanya (núm. 1).
STEDH 39293/98, del 29 de febrer de 2000, cas Fuentes Bobo *vs.* Espanya.
STEDH 30936/96, del 20 de maig de 1998, cas Van Schijndel i altres *vs.* els Països Baixos.
STEDH 19983/92, del 24 de febrer de 1997, cas De Haes i Gijssels *vs.* Bèlgica.
STEDH 22838/93, del 22 de febrer de 1995, cas Van den Dungen *vs.* els Països Baixos.
STEDH 5493/72, del 7 de desembre de 1976, cas Handyside *vs.* el Regne Unit.
STC 75/2024, del 8 de maig de 2024, *BOE*, núm. 140, p. 67701-67730.
STC 44/2023, del 3 de març de 2023, *BOE*, 16 de març de 2023, p. 19245-19260.
STC 78/2023, del 10 de juliol de 2023, *BOE*, 12 de juliol de 2023, p. 45678-45690.
STSJ de Barcelona núm. 1571/2024, del 26 de febrer de 2024.
STSJ de Bilbao núm. 4056/2022, de l'11 d'octubre de 2022.
STSJ de Bilbao núm. 4126/2022, del 21 d'octubre de 2022.
Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Sant Sebastià núm. 301/2023, del 27 de juny de 2023.

6.3. DOCTRINA

ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS ACREDITADAS PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO. *Estudio: Percepciones de las mujeres que interrumpen su embarazo frente al hostigamiento de los grupos anti derechos/anti elección en las puertas de los centros acreditados para la IVE* [en línia]. 2018, www.acaive.com/pdf/Estudio-acoso%20anti-derechos-ACAI.pdf.
BARRO, C. «El aval del TC contra el acoso a las mujeres que abortan, un muro de contención frente a la ola reaccionaria». *Público*, 8 de maig de 2024, www.publico.es/mujer/aval-tc-acoso-mujeres-abortan-muro-contencion-frente-ola-reaccionaria.html.

- BOCANEGRA, R. «Moreno Bonilla ha concedido casi 400.000 euros en tres años a Red Madre, entidad antiabortista que “asesora” a embarazadas». *Público*, 26 de febrer de 2024, www.publico.es/politica/moreno-bonilla-concedido-casi-400-000-euros-tres-anos-red-madre-entidad-antiabortista-asesora-embarazadas.html.
- BOSCH, J. A. «Objecció de consciència versus objecció de condicions». *Periodismo Alternativo*, 27 de març de 2024, <https://nuevarevolucion.es/objeccion-de-conciencia-versus-objeccion-de-condiciones/>.
- «Aborto y Constitución». *Periodismo Alternativo*, 28 de febrer de 2024, <https://nuevarevolucion.es/aborto-y-constitucion-2/>.
- BOTTINI, E. «Enshrining abortion rights in the French Constitution: a global statement with little domestic substance?». *Verfassungsblog*, 9 de març de 2023, <https://verfassungsblog.de/enshrining-abortion-rights-in-the-french-constitution/#:~:text=Since%20Dobbs%2C%20France%20has%20become,Eswatini%2C%20Somalia%20and%20Kenya.>
- COLINA, E. I. «Sobre la reforma al artículo 172 quater del Código Penal». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 137, p. 139-160.
- COMAS, A. «Abortion in Spain: where the law doesn't reach». *El País*, 30 de setembre de 2021, <https://english.elpais.com/opinion/2021-09-30/abortion-in-spain-where-the-law-doesnt-reach.html#?rel=mas>.
- CUÉ, C. «Unidas Podemos propone derogar los delitos de injurias a la Corona y enaltecimiento del terrorismo». *El País*, 9 de febrer de 2021, <https://elpais.com/espana/2021-02-09/unidas-podemos-propone-derogar-los-delitos-de-injurias-a-la-corona-y-enaltecimiento-del-terrorismo.html.%20Accessed%2015%20October%202024>.
- CUERVO NIETO, C. «El nuevo art. 172 quater CP: estructura del tipo y problemas aplicativos». *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 10 (2022), p. 205-208.
- FERRERES, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEPC, 2021, 284 p.
- *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativa de la jurisprudencia: Una perspectiva constitucional*. Madrid: Civitas, 2002, 304 p.
- FRANCO, L. «Así organizan los antiabortistas el acoso en los alrededores de las clínicas». *El País*, 1 de novembre de 2021, <https://elpais.com/espana/madrid/2021-de-novembre-de-01/asi-organizan-los-antiabortistas-el-acoso-en-los-alrededores-de-las-clinicas.html>.
- «The pro-life campaign to stop women from having abortions in Spain». *El País*, 2 de novembre de 2021, <https://english.elpais.com/spain/2021-de-novembre-de-02/the-pro-life-campaign-to-stop-women-aborting-in-spain.html>.
- GARCÍA ARROYO, C. «El nuevo delito del 172 quater, el acoso para obstaculizar el aborto: a vueltas con la expansión del derecho penal simbólico». *Revista Penal*, núm. 53, p. 82-96.
- HERI, C. «The problem with insularity: on the court's view of anti-abortion campaigning in *Annen v. Germany*». *Strasbourg Observers*, 15 de desembre de 2015,

- <https://strasbourgobservers.com/2015/12/15/the-problem-with-insularity-on-the-courts-view-of-anti-abortioncampaigning-in-annen-v-germany/>.
- HERMIDA, X. «El Congreso estudiará de nuevo despenalizar las injurias a la Corona». *El País*, 19 de diciembre de 2023, <https://elpais.com/espana/2023-de-diciembre-de-19/el-psoe-rechaza-despenalizar-el-enaltecimiento-del-terrorismo-pero-se-abre-a-eliminar-las-injurias-a-la-corona.html>.
- LINDE, P. «La sanidad pública deberá reforzarse para asumir los 74.000 abortos que ahora deriva a la privada». *El País*, 14 de mayo de 2022, <https://elpais.com/sociedad/2022-05-14/la-sanidad-publica-debera-reforzarse-para-asumir-los-74000-abortos-que-ahora-deriva-a-la-privada.html>.
- LINDE, P.; VALIDÉS, I. «La inequidad del aborto: cada año cientos de mujeres tienen que salir de su comunidad a interrumpir el embarazo». *El País*, 8 de junio de 2023, https://elpais.com/sociedad/2023-07-08/la-inequidad-del-aborto-cada-ano-cientos-de-mujeres-tienen-que-salir-de-su-comunidad-a-interrumpir-el-embarazo.html#?rel=mas&event_log=go.
- LÓPEZ GUERRA, L. *La Constitución de España: Introducción al ordenamiento constitucional español*. 2a ed. València: Tirant lo Blanch, 2023, 220 p.
- MAGRO, V. «Características del nuevo delito de acoso para no abortar del art. 172 *quater* por Ley orgánica 4/2022, de 12 de abril». *Diario La Ley*, núm. 10059 (2 de mayo de 2022), https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GZSkIfSkS5b-jKKMNvSu2cAyu1dly2vz7amsFDz2hT3q_lfl20UPAsgueP2-UMJqyJU7bFa-ZcyQjOBZqPg21Ve4NWKsaRLXR_Pqw04QyN4ewoD5s6YcF4ogJt2_emL-Hw_4ho8SuA0YH59Dc7BODVaXb_vDo1ZKRcF4BI8JSGzBL98q-TFF8Jsl-x_0BJpdr8rwDsvt8d4MVUSvZ0nn_9nYqH1EoS-MlNw79wmzEyE18QAA-AA==WKE.
- MARTÍN, J. «Rezos, fetos de plástico y un “refugio provida”: las clínicas abortivas denuncian que continúa el “acoso” a mujeres». *RTVE*, 23 de junio de 2022, www.rtve.es/noticias/20220623/aborto-clinicas-denuncian-acoso-grupos-provida-ley/2384017.shtml.
- MARTÍNEZ SANROMÀ, O. «El acoso antiabortista: Herramientas interpretativas para el nuevo art. 172 *quater* CP». *Diario La Ley*, núm. 10272 (21 de mayo de 2023), https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GYx4XdqTLl-mOZYw17K7YwjG4VmfLafPvJ9oKHtJDn_T-GpVtopuAYx8Dv14oYz-J1y5y3M0ylkRGcK3QvB2dV7wadNEwjO7B3E1eacIbOcPFUhk0nYc-H0QxWs7XtTF75-4RoDSuQ8YHm8jd7DOHVau_2H7XdmpVIVg-N8YKAuZJYblqJIHXwmLW74xEgh4OyvDb1gvt-dmaCJ6PUS-3b1xSful-Qp-YKPt7j8zVBdS8gAAAA==WKE.
- MATHIAS, C. «The anti-abortion movement killed people. Now victims’ families face a post-roe world». *Huffpost*, 13 de junio de 2022, www.huffpost.com/entry/

- anti-abortion-violence-murdered-families-roe-v-wade_n_62a37f2ae4b0cdccbe-4fa969.
- Ó FATHAIGH, R. «Comparing abortion to the Holocaust». *Strasbourg Observers*, 25 de gener de 2011, <https://strasbourgobservers.com/2011/01/25/comparing-abortion-to-the-holocaust/>.
- OTTLEY, E. «Fixed buffer zone legislation: a proportionate response to demonstrations outside abortion clinics in England and Wales?». *Medical Law Review*, vol. 30, núm. 3, p. 509-533.
- *International comparison of abortion safe access zones legislation: literature review*. Scottish Parliament Commissioned Research Report, www.parliament.scot/-/media/files/committees/health-social-care-and-sportcommittee/commissioned-research-report-final.pdf.
- ROCA, C. «Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional y su relación con el art. 55.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional». *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 27, núm. 1 (2023), p. 211-239.
- STATISTA. *Población a favor o en contra del aborto libre hasta la decimocuarta semana de gestación en España en 2023 según ideología política*, 22 d'agost de 2023, <https://es.statista.com/estadisticas/612495/opinion-de-la-poblacion-respecto-al-aborto-en-espana/>.
- SWART, N. J. L. «Wetgeving bij abortusklinieken in Europa: Blijft Nederland ten onrechte achterop?». *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, vol. 15, núm. 2 (2024), p. 110-141.

EL DRET A LA VIDA PRIVADA EN LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS

Marc Carrillo
Universitat Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓ

El reconeixement constitucional el 1978 dels drets de la personalitat com a drets fonamentals va suposar l'assumpció per la Constitució espanyola (CE) que la llibertat i la lliure autodeterminació de la persona també es diluciden en els aspectes més privatis de la seva activitat. Els drets a la reputació en l'entorn social que li és propi (honor), a no patir intromissió en aquells àmbits de la vida privada que no poden ser accessibles als altres llevat que hi hagi consentiment (intimitat), o a no veure reproduïda la seva imatge física a través de qualsevol mitjà tècnic (pròpia imatge), són drets que conformen l'estatut de llibertat de la persona. Són els anomenats *drets de la personalitat*, segons la concepció civilista clàssica d'aquests drets. El seu fonament constitucional es troba en la dignitat de la persona (art. 10.1 CE i Sentència del Tribunal Constitucional [STC] 214/1991).

L'ancoratge en aquest valor constitucional comporta una doble garantia: d'una banda, una garantia negativa o de rebuig que el titular del dret no serà objecte d'intromissions il·legítimes; de l'altra, atès que es tracta de drets que coadjuven al lliure desenvolupament de la personalitat, la preservació de la dignitat habilita també per a disposar d'una garantia positiva que es concreta en l'exercici d'accions jurídiques pertinents per a afrontar les pertorbacions externes que menyscabin o impedeixin l'exercici d'aquests drets.

Ara bé, la interpretació tant de la pròpia dignitat com dels drets de la personalitat de què cadascú creu ser destinatari, no poden respondre a criteris absoluts o irreductibles, limitats a l'exclusiva voluntat del seu titular. Per molt legítima que pugui semblar la posició del titular del dret, aquesta no pot ser l'únic paràmetre que s'hagi de tenir en compte per a determinar els contorns de l'àmbit dels seus drets de la personalitat. Perquè és obvi que els drets de la personalitat no poden ser entesos com una mena de compartiments estancs al marge del seu entorn social. Ans al contrari, es tracta de drets mediatitzats pel context en què són exercits. Per tant, per molt raonable que pugui ser el criteri del titular del dret, ja no són acceptables aquells plantejaments que reduïen a la seva exclu-

siva voluntat la interpretació del contingut dels seus drets de la personalitat; aquells que s'inspiraven en la filosofia de l'individualisme possessiu, sostinguda per la dogmàtica jusprivatista més clàssica, per a la qual havia de ser el titular i alhora propietari del dret, l'únic subjecte legitimat per a interpretar-lo, com si es tractés d'una propietat privada, amb absoluta abstracció de l'entorn social i de la possible incidència d'altres drets.

El marc de protecció que l'estat social i democràtic de dret ofereix als drets fonamentals respon a una lògica diferent. En efecte, no hi ha dubte que actualment els drets de la personalitat tenen una dimensió intersubjectiva que impedeix que puguin ser analitzats al marge de la vida de relació de la persona. Respecte d'això, queden molt llunyans els temps en què la persona vivia en espais aïllats, de manera que les possibilitats d'accedir al seu àmbit privat resultaven infranquejables tret que existís el seu consentiment. Actualment, la dinàmica individual i social va per camins molt diferents, i això al marge de la legítima posició que respecte dels drets de la personalitat pugui tenir la persona considerada individualment.

Atès que l'activitat social es desenvolupa a través de processos de relacions múltiples en què l'àmbit privat queda influït per la penetració constant del públic, la persona no pot pretendre en qualsevol cas i circumstància que sigui sempre la seva subjectiva posició sobre els seus drets de la personalitat la que tingui prevalença sobre, per exemple, la llibertat d'expressió o el dret a la informació. D'altra banda, els avenços tecnològics experimentats per la societat de la informació a través de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) (Facebook, Whatsapp i la diversitat d'altres dispositius electrònics, com ara *smartphones*, tauletes tàctils, ordinadors, dispositius USB, reproductors MP3 o MP4, etc.) comporten un major grau d'impacte potencial sobre la reputació i la intimitat. Sens dubte, això ha suposat un repte a què el dret ha de donar resposta des de les regles de la lògica jurídica.

En tot cas, el reconeixement constitucional dels drets de l'article 18.1 CE no ha estat suficient per a determinar-ne el contingut i perfilar-ne els límits quan col·lideixen amb altres drets fonamentals com és el cas dels drets de l'article 20 CE. És per això que la tasca interpretativa del Tribunal Constitucional ha estat decisiva tant per a matisar —o fins i tot rebutjar— algunes previsions contingudes en la Llei orgànica 1/1982, del 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, com també per a posar en relleu el contingut específic i l'autonomia de cadascun d'aquests drets (STC 156/2001).

2. EL DRET A LA INTIMITAT PERSONAL I FAMILIAR

2.1. CONCEPTE

Des de la concepció clàssica del dret a la intimitat, limitada a la individualitat del seu titular, a què es referien el 1890 Warren i Brandeis en el seu escrit fundacional

The right to privacy, el dret a la intimitat és aquell àmbit de la vida privada que resulta inaccessible als altres tret que intervingui el propi consentiment del titular. És el dret a no ser importunat. La potestat atribuïda a l'individu de romandre sol («the right to be let alone») és una expressió que ha fet fortuna per a descriure el dret de la persona a salvaguardar la seva intimitat de tota intromissió il·legítima que es produeixi tant en l'àmbit espacial on desenvolupa habitualment la seva vida personal o col·lectiva, com en aquell on flueixi la informació que el pugui afectar. Però, tot i ser vàlid aquest plantejament clàssic, la intimitat en la societat de la comunicació és més que el dret a no veure's molestat. El seu reconeixement en els textos constitucionals més recents posa en relleu que el bé jurídic protegit no només és el poder de resistència a una intromissió il·legítima en les seves manifestacions més diverses (assetjament físic o en l'espai vital, laboral, familiar o afectiu, etc.), sinó també la potestat de controlar la informació que circuli per l'escenari públic i les noves xarxes socials.

En el marc de la societat actual, el concepte d'*intimitat*, com recorda Javier Mieres, és essencialment obert i pretendre una definició exhaustiva del seu contingut no resulta una tasca factible. Això no obstant, de la definició que estableix la STC 231/1988 cal destacar dues vies a través de les quals el dret a la intimitat pot ser amenaçat: una és mitjançant una acció o intrusió en espais de privadesa; l'altra és a través de les intromissions informatives dutes a terme pels mitjans de comunicació. D'aquesta definició jurisprudencial es deriven els dos àmbits essencials en què es manifesta el dret a la intimitat: d'una banda, l'espacial, en què es protegeix tant la intimitat corporal com el propi desenvolupament personal del titular del dret; de l'altra, el protagonitzat pels mitjans de comunicació quan esdevenen una plataforma per a l'exercici del dret a comunicar informació (art. 20.1d CE). En aquest sentit, seguint la jurisprudència comparada, especialment l'alemanya i la nord-americana, l'espanyola s'ha mogut entre una concepció material inicial de la intimitat i, posteriorment, una concepció matisada que sembla fer prevaler més la posició subjectiva o formal del titular del dret.

La jurisprudència espanyola troba el seu referent de la noció material del dret a la intimitat en la STC 114/1984, en què es va establir el criteri pel qual és possible seleccionar una sèrie d'assumptes que per raó del seu contingut poden associar-se amb la intimitat de la persona. Per exemple: la intimitat corporal (STC 37/1989), les relacions sexuals (STC 151/1997), les situacions d'assetjament sexual (STC 224/1999) o d'exercici de la prostitució (STC 121/1999), les relacions afectives (STC 121/2002), la salut personal (STC 20/1992), la informació sobre el consum de begudes alcohòliques i de drogues (STC 234/1997), la filiació com a part integrant del que és propi o íntim (STC 197/1991), o l'històric penal (STC 144/1999). Per contra, des d'una perspectiva negativa i per raó del seu contingut, la jurisprudència deixa fora de l'àmbit del que és íntim, per exemple, les dades bancàries, atès que reconeix la licitud de la inspecció dels comptes bancaris a l'efecte de verificar els deures fiscals (STC 110/1984), o les dades relatives a les relacions professionals.

Tanmateix, a aquesta aproximació material al dret a la intimitat se li ha imputat que no assegura la deguda garantia d'aquest dret fonamental, atès que l'obligada i taxativa distinció entre allò públic i allò privat a què impulsa aquest plantejament trasllada al jutge la plena valoració de la controvèrsia i deixa —en part— de banda la legítima concepció que de la seva pròpia intimitat tingui el seu propi titular. Per contra, l'assumpció per la jurisprudència constitucional espanyola d'una concepció formal o subjectiva del dret a la intimitat ha estat precedida per la constatació que les insuficiències de la intimitat entesa en sentit material eren manifestes. El canvi de tendència troba les seves primeres fites especialment en les STC 134/1999 i 144/1999. En la primera resolució el Tribunal subratlla una interpretació que renuncia a delimitar continguts materials específics del dret a la intimitat i focalitza la seva *ratio decidendi* en la indeclinable capacitat de decisió del titular del dret. D'acord amb això, la CE no garanteix una «intimitat» determinada, sinó el dret a posseir-la, a tenir vida privada, ja que el titular disposa d'un poder per a delimitar el control sobre la publicitat de la informació relativa a la seva persona i a la família, amb independència del contingut d'allò que es vol mantenir al marge del coneixement públic. En la segona sentència, fins i tot, el Tribunal Constitucional va més lluny en la construcció d'aquesta lògica subjectiva i estableix que la infracció de les normes sobre accés a la informació relativa a una persona o la seva família constitueix una intromissió il·legítima en la intimitat individual, amb independència que es pugui considerar objectivament que aquesta informació afecta la vida privada o que el seu coneixement o la seva divulgació pot resultar perniciosos per al titular.

Dit això, aquest darrer argument que aporta la segona sentència no deixa de pecar d'un cert maximalisme. Com afirma Medina Guerrero, des del moment en què s'exacerbi el protagonisme de la persona en la delimitació absoluta dels contorns de la seva intimitat, perden importància totes les consideracions sobre la rellevància de les dades divulgades per l'interès públic, ja sigui pel contingut de la informació o per la dimensió pública de la persona objecte d'aquesta. En aquest sentit i a fi de mantenir un equilibri ponderat entre el dret de l'article 18.1 CE i el de l'article. 20.1 CE, sembla preferible no tant mantenir l'enfocament material tradicional, sinó, més aviat, procurar la necessària complementarietat o equilibri entre la concepció material i la formal del dret a la intimitat, que retengui la interrelació entre el contingut d'allò divulgat i la capacitat de decisió del titular de dret, en el context en què es manifesten la intimitat i la intromissió informativa.

Per part seva, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) defensa una concepció essencialment àmplia del dret a la intimitat. Probablement, el *leading case* és la Sentència del TEDH (STEDH) del 16 de desembre de 1992 (cas *Nimietz vs. Alemanya*), en què, si bé el Tribunal no considera ni possible ni necessari oferir una definició exhaustiva de la noció de *vida privada* de l'article 8.1 de la Convenció Europea de Drets Humans (CEDH), afirma —no obstant això— que «el respecte de la vida privada ha de, també, englobar fins a cert punt el dret a establir i desenvolupar relacions

amb altres éssers humans». Aquesta concepció àmplia suposa que el respecte a la vida privada davant de qualsevol intromissió aliena engloba activitats relatives a la vida i la identitat sexuals, la integritat física i moral (STEDH del 26 de març de 1985, cas *X. i I. vs. els Països Baixos*), la confidencialitat de dades sobre la salut (STEDH del 9 de febrer de 25 de febrer), l'elecció del propi nom (STEDH del 22 de febrer de 1994, cas *Burghatz vs. Suïssa*), la garantia davant de l'emmagatzematge, el registre i la comunicació de dades personals (STEDH del 4 de maig de 2000, cas *Rotaru vs. Romania*), o la protecció davant d'immissions nocives i molestes de sorolls i olors (STEDH del 9 de desembre de 1994, cas *López Ostra vs. Espanya*).

2.2. TITULARITAT

El subjecte actiu és la persona individual. La qüestió controvertida és si en determinades circumstàncies també ho poden ser els morts, supòsit en el qual se subroguen en els seus drets les persones físiques o jurídiques designades a aquest efecte en les disposicions testamentàries. El Tribunal Constitucional ha negat que la titularitat es pugui estendre als qui ja han mort (STC 231/1988 i ATC 149/1999). Una qüestió diferent és, tanmateix, si en determinades circumstàncies les persones jurídiques poden invocar aquest dret tradicionalment adscrit a l'esfera de la persona individual com a part integrant del dret a la intimitat no personal, sinó familiar.

Pel que fa a les persones jurídiques, la jurisprudència constitucional s'ha referit col·lateralment a la possibilitat d'un reconeixement indirecte quan afirma, en relació amb el dret a la inviolabilitat del domicili d'una entitat empresarial, que entre els espais que també són propis d'una persona jurídica hi ha els que puguin servir per a la custòdia dels documents o altres suports informatius de la vida diària de la societat. Caldria pensar que la divulgació d'aquestes dades sense consentiment podria constituir una violació del dret a la intimitat, però aquesta conclusió no deixa de ser una manera de forçar l'objecte d'un dret concebut per a protegir la persona en la seva individualitat estricta, i no en altres contextos que li són aliens. Conclusió: les persones jurídiques no són titulars del dret a la intimitat.

2.3. LÍMITS

Hem vist que el dret a la intimitat es manifesta tant en l'àmbit espacial com en el dels mitjans de comunicació.

— En relació amb l'àmbit espacial, s'ha ocupat de: a) La intimitat corporal, a fi de garantir el sentit del pudor i la cautela en relació amb aquelles parts del cos humà que d'acord amb les pautes socials imperants han de quedar al marge de la visió aliena

(STC 218/2002) o en certs escorcolls a la presó (STC 171/2013). També ho ha fet en ocasió de situacions relacionades amb la salut i les vicissituds sanitàries de la persona (STC 159/2009). Per la seva banda, la jurisprudència europea ha estat també especialment activa en la protecció del dret a la intimitat quan aquest concerneix l'àmbit de les situacions medicosanitàries, per exemple sobre les dades de l'ADN (STEDH del 4 de desembre de 2008, cas *Marper vs. el Regne Unit*), o també en allò que afecti l'orientació sexual dels refugiats que sol·licitin la protecció internacional (STJUE del 25 de gener de 2018). *b*) La intimitat familiar, que permet excloure del coneixement aliè el que passa en l'àmbit de la llar d'una persona de notorietat pública com a conseqüència de la indiscreció de l'empleada domèstica en una publicació d'entreteniment (STC 115/2000); per la seva banda, el TEDH interpreta que la intimitat familiar exigeix, en principi, que els pares i, si escau, altres membres de la família puguin estar en contacte amb els seus fills (STEDH del 16 de novembre de 1999, cas *E. P. vs. Itàlia*). *c*) Les molèsties externes, com la contaminació acústica o el soroll ambiental, que són un agent patògen que quan es manifesta de manera continuada pot afectar greument la salut de la persona. Per a la jurisprudència del TEDH no hi ha dubte que en determinades circumstàncies d'especial gravetat, certs danys ambientals, encara que no posin en perill la salut de les persones, poden atemptar contra el dret al respecte de la seva vida privada i familiar, privant-la del gaudi del seu domicili (STEDH del 9 de desembre de 1994). En la mateixa línia interpretativa també s'ha pronunciat el Tribunal Constitucional en la seva STC 119/2001 (cas «El soroll al barri»). *d*) Les relacions laborals i empresarials, d'acord amb la jurisprudència constitucional, poden afectar el dret a la intimitat en diverses circumstàncies que es produeixen als centres de treball; per exemple, en ocasió de la instal·lació d'instruments d'audició (STC 186/2000), d'un circuit tancat de televisió (STC 186/2000) o de càmeres de control d'accés al lloc de treball (STC 39/2016); en la fiscalització empresarial del correu electrònic (STC 170/2013); en la investigació de les dades del salari o les dades relatives a la salut (STC 244/1999) o els reconeixements mèdics (STC 70/2009), etc.

— Pel que fa a l'ampli espectre dels mitjans de comunicació, la posició social de la persona objecte de la informació en l'escenari públic és l'altre criteri emprat per a decidir sobre la ponderació que cal fer en cas de concurrència del dret a la intimitat amb el dret a la llibertat d'expressió o el dret a la informació. El menor grau de protecció de la privadesa de les persones que tenen més projecció pública, per raó del càrrec que exerceixen o per la seva professió, ha de permetre una preeminència dels drets a la informació i a la llibertat d'expressió (STC 171/1990, fonament jurídic [FJ] 5).

En efecte, en l'ordre subjectiu del dret a la intimitat, en les STC 171/1990 i 134/1999 el Tribunal Constitucional estableix una doble categoria subjectiva d'aquesta projecció pública del titular del dret i distingeix entre personatges públics (els que són càrrecs públics o exerceixen funcions públiques) i personatges de notorietat pública (els que l'adquireixen per la seva activitat). En tots dos casos, la regla jurisprudencial sobre el mandat constitucional de la veracitat en la informació (art. 20.1*d* CE)

basada en la diligència de la seva obtenció (STC 6/1988) és un requisit que cal complir. Però no té el mateix valor quan afecta la intimitat del càrrec o la celebritat pública que quan ho fa respecte d'un altre dret de la personalitat com ara el dret a l'honor. Aquí, l'*exceptio veritatis* és acceptada. Però no sempre és així si la veracitat informativa afecta la privacitat (STC 197/1991). Si la informació no és noticiable, el titular disposa fins i tot del dret a mentir sobre el seu àmbit íntim.

Pel que fa als personatges públics, el Tribunal Constitucional interpreta que han de suportar, en la seva condició de tals, que les seves paraules i els seus fets siguin sotmesos a l'escrutini públic i, en conseqüència, que es divulgui informació sobre el que diguin o facin al marge dels seus actes per raó del seu ofici, sempre que tingui una relació directa i evident amb l'acompliment. En canvi, respecte de les persones amb notorietat pública, entén que són les que aconsegueixen certa publicitat per l'activitat professional que desenvolupen o per difondre habitualment fets i esdeveniments de la seva vida privada, o les que adquireixen un protagonisme circumstancial en veure's implicades en fets que tenen rellevància pública (STC 99/2002). Per tant, en relació amb el dret a la intimitat de les persones amb rellevància pública, el judici de ponderació amb el dret a la informació ha de ser la connexió del càrrec o l'activitat pública que realitza, l'activitat professional i la dada difosa. Si la connexió no es dona, preval el dret a la intimitat.

En relació amb la intimitat dels famosos i el criteri en la informació sobre els personatges públics, la doctrina establerta en la STEDH del 24 de juny de 2004 (cas Von Hannover *vs.* Alemanya) va suposar un límit a la difusió indiscriminada de dades pretesament informatives sobre les activitats privades de les persones amb notorietat pública. Després d'aquesta decisió d'Estrasburg s'ha establert una nova noció de persona amb projecció pública i la preservació de la seva intimitat i del dret a la pròpia imatge, basada en el dret a disposar d'una expectativa de privadesa i a no patir assetjament, així com a determinar si la informació difosa contribueix o no al debat en una societat democràtica que és el propi dels mitjans de comunicació (en el mateix sentit, vegeu la STEDH del 12 de juny de 2014, cas Hachette Filipachi Associés *vs.* França).

3. BIBLIOGRAFIA

- CARRILLO, M. «Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación». A: ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, p. 11-70 (Cuadernos y Debates; 248).
- GÓMEZ CORONA, E. *La propia imagen como categoría constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Thompson Reuters, 2014.
- PARDO FALCON, J. «Artículo 18.1: Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». A: CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍ-

- GUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.). *Comentarios a la Constitución española: XXX Aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2009.
- MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. València: Tirant lo Blanch, 2005.
- MIERES MIERES, L. J. *Intimidad personal y familiar: Prontuario de jurisprudencia constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2002.
- PASCUAL MEDRANO, A. *El derecho fundamental a la propia imagen: Fundamento, contenido, titularidad y límites*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Aranzadi, 2003.
- WARREN, L. S.; BRANDEIS, L. D. «The right to privacy». *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5 (desembre 1890). [Traducció al castellà a: Samuel WARREN i Louis BRANDEIS. *El derecho a la intimidad*. Edició a cura de P. Baselga i B. Pendás. Madrid: Civitas, 1995.]

JURISPRUDÈNCIA

- STC 139/1995, del 26 de setembre, FJ 5.
- STC 144/1999, del 15 de juliol, FJ 4.
- STEDH del 24 de juny de 2004 (cas Von Hannover *vs.* Alemanya).
- STC 176/2013, del 21 d'octubre, FJ 7.
- STC 19/2014, del 19 de febrer, FJ 7.
- STC 208/2013, del 16 de desembre, FJ 5 i 6.
- STJUE del 25 de gener de 2018 (qüestió prejudicial/intimitat d'un refugiat).
- STEDH del 13 de març de 2018 (cas Stern Taulats i Roura *vs.* Espanya).

DRETS HUMANS, MEMÒRIA I JUSTÍCIA TRANSICIONAL

Josep Cruanyes i Tor
Societat Catalana d'Estudis Jurídics

Justícia transicional i *memòria històrica* o *memòria democràtica* són conceptes que sovint s'utilitzen de manera equívoca, i normalment el primer queda tapat i sense contingut pel segon.

Hem de diferenciar la memòria històrica, que té un abast temporal molt ampli, de la memòria democràtica, que se sol restringir al període de la Segona República, la Guerra Civil i el franquisme.

La Comissió de Drets humans de les Nacions Unides va acordar en la Resolució 1993/29, de l'1 de juliol, que l'informe presentat pel relator Theo van Bover sobre el dret a la restitució, indemnització i rehabilitació de les víctimes de violacions manifestes de drets humans i llibertats fonamentals, es passava a estudi per tal d'establir les directrius bàsiques d'actuació. Basant-se en la proposta, que remarcava que aquesta qüestió es considerava que no havia tingut l'atenció que mereixia, finalment es van aprovar les recomanacions, els punts i les directrius per mitjà de la Resolució 60/147, del 16 de desembre de 2005, titulada «Principis i directrius bàsics sobre el dret de les víctimes de violacions manifestes de drets humans i de violacions greus del dret internacional humanitari a interposar recursos i obtenir reparacions». El que anomenem *justícia transicional* és el conjunt d'accions que els estats han d'aplicar en sortir de conflictes polítics en els quals s'han produït violacions greus de drets humans, fet que es va plantejar respecte a l'anomenada *Transició política* a l'Estat espanyol.

En primer lloc, la Resolució planteja l'obligació dels estats de respectar els tractats internacionals i el dret internacional consuetudinari, i d'incorporar aquestes normes al dret intern. En segon lloc, l'adopció de mesures legislatives per a permetre l'accés equitatiu i efectiu de les víctimes a la justícia, a fi de garantir que el dret intern atorgui el mínim grau de protecció a les víctimes que li imposen les obligacions internacionals.

Un punt bàsic que conté és que, d'acord amb les normes internacionals, no prescriuran les violacions manifestes de normes sobre drets humans ni les violacions greus del dret internacional humanitari que constitueixin crims en virtut del dret internacional.

Es considerem *violacions* que afecten el nostre cas, és a dir, Catalunya:

- La tortura i altres tractes cruels i degradants.
- Les execucions i els homicidis extrajudicials, sumaris o arbitraris.
- Les desaparicions forçades i les detencions i els empresonaments arbitraris.
- Els abusos contra els drets humans, la llibertat de reunió i associació pacífiques, la llibertat d'opinió i expressió, i la llibertat de consciència i de religió.

Les Nacions Unides establiren la següent definició de *víctima*:

[...] toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.

També remarca que una persona ha de ser considerada víctima i, per tant, titular de certs drets i atenció per part de l'estat, independentment que l'autor de la violació hagi estat identificat, detingut o condemnat, i de la relació familiar que hi pugui haver entre l'autor i la víctima.

L'estat ha de vetllar perquè les víctimes de violència o traumes siguin tractades amb humanitat i respecte de la seva dignitat, i tinguin un tracte considerat a fi que els procediments derivats de la justícia transicional no donin lloc a un nou trauma.

També s'estableix que s'ha de garantir un accés efectiu a la justícia i als mecanismes adients perquè les víctimes i els grups de víctimes obtinguin una reparació que té per objecte fer justícia i mitigar els efectes de les violacions.

Els estats estan obligats a reparar els danys causats a les víctimes per les violacions que hagin comès i també han d'establir mecanismes per a fer-ho subsidiàriament, quan els responsables privats no puguin o no vulguin complir les seves obligacions. En relació amb aquesta qüestió, la Resolució estableix en els punts 19-23 les definicions següents:

Restitució: quan sigui possible, cal restablir la situació anterior. Comprèn el restabliment de la llibertat, el gaudi dels drets humans, la identitat, la vida familiar i la ciutadania, el dret de retorn al lloc d'origen, la reintegració al lloc de treball i la devolució dels béns.

Indemnització: s'ha d'establir d'acord amb les circumstàncies, la gravetat, els

perjudicis econòmics avaluables conseqüència de la violació, que inclouen tant el dany físic com el mental, els danys materials amb pèrdua d'ingressos i lucre cessant, els perjudicis morals i les despeses d'assistència jurídica i de serveis mèdics, psicològics i socials.

Rehabilitació: ha d'incloure tota mena d'atenció jurídica o mèdica.

Satisfacció: ha d'incloure les mesures per a posar fi a les violacions; la revelació públicament de la veritat per tal que no produeixi més danys a la mateixa víctima ni als testimonis; la cerca de les persones desaparegudes; la declaració oficial o decisió judicial que restableixi la dignitat, la reputació i els drets de les víctimes; les disculpes públiques, incloent-hi l'acceptació dels fets i de la responsabilitat per part del causant; l'aplicació de sancions judicials o administratives als responsables, i també els actes de commemoració i homenatge a les víctimes com a element complementari.

Garanties de no repetició: suposen el control de la policia i l'exèrcit per les autoritats civils; la garantia dels principis processals, l'equitat i la imparcialitat en els procediments civils i militars; l'enfortiment de la independència judicial; la protecció dels professionals del dret, la salut de la informació i els defensors dels drets humans.

La Resolució també inclou mesures com ara que en l'educació es difongui el respecte als drets humans. Aquesta tasca educativa i formativa s'ha de dirigir especialment als funcionaris responsables del compliment de les lleis, a les forces armades i a les forces de seguretat.

També és essencial revisar les lleis que contribueixin a la violació manifesta de les normes internacionals de drets humans.

I tot s'ha de fer garantint el dret d'accés a la informació sobre violacions i els mecanismes de reparació.

El Consell de Drets Humans de les Nacions Unides va crear l'Assemblea General el 15 de març de 2006, amb una declaració en el sentit de garantir i promoure el respecte dels drets humans establerts en la Declaració dels Drets Humans del 1948, el Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics i el Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals. Recordem que l'Estat espanyol no va ratificar aquests dos convenis fins al 1976, quan es van posar les bases de la Transició política.

El Consell de Drets Humans es dedica a la promoció dels drets humans i a evitar-ne violacions greus, i per a fer-ho duu a terme un examen periòdic universal sobre el compliment de cada estat i ha establert també un procediment de denúncia d'aquestes violacions.

En la recopilació que l'Oficina de l'Alt Comissionat pels Drets Humans va fer en examinar Espanya, va fer constar en l'apartat de l'Administració de justícia, incloent-hi la lluita contra la impunitat i l'estat de dret:

[...] el mantenimiento en vigor de la Ley de amnistía de 1977. El Estado debería tomar las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento

y la imprescribibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales y permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y ofrecerles una indemnización, entre otras cosas.

El Consell de Drets Humans va aprovar l'octubre del 2011 una resolució en què designava un relator especial per a la promoció de la veritat, la justícia, la reparació i les garanties de no repetició, el qual el 2014 va fer una visita a l'Estat espanyol en què va fer una sèrie de recomanacions¹ i es va mostrar esperançat per la Llei 52/2007, del 26 de desembre, per la qual es reconeixen i s'amplien drets i s'estableixen mesures en favor dels qui van patir persecució o violència durant la Guerra Civil i la dictadura (Llei de memòria històrica del 2007), tot i que, com veurem, no complia, ni de bon tros, els termes del que estableix la Llei de justícia transicional. Malgrat tot, la norma no va complir les expectatives del relator.

L'encaix de la memòria històrica dins la justícia transicional el va establir el relator Fabián Salvioli en el seu informe del 9 de juliol de 2020,² on la va definir com la cinquena pota de la justícia transicional.

La memòria històrica es refereix de manera general al record del passat i la recuperació de la història amagada en els processos judicials dels estats autoritaris o d'actuacions repressores dels estats contra determinats grups socials. En el cas de l'Estat espanyol, és el silenci sobre la història de les nacions que formen l'Estat sotmeses a una persecució i un procés d'absorció i, per tant, de despersonalització.

De tota manera, si ens referim al paper de la memòria dins la justícia transicional de la qual forma part, la que anomenem *memòria democràtica* és definida pel relator recordant que la Resolució del 2005³ que va establir els principis i deures de la justícia transicional va establir que «los procesos de memorialización también forman parte del derecho de reparación, que incluye la verificación de los hechos y la divulgación pública y total de la verdad».

Per tant, la memòria és un element que coadjuva i ajuda en el procés de justícia transicional. Així, remarca que no van ser els judicis de Nuremberg els que transformaren la societat alemanya, sinó l'acumulació dels judicis fets als anys seixanta pels tribunals alemanys, els milers de llibres escrits sobre els fets, els milers d'estudiants que van visitar els camps de concentració, els documentals i les sèries televisives rodats sobre l'Holocaust. Tot això va ser essencial perquè la societat reconegués els crims duts a terme pels nazis i fer realitat la transformació democràtica de la societat.

1. Informe del relator Pablo de Greiff del 17 de setembre de 2014.

2. A/HRC/45/45 Asamblea General.

3. Resolució 2005/66, el dret a la veritat, aprovada per la Comissió de Drets Humans el 20 d'abril de 2005, en el cinquanta-novè període de sessions.

La memòria no és un element bàsic, però sí que és decisiu, junt amb la resta d'actuacions de la justícia transicional, per aconseguir una reparació efectiva dels danys causats a les víctimes amb una participació de la societat civil.

En la memorialització, en què intervenen la memòria personal i la història com a elements paral·lels, hi té un paper molt important l'accés als arxius bàsics que han de possibilitar la recerca i la recuperació de la memòria de les víctimes.

Les víctimes que han passat per un procés judicial o per la detenció policial i la presó, el primer que volen és tenir accés a la documentació que van generar les administracions policials i penitenciàries. És un element essencial que cal preservar. Tots tenim present com a la fi del franquisme el ministre Martín Villa va ordenar la destrucció dels arxius del Movimiento, que funcionava com una estructura de control polític amb milers de membres repartits pel territori que elaboraven informes de les persones considerades «desafectas». La destrucció dels arxius pot ser bàsica per a mantenir la impunitat de les vulneracions dels drets, així com per no assolir la investigació de la veritat. Un altre problema és que els arxius no siguin coneguts o que no estiguin inventariats correctament, cosa que donarà com a resultat que no es pugui accedir a aquesta documentació.

Per tant, viem que la justícia transicional i la memòria històrica són elements bàsics per a la protecció dels drets humans, en el sentit que imposen determinats deures als estats que han passat períodes autoritaris en què s'han vulnerat els drets humans, perquè facin una política efectiva per a la consecució de la veritat i la reparació de les víctimes (individualment i col·lectivament). Sols així la societat serà conscient de la violació dels drets i s'aconseguirà transformar la policia, l'exèrcit i la justícia, convertint-los en veritables òrgans democràtics, i evitar futures vulneracions dels drets humans.

La memòria històrica ajuda la societat a prendre consciència de les vulneracions patides i garanteix que no es tornin a repetir i que veritablement es facin efectives unes estructures d'estat que es basin en els principis democràtics.

Com hem vist, les vulneracions afecten el dret a la vida, el dret a un judici just, la llibertat de pensament, la d'associació i la de no discriminació, i cal evitar i prohibir les tortures, els tractes degradants i les desaparicions forçades. Per tant, com estableixen les Nacions Unides, com a conseqüència dels tractats i convenis signats per l'Estat espanyol, aquest té el deure de dur a terme totes aquestes actuacions si veritablement vol consolidar una societat democràtica, és a dir, respectuosa amb els drets individuals i col·lectius.

Analitzarem, per a veure el grau de compliment de les mesures de justícia transicional, la normativa sobre la memòria històrica que s'ha dut promulgat a l'Estat espanyol, entre la qual trobem la Llei 52/2007 i la Llei 22/2020, del 19 d'octubre, de memòria democràtica.

Prèviament, la Llei 20/2005, de retorn dels documents de Salamanca, va ser la primera que es dictar a l'Estat espanyol en reconeixement del dret de restitució a les

institucions catalanes i a la societat catalana dels documents requisats el 1938-1939 amb una finalitat repressiva. Suposava el reconeixement de la injustícia que va significar la requisita general de documentació privada i d'institucions que va ser processada per a crear milions de fitxes de ciutadans i ciutadanes per a ajudar a la repressió política empresa pel franquisme des del 1938. També va comportar la condemna de l'ús que se'n va fer i, en tercer lloc, va declarar el deure de l'Estat de fer-ne la restitució, que és un dels objectius de la justícia transicional.

Si analitzem el grau de compliment de la Llei, veurem que el resultat ha estat un procés incomprendiblement llarg de vint anys i que encara resta una part de documentació institucional per retornar, cosa que demostra el poc convenciment de l'Estat, amb governs de diferent color polític, de fer efectiva la Llei i —cosa que és més important— fer efectiva la reparació de les víctimes retornant-los els documents robats. A això hi hem de sumar que si bé la Llei reconeix el dret de retorn de la documentació de la resta de l'Estat, no ha fet una política proactiva, com sí que ha fet la Generalitat amb el decret de desplaçament de la Llei, per a la resta de l'Estat. El decret de l'Estat era fet per a no fer efectiva aquesta restitució, com així ha estat.

La primera Llei de memòria històrica, del 2007, no va incloure cap referència al dret de justícia ni al de restitució, ja que només es van prendre mesures d'indemnització per mort de manera incomprendiblement discriminatòria de les víctimes fins als anys seixanta, respecte a les del darrer període. També pel que fa a les previsions sobre les fosses comunes, es va deixar l'execució en mans d'entitats privades, les quals en algun període es van subvencionar o no depenent del govern de torn. Això a Catalunya es va corregir amb la Llei de fosses,⁴ que de tota manera no es va començar a aplicar fins al 2017 amb el primer Pla de Fosses, cosa que demostra altra vegada la poca diligència de l'Administració a complir les lleis de memòria històrica, i més quan feia tants anys de la fi del franquisme.

Pel que fa a la justícia franquista, la Llei la declara il·legítima, un terme imprecís jurídicament que no va ni complir el requisit de revisió dels consells de guerra que les entitats de memòria reclamaven. Les peticions que es van fer en relació amb casos com el de Salvador Puig Antich o Joan Peiró, van ser desestimades per la Sala de Justícia Militar del Tribunal Suprem amb arguments realment preocupants, ja que en la vulneració flagrant del principi de legalitat, en el cas de Peiró, van ser considerades certes imperfeccions jurídiques, com ara que no es podien exigir certes garanties abans de la Constitució del 1978. És sabut que el principi de legalitat en els tipus penals s'introdueix en els codis penals, civils i militars ja en el segle XIX.

També és sorprenent i clarament contradictori amb les exigències de la justícia transicional la compensació econòmica de les víctimes per danys físics, psicològics o morals, cosa que s'exclou de manera plana en l'article 4.5 de la Llei, que diu que la

4. Llei 10/2009, del 20 de juny, sobre localització i obertura de fosses.

declaració de reparació i de reconeixement personal de les víctimes s'ha de fer en un document de manera simbòlica respecte a la declaració de nul·litat de processos que es van resoldre en els consells de guerra, tribunals de responsabilitats polítiques i el Tribunal de Orden Público (TOP), a banda de les altres lleis de perillositat social o de les mesures sobre les dones establertes pel Patronato de Protección a la Mujer, que suposava *de facto* un empresonament i un tractament psicològic i mèdic sense que necessàriament hi hagués cap mena d'intervenció judicial o del Patronato de Protección de Menores. L'article 4.5 esmentat diu sobre la declaració de reparació per la il·legimitat dels processos: «[...] no constituirá título para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado ni de cualquier otra Administración Pública, ni dará lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional». Per tant, nega de ple un dels deures essencials de tot procés de justícia transicional, com estableixen les Nacions Unides: la reparació econòmica. L'Estat espanyol no assumeix la seva responsabilitat ni tan sols en la violació dels drets humans.

I l'article 6.1 de la Llei, que exposa que les persones víctimes de violacions tenen dret a obtenir un document de reparació personal, deixa altra vegada ben clar que si bé els ciutadans poden dur a terme les accions legals que creguin convenients per a la defensa dels seus drets, això no suposarà mai «que pueda producir efectos por el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier administración pública o de particulares, ni dará lugar a reparación o indemnización de tipos económicos o profesionales».

Aparentment, la darrera llei dictada en aquest àmbit⁵ es basa en els paràmetres de la justícia transicional, recull la definició de *víctima* de les Nacions Unides i fa una enumeració extensa de les violacions i víctimes, que inclou, per exemple, la declaració de víctimes dels governs català i basc i dels parlants de les llengües catalana, gallega i basca dins del seu àmbit lingüístic. És a dir, reconeix la unitat de la llengua en tots els països catalans on es parla català i el perjudici causat al conjunt dels seus parlants.

Aquesta declaració inicial, com veurem, no fa cap pas endavant essencial en l'article que es refereix als processos judicials, ja que recull el mateix que la primera llei però afegeix que els processos eren il·legítims i n'estableix la nul·litat, tot i que manté la negació de la responsabilitat econòmica de les institucions públiques que van ser les principals responsables de les violacions de drets.

Aquesta nul·litat ja havia estat objecte d'una llei del Parlament de Catalunya⁶ que va anul·lar no només les sentències, sinó tots els processos judicials duts a terme a Catalunya entre 1938 i 1978 pels tribunals militars de l'auditoria de guerra de l'exèrcit d'ocupació.

5. Llei 20/2022, de memòria democràtica.

6. Llei 11/2017, de reparació jurídica de les víctimes del franquisme a Catalunya.

El legislador espanyol no ha escoltat els requeriments del Consell de Drets Humans de les Nacions Unides, que ha reclamat reiteradament en les revisions periòdiques, com hem vist, la modificació de la Llei d'amnistia del 1977,⁷ ja que els delictes de violacions greus de drets humans són de caràcter imprescriptible i no amnistiable, d'acord amb els tractats internacionals signats per l'Estat espanyol, i l'article 10.2 de la Constitució espanyola obliga a respectar els tractats internacionals en relació amb els drets humans i que, d'altra banda, d'acord amb l'article 96 de la CE, s'integren en l'ordenament jurídic nacional. Per tant, no s'hauria de reconèixer l'aplicació de l'amnistia als delictes contra la humanitat, però els tribunals espanyols ho han ignorat i han mantingut la impunitat en aquests casos.

El procediment declaratiu de jurisdicció voluntària⁸ que preveu la llei no garanteix de cap manera de cap manera la recta justícia que l'Estat ha de garantir, en aquest cas, a les víctimes, permetent la investigació judicial, la condemna als responsables de les violacions dels drets i la reparació material i moral de les seves víctimes.

L'ordenament jurídic tampoc no fa un reconeixement efectiu del dret de reparació, que comporta la restitució quan sigui possible i la indemnització pels danys morals, físics o psíquics causats, i pels perjudicis produïts en la vida personal i professional de les persones.

No hi ha cap disposició sobre la indemnització pels perjudicis físics que pateixen encara avui les víctimes de tortures. Ni tampoc cap mesura sobre els perjudicis en la seva vida patrimonial, que pugui tenir efectes en el còmput de la pensió quan s'arribi a la jubilació.

També es parla del dret a la investigació que s'haurà de fer en el procés de jurisdicció voluntària, ja que no es concreta la funció del fiscal especial, que tindrà atribuïda una competència genèrica que no s'adiu amb la pròpia de l'àmbit penal. Efectivament, entre les seves funcions en el procediment voluntari no figura poder reclamar contra l'Estat ni contra particulars, atès que la llei no inclou cap mena de disposició sobre aquest aspecte.

Pel que fa a la reparació, la Llei diu:⁹

1. Las víctimas de la Guerra y la Dictadura definidas en esta ley tienen derecho al reconocimiento y la reparación integral por parte del Estado.

2. La Administración General del Estado desarrollará un conjunto de medidas de restitución, rehabilitación y satisfacción, orientadas al restablecimiento de los derechos de las víctimas en sus dimensiones individual y colectiva.

7. Llei 46/1977, d'amnistia.

8. Disposició addicional tercera de la Llei 20/2022, de memòria democràtica.

9. Article 30 de la Llei 20/2022.

Unes declaracions que no se sap on van, ja que els articles 5 i 6 que hem comentat diuen que la declaració personal de reparació no dona lloc a cap mena de responsabilitat ni indemnització per part de l'Estat. Això ens porta a pensar que aquestes reparacions no deixen de ser morals.

L'article 31, referent als embargaments de béns i les sancions econòmiques, diu:

1. Se reconoce el derecho al resarcimiento de los bienes incautados y las sanciones económicas producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura, en los términos que se establezcan legalmente, así como en la normativa de desarrollo.

Seguidament diu que l'Estat ha de fer una investigació econòmica en relació amb els embargaments de tota mena que s'haguessin produït, incloent-hi les obres d'art i el paper moneda. Les sancions queden reduïdes a les imposades pels tribunals de responsabilitats polítiques, tot i haver-hi moltes més fonts d'imposició de sancions. Per tant, queden excloses de la investigació les multes governatives, que s'imposaven amb uns imports molt elevats que la majoria de les vegades eren pagades per la solidaritat ciutadana. L'auditoria sobre l'abast de les requisites s'havia de fer en el termini d'un any i n'han passat més sense que se'n sàpiga res ni que s'hagi desplegat cap altre apartat de la llei, fora de trametre un document de reconeixement a les víctimes que ho hagin demanat expressament.

En el tercer apartat d'aquest article 31 es diu que, un cop feta l'auditoria, «se implementarán las posibles vías de reconocimiento a los afectados, independientemente de lo previsto a este respecto en el artículo 5.4 de la presente ley». S'ha de suposar que, malgrat la declaració que l'Estat no té cap responsabilitat econòmica, en aquests casos ha d'indemnitzar o de restituir. Veurem com s'interpreta aquesta contradicció. No es fa referència tampoc als particulars que van participar en aquests embargaments i se'n van beneficiar o bé es van apropiar béns que pertanyien a persones represaliades que estaven exiliades o havien mort.

Amb totes aquestes concrecions, també sembla que aquest reconeixement i aquesta reparació quedaran en l'àmbit simbòlic, fora del cas dels partits polítics, en què una llei els ho va reconèixer.

Vist tot això, els elements essencials i bàsics de la justícia transicional i com des de la Transició no s'ha fet una tasca —ni s'ho planteja ara la llei— de pràctiques de no repetició en la policia, exèrcit i judicatura, en el sentit de fer canviar les actuacions i les maneres de fer d'aquests cossos, ara mateix veiem els efectes de la manca de mesures envers la judicatura i la policia els anys de la Transició i els posteriors. Hem comprovat que a Catalunya la Policia Nacional i la Guàrdia Civil van seguir amb els mateixos mètodes de tortura i maltractament; de fet, tenim testimonis de tortures greus fins al 2002. L'única referència que hi ha a la violència posterior al 1978 és en la disposició

addicional setzena de la Llei de memòria, que estableix que s'ha de fer un estudi de les violacions dutes a terme fins al 31 de desembre de 1983.

La Llei de memòria democràtica no es pot considerar una llei de justícia transicional, ja que manté la impunitat en no establir mesures judicials per a posar-hi fi i mantenir el mur de la Llei d'amnistia del 1977. De la violència posterior només hi ha la referència de la disposició addicional que hem comentat. Veurem com respon la justícia a la denúncia presentada a la Fiscalia de Drets Humans i Memòria Democràtica de Barcelona per part de Blanca Serra, que va ser torturada en diverses ocasions a la comissaria del número 43 de la Via Laietana de Barcelona els anys 1977, 1981, 1982 i 1984. Tres vegades amb posterioritat a la Llei d'amnistia. Veurem quin és el recorregut de tot plegat. Aquest cop, a diferència de les altres denúncies de tortures fetes recentment per tres persones que en patiren abans de la Llei d'amnistia, el resultat ha estat l'arxivament, sense que el tribunal ni tan sols hagi investigat els fets, cosa que suposa negar qualsevol efecte a la declaració dels drets d'investigació de la víctima. El fet que s'apliqui l'amnistia en uns casos en què es tracta de violacions greus dels drets humans, comporta que com a mínim s'hauria de fer la instrucció amb la investigació dels fets, en compliment del dret a la veritat que recull la Llei de memòria democràtica.

En diversos informes de relators especials de promoció de la veritat, la justícia, la reparació i les garanties de no repetició, i especialment en el del 9 d'agost de 2012, de Pablo de Greiff, remarca la necessitat que s'apliquin mesures efectives perquè els processos instats concluguin amb les seves respectives sentències. La víctima ha de tenir la sensació suficient de reparació. Si no la té, és que les mesures no són suficients. En aquest sentit, diu:

Por último, la investigación de las violaciones cometidas en el pasado por los funcionarios, con el consiguiente despido, es un complemento importante de los enjuiciamientos, ya que es poco probable que las víctimas confíen en instituciones en que sigan predominando los autores de tales violaciones, por más que unos pocos hayan sido procesados. Pero dada la magnitud de las violaciones en cuestión, tampoco es probable que la depuración del personal sea vista como una contribución significativa a la justicia, si no se toman medidas sustantivas de justicia correctiva que vayan más allá de los meros despidos.

Mirant la Llei, hem d'arribar a la conclusió que no es planteja seriosament les diverses mesures i, per tant, difícilment podem considerar-la una veritable llei de justícia transicional que permeti superar les greus vulneracions de drets humans del franquisme, la Transició i els anys posteriors a Catalunya i al País Basc, on s'ha seguit exercint la violència repressiva. A més, aquesta disposició legal ignora les normes que en aquest àmbit ha marcat la Comissió de Drets Humans de l'Organització de les Nacions Unides i es basa fonamentalment en declaracions de reparació moral i actes protocol·laris de reconeixement, res més allunyat d'una veritable justícia transicional,

ja que això no repara les greus violacions de drets humans ja produïdes i no assegura que, en no fer polítiques de reforma profunda dels cossos de la policia i la judicatura, s'eviti que en els anys posteriors es produeixin fets similars fruit de la intransigència política d'aquestes institucions i del mateix Estat.

Artículo 31. Incautaciones de bienes y sanciones económicas

1. Se reconoce el derecho al resarcimiento de los bienes incautados y las sanciones económicas producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura, en los términos que se establezcan legalmente, así como en la normativa de desarrollo.

2. La Administración General del Estado promoverá las iniciativas necesarias para la investigación de las incautaciones producidas por razones políticas, ideológicas, de conciencia o creencia religiosa durante la Guerra y la Dictadura y, en particular, realizará una auditoría de los bienes expoliados en dicho periodo, incluyendo las obras de arte, el papel moneda u otros signos fiduciarios depositados por las autoridades franquistas, así como la imposición de sanciones económicas en aplicación de la normativa de responsabilidades políticas. Esta auditoría incluirá un inventario de bienes y derechos incautados. La auditoría deberá llevarse a cabo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley. La referida auditoría incluirá los bienes inmuebles y derechos de contenido patrimonial de los que fueran titulares los Ateneos, Cooperativas y entes asimilados.

3. Una vez finalizada la auditoría a que se refiere el apartado anterior, se implementarán las posibles vías de reconocimiento a los afectados, independientemente de lo previsto a este respecto en el artículo 5.4 de la presente ley.

Redactado el apartado 3 conforme a la corrección de errores publicada en el BOE núm. 32, de 7 de febrero de 2023.

Artículo 6. Declaración de reconocimiento y reparación personal

1. Se reconoce el derecho a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra y la Dictadura padecieron las circunstancias a que se refiere el artículo 3.1 y los efectos de las condenas y sanciones a que se refieren los artículos 4 y 5. Este derecho es plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en el resto de normas del ordenamiento jurídico, así como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia, sin que pueda producir efectos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Estado, de cualquier administración pública o de particulares, ni dar lugar a efecto, reparación o indemnización de índole económica o profesional.

2. Tendrán derecho a solicitar la Declaración las personas afectadas y, en caso de que las mismas hubieran fallecido, las personas indicadas en el artículo 3.3.

3. Asimismo, podrán solicitar la Declaración las instituciones públicas, los partidos políticos, sindicatos, organizaciones religiosas o militares y similares recogidas

en el artículo 4.2, previo acuerdo de su órgano colegiado de gobierno, respecto de quienes hubiesen desempeñado cargo o actividad en las mismas.

4. Las personas o instituciones previstas en los apartados anteriores podrán interesar del departamento competente en materia de memoria democrática la expedición de la Declaración. A tal fin, podrán aportar toda la documentación que sobre los hechos o el procedimiento obre en su poder, así como todos aquellos antecedentes que se consideren oportunos. El departamento competente en materia de memoria democrática denegará la expedición de la Declaración cuando no se ajuste a lo dispuesto en esta ley.

COMUNICACIONES

DIGNITAT HUMANA I PROHIBICIÓ DELS TRACTES INHUMANS I DEGRADANTS A EUROPA: DEL CONSENS UNIVERSAL AL DESENVOLUPAMENT JURÍDIC REGIONAL

Georgina Rodríguez Muñoz
Universitat de Girona

1. INTRODUCCIÓ

La dignitat humana és un dels fonaments del dret internacional dels drets humans i un dels elements més rellevants del seu desenvolupament contemporani,¹ present en la Carta de les Nacions Unides (CNU)² i explicitat en la Declaració Universal dels Drets Humans (DUDH).³ D'acord amb el preàmbul de la DUDH, la dignitat és una condició intrínseca amb què neixen tots els éssers humans, un patrimoni innat que és present en qualsevol persona.⁴ Per això mateix, la dignitat emergeix com la raó de ser dels drets humans i com un dels seus principis rectors.⁵

Ara bé, el trànsit del consens universal —d'ampli abast i sovint programàtic— cap a una protecció efectiva exigeix concreció jurídica: estàndards operatius, mecanismes de control i criteris interpretatius que transformin principis en obligacions verificables. La prohibició de la tortura i dels tractes o penes inhumans o degradants ofereix, en aquest sentit, un camp d'observació privilegiat: d'una banda, perquè constitueix una vulneració evident de la dignitat; de l'altra, perquè la seva aplicació pràcti-

1. Klaus DICKE, «Foundation function of human dignity in the Universal Declaration of Human Rights», a David KRETZMER i Eckart KLEIN (ed.), *The concept of human dignity in human rights discourse*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2002, p. 111-120, esp. p. 111.

2. Nacions Unides, Carta de les Nacions Unides, signada a San Francisco el 26 de juny de 1945 (entrada en vigor: 24 d'octubre de 1945).

3. Nacions Unides, Declaració Universal dels Drets Humans, Res. AG 217 A (III), doc. A/RES/217(III), 10 de desembre de 1948.

4. Paràgrafs (i) i (v) del preàmbul de la DUDH.

5. María Josefa GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, «La dignidad humana y los derechos sociales», *Ars Iuris Salmanticensis: AIS. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca), vol. 8, núm. 1 (2020), p. 99-114, esp. p. 100.

ca planteja qüestions especialment exigents, com ara la determinació del llindar mínim de gravetat, la delimitació entre tortura i tracte inhumà o degradant, o l'abast dels deures estatals de prevenció, protecció i investigació.

Aquest article examina com el sistema europeu ha densificat el principi de dignitat a través del Consell d'Europa i, en particular, del Conveni Europeu de Drets Humans (CEDH).⁶ L'anàlisi se centra en l'article 3 del CEDH —redactat en termes deliberadament concisos— i en la interpretació que n'ha fet el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH). Sobre aquesta base, la jurisprudència europea ha afinat els criteris de qualificació i ha concretat el contingut de l'article 3 del CEDH en contextos en què la persona es troba en una situació de vulnerabilitat o dependència davant els poders públics (sobretot en escenaris de custòdia i de privació de llibertat), així com en supòsits en què el risc prové d'actors no estatals i l'estat incompleix els seus deures de protecció.

La qüestió central que guia aquest treball pot formular-se així: de quina manera i fins a quin punt el sistema europeu de protecció de drets —a través de l'article 3 del CEDH i de la interpretació jurisprudencial del TEDH— ha transformat la dignitat humana, proclamada en l'àmbit universal, en un estàndard regional dotat de contingut normatiu concret i jurídicament exigible. Aquesta demanda es projecta en tres objectius, interrelacionats estretament: *a*) situar la dignitat humana com a fonament dels drets humans en el pla universal i europeu; *b*) analitzar l'abast de la prohibició de la tortura i els tractes inhumans i degradants, així com els criteris que s'han elaborat per a distingir-los, i *c*) sistematitzar el conjunt d'obligacions —negatives i positives— que se'n deriven per als estats en el marc regional europeu.

Metodològicament, aquest estudi combina una aproximació doctrinal i una de jurisprudencial. D'una banda, analitza els principals instruments internacionals rellevants. De l'altra, se centra en l'estudi de la jurisprudència del TEDH, que ha permès concretar els criteris que diferencien les conductes prohibides per l'article 3 del CEDH. Aquesta anàlisi es completa amb la bibliografia especialitzada, que ajuda a interpretar i valorar críticament l'evolució del model europeu.

Pel que fa a l'estructura, després d'aquesta introducció l'article es divideix en quatre parts. En primer lloc, s'examina com es normativitza la dignitat humana en el marc universal i com es reflecteix, de manera específica, en la prohibició de la tortura i dels tractes inhumans o degradants. En segon lloc, s'analitza la concreció europea d'aquest principi, des del reconeixement de la dignitat fins a la seva formulació en l'article 3 del CEDH. En tercer lloc, s'estudien les obligacions derivades d'aquest article, tant les negatives com les positives. Finalment, les conclusions resumeixen les

6. Consell d'Europa, Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (Conveni Europeu de Drets Humans, CEDH), ETS/CETS núm. 005, Roma, 4 de novembre de 1950 (entrada en vigor: 3 de setembre de 1953).

principals aportacions del model europeu i assenyalen alguns reptes per a garantir-ne l'aplicació efectiva.

2. LA DIGNITAT HUMANA COM A FONAMENT UNIVERSAL

2.1. LA DIGNITAT HUMANA EN EL DRET INTERNACIONAL DELS DRETS HUMANS: FUNCIÓ I POSITIVITZACIÓ

La dignitat humana constitueix, en el dret internacional contemporani, el punt de partida del discurs normatiu dels drets humans. Tot i la seva llarga genealogia filosòfica,⁷ la dignitat es consolida com a categoria jurídica sobretot a partir del 1945, amb la seva menció en el preàmbul (II) de la CNU,⁸ i es projecta posteriorment en els instruments universals de drets humans. Per exemple, i sense ànim d'exhaustivitat, la dignitat humana apareix en la DUDH,⁹ el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP),¹⁰ el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (PIDESC),¹¹ la Convenció Contra la Tortura,¹² la Convenció sobre els Drets de l'Infant¹³ o la Convenció sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació contra la Dona.¹⁴ En tots aquests textos, la dignitat opera com un principi estructurador que estimula la protecció i la promoció dels drets humans.

Més enllà del seu reconeixement en instruments convencionals, la jurisprudència internacional ha contribuït igualment a consolidar la dignitat humana com a fonament dels drets humans. A tall d'exemple, el Tribunal Penal Internacional per a l'Antiga Iugoslàvia (en anglès, International Criminal Tribunal for the former Yugos-

7. María Luisa MARÍN CASTÁN, «La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales», *Revista de Bioética y Derecho* (Barcelona, Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret), núm. 9 (1 gener 2007), p. 1-8, esp. p. 2.

8. Amb tot, convé advertir que, abans de la CNU, la dignitat ja havia aparegut en alguns instruments no convencionals. Un antecedent especialment rellevant és la Declaració de Filadèlfia, adoptada el 10 de maig de 1944, en plena Segona Guerra Mundial i en el marc de l'Organització Internacional del Treball (OIT).

9. Paràgraf (i) del preàmbul i article 1 de la DUDH. L'instrument menciona la noció de *dignitat* als articles 22 i 23, en relació amb els drets econòmics, socials i culturals i amb el dret a una remuneració equitativa i satisfactòria, respectivament. Igualment, el text es refereix al reconeixement de la dignitat humana en la CNU.

10. Paràgrafs (i) i (ii) del preàmbul i article 1 del PIDCP.

11. Paràgrafs (i) i (ii) del preàmbul i article 13 del PIDESC.

12. Paràgraf (ii) de la Convenció contra la Tortura.

13. Paràgrafs (i) i (ii) del preàmbul i articles 23, 28, 37, 39 i 40 de la Convenció sobre els Drets de l'Infant.

14. Paràgrafs (i), (ii) i (vii) del preàmbul de la Convenció sobre l'Eliminació de Totes les Formes de Discriminació contra la Dona.

lavia, TPIY) va ser un dels primers òrgans jurisdiccionals internacionals a afirmar que el principi general del respecte a la dignitat humana constitueix el fonament bàsic dels drets humans i que havia assolit una importància tal que havia arribat a informar el conjunt del corpus del dret internacional.¹⁵

En l'àmbit regional, la dignitat humana també ha estat àmpliament reconeguda i es troba profundament arrelada en els diferents sistemes de protecció dels drets humans. Més enllà del context europeu —que serà analitzat amb més profunditat en l'epígraf següent—, la dignitat és un referent central tant en el sistema interamericà de drets humans¹⁶ com en l'africà. En aquest darrer, a més, s'observa un enfocament particular perquè es fa referència, més enllà de la dignitat de l'individu, a la dignitat dels pobles africans.¹⁷

La incorporació de la dignitat humana en instruments jurídicament vinculants i la seva afirmació per la jurisprudència internacional no només n'han consolidat la naturalesa de concepte jurídic, sinó que han marcat un punt d'inflexió en l'evolució del dret internacional: davant un model clàssic centrat gairebé exclusivament en els estats, la dignitat situa l'ésser humà en el centre de l'ordenament i impulsa, en termes de Cançado Trindade, el procés d'«humanització» del dret internacional.¹⁸

En aquest marc, l'epígraf següent examina la prohibició de la tortura i dels tractes o penes inhumans i/o degradants com a expressió especialment eloqüent de la protecció de la dignitat humana, atès que aquestes conductes en constitueixen una de les vulneracions més extremes i permeten apreciar amb claredat el pas del principi a la seva transformació en estàndards materials, obligacions estatals i mecanismes de garantia.

15. Sentència del Tribunal Penal Internacional per a l'antiga Iugoslàvia (TPIY) (Sala de Primera Instància) del 10 de desembre de 1998, *The Prosecutor vs. Anto Furundžija*, assumpte núm. IT-95-17/1-T, par. 183.

16. La Declaració Americana dels Drets i Deures de l'Home, del 1948, considera la dignitat en el primer paràgraf del seu preàmbul, amb un contingut idèntic al primer article de la DUDH. Aquesta concordància entre tots dos instruments, tot i que en un està situat en la part dispositiva i en l'altre es troba en el preàmbul, no demostra sinó la presència d'un sentiment i un ideari compartits a l'embrió dels dos textos. Així mateix, la Convenció Americana sobre Drets Humans esmenta la dignitat en l'article 11: «Tota persona té dret al respecte de la seva honra i al reconeixement de la seva dignitat». Per a una anàlisi detallada de la noció de *dignitat* en el sistema interamericà de drets humans i la seva interpretació per la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), vegeu Jesús Ignacio DELGADO ROJAS, «Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Derechos y Libertades* (Madrid, Dykinson), núm. 43, època II (1 juny 2020), p. 241-271, esp. p. 251 i seg.

17. Héctor GROS ESPIELL, «La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho), vol. 4, núm. 4 (2003), p. 193-224, esp. p. 199.

18. Antônio A. CANÇADO TRINDADE, «La humanización del derecho internacional y los límites de la razón de Estado», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais), núm. 40 (juliol-desembre 2001), p. 11-23, esp. par. 13-15.

2.2. DE LA PROCLAMACIÓ A L'EXIGIBILITAT: EL PACTE INTERNACIONAL DE DRETS CIVILS I POLÍTICS I LA CONVENCIÓ CONTRA LA TORTURA

Tal com s'ha avançat, la prohibició de la tortura i dels tractes o penes cruels, inhumans o degradants constitueix un observatori privilegiat per a analitzar fins a quin punt la dignitat humana deixa de ser un principi formulat en termes generals i es tradueix en estàndards jurídics operatius, susceptibles de control i d'exigència. D'una banda, perquè aquestes pràctiques representen una de les negacions més radicals de la dignitat, ja que instrumentalitzen la persona i lesionen directament la seva integritat física i psíquica. De l'altra, perquè el seu desplegament normatiu revela tensions estructurals en el dret internacional dels drets humans: quin és el llinar mínim de gravetat que activa la prohibició; quins criteris permeten distingir entre tortura, tracte inhumà i tracte degradant; quines obligacions negatives, positives i procedimentals es deriven per als estats, i fins on s'estén el deure de protecció quan el risc prové, també, d'actors no estatals.

En aquest context, l'escena universal aporta el primer nivell de consens i normativització, però també posa en relleu els límits d'un sistema que sovint depèn, en últim terme, de la voluntat estatal per a fer efectius compromisos formalment robustos. La centralitat d'aquesta prohibició en el catàleg universal de drets humans no és accidental. La tortura i els tractes o penes cruels, inhumans o degradants constitueixen algunes de les lesions més greus contra la integritat, la llibertat i la dignitat de les seves víctimes, i per això la seva prohibició apareix ja en la DUDH. En particular, l'article 5 de la DUDH estableix que «ningú no serà sotmès a tortures ni a penes o tractes cruels, inhumans o degradants», formulació que ha operat com a matriu per a nombrosos instruments posteriors d'abast universal.¹⁹

Ara bé, sens perjudici de la força simbòlica i política de l'article 5 de la DUDH, cal precisar el seu valor jurídic. Com a declaració, la DUDH no constitueix un tractat vinculant en el sentit clàssic; tot i això, ha exercit una funció normativa i interpretativa decisiva i ha operat com a text matriu per a la positivització convencional posterior. Aquesta constatació no impedeix que, amb el pas del temps, parts del seu contingut hagin estat invocades com a expressió de principis generals, com a cristal·lització de normes consuetudinàries o, fins i tot, com a reflex d'obligacions *erga omnes* o de normes imperatives.²⁰ Tanmateix, aquesta mateixa ambivalència —entre proclamació i exigibilitat— explica l'impuls posterior per traduir el seu contingut en instruments convencionals: en aquest sentit, la codificació dels drets civils i polítics en el PIDCP

19. Un exemple molt il·lustratiu d'aquesta influència és el CEDH, que en el seu preàmbul esmenta fins a tres vegades la DUDH i conté, en el seu article tercer, una reproducció literal de l'article 5 de la Declaració.

20. Per exemple, la prohibició de l'esclavitud en el seu article 4.

va respondre a la necessitat d'ancorar jurídicament els compromisos en un instrument exigible als estats amb el seu corresponent mecanisme de supervisió.²¹

El PIDCP, en el seu article 7, considera que «ningú no serà sotmès a tortures ni a penes o tractes cruels, inhumans o degradants. En particular, ningú no serà sotmès sense el seu lliure consentiment a experiments mèdics o científics». La incorporació d'aquesta disposició en un tractat universal és rellevant per dues raons. En primer lloc, perquè consolida la prohibició com a obligació jurídica internacional i reforça el seu caràcter transversal dins el sistema de protecció dels drets humans. En segon lloc, perquè activa les dinàmiques pròpies de la supervisió convencional: el mecanisme de seguiment del Pacte —en aquest cas, el Comitè de Drets Humans— pot projectar conseqüències legislatives, polítiques i pràctiques sobre els estats, encara que la seva eficàcia depengui —com sovint ocorre en l'àmbit universal— del grau de cooperació estatal i de la capacitat de pressió institucional.

Tot i que el PIDCP és un instrument general que protegeix un conjunt ampli de drets, l'arquitectura universal es completa —i es reforça de manera decisiva— amb un tractat especialitzat: la Convenció contra la Tortura i altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants (Convenció contra la Tortura), adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides l'any 1984.²² La seva importància no rau només en la reiteració de la prohibició, sinó en l'intent d'articular un règim jurídic específic orientat a l'erradicació de la tortura i, per extensió, a la prevenció i repressió de pràctiques assimilables. En aquest sentit, la Convenció suposa un salt qualitatiu: d'una formulació general del dret, a un conjunt d'obligacions més denses i operatives, aplicables tant en l'ordre intern com en l'esfera internacional.

Aquesta densificació es reflecteix també en l'arquitectura institucional de la Convenció. D'acord amb el seu article 17, es crea el Comitè contra la Tortura (en anglès, Committee Against Torture, CAT), integrat per experts independents de reconeguda competència en matèria de drets humans. La funció principal del Comitè és supervisar el compliment de la Convenció pels estats part, i ho fa mitjançant diversos mecanismes. El més utilitzat és el sistema d'informes periòdics: els estats han de presentar informes sobre les mesures adoptades i el Comitè hi respon amb les seves observacions finals, on identifica preocupacions i formula recomanacions. Aquest mecanisme té una virtut clara —institucionalitza el diàleg i permet construir estàndards—,

21. Nacions Unides, Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP), Res. AG 2200A (XXI), doc. A/RES/2200A(XXI), 16 de desembre de 1966 (entrada en vigor: 23 de març de 1976). El compliment del Pacte és supervisat pel Comitè de Drets Humans (CDH), que examina els informes periòdics dels estats part i adopta les observacions finals (i observacions generals interpretatives). A més, pot conèixer comunicacions individuals quan l'estat hagi ratificat el primer protocol facultatiu.

22. Nacions Unides, Convenció contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants (CAT), Res. AG 39/46, doc. A/RES/39/46, 10 de desembre de 1984 (entrada en vigor: 26 de juny de 1987).

però també té un límit estructural: la seva eficàcia depèn, en gran manera, de la qualitat de la informació aportada, del seguiment intern de les recomanacions i de l'existència (o no) de voluntat política per a implementar reformes.²³ Més enllà d'aquest control periòdic, la Convenció preveu mecanismes orientats a reforçar l'efectivitat del compliment de la Convenció: la possibilitat d'examinar comunicacions individuals presentades per particulars (quan l'estat hagi reconegut aquesta competència), així com la facultat d'examinar comunicacions interestatals i, en determinades circumstàncies, d'impulsar investigacions.²⁴

Un instrument complementari especialment rellevant és el Protocol Facultatiu a la Convenció contra la Tortura (en anglès, *Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, OPCAT).²⁵ D'acord amb el seu article 1, el Protocol pretén establir un sistema de visites preventives als llocs on hi hagi persones privades de llibertat, amb la finalitat de prevenir la tortura i els tractes o penes cruels, inhumans o degradants. Per a assolir aquest objectiu, el Protocol crea el Subcomitè per a la Prevenció de la Tortura, amb funcions de supervisió —inclosa la visita a llocs de detenció— i funcions d'assistència i assessorament als estats part. El gir preventiu que introdueix l'OPCAT és normatiuament significatiu: desplaça el centre de gravetat del sistema des de la reacció *ex post* a la intervenció *ex ante*. Alhora, però, també evidencia un repte persistent: la prevenció efectiva exigeix transparència, accés real als llocs de privació de llibertat i mecanismes nacionals sòlids, condicions que en la pràctica no sempre concorren.

Si bé tots els anteriors són instruments de gran rellevància internacional, és important recordar que la prohibició de la tortura forma part del dret consuetudinari i, alhora, gaudeix del caràcter de *ius cogens*. Per tant, és una norma imperativa per a tots els estats; així ho ha establert reiterada jurisprudència internacional,²⁶ així com dife-

23. Oficina de l'Alt Comissionat pels Drets Humans, Comitè contra la Tortura. Disponible a: www.ohchr.org/.

24. *Ibidem*.

25. Nacions Unides, Protocol Facultatiu a la Convenció contra la Tortura i altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants, Res. AG 57/199, doc. A/RES/57/199, 18 de desembre de 2002 (entrada en vigor: 22 de juny de 2006).

26. Sentència del Tribunal Internacional de Justícia del 20 de juliol de 2012, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite, Belgium vs. el Senegal*, par. 99 (reconeix que la prohibició de la tortura ha adquirit el caràcter de norma imperativa, *ius cogens*). Una altra referència al caràcter de *ius cogens* de la prohibició de la tortura es troba en la jurisprudència del TEDH (Gran Sala), en concret en la Sentència núm. 35763/97, assumpte *Al-Adsani vs. el Regne Unit*, 2001, par. 61, en què el Tribunal, basant-se, entre d'altres, en la Sentència *Furundžija* del TPIY i en l'assumpte *Pinochet* (núm. 3) de la Cambra dels Lords, declara que la prohibició de la tortura ha assolit el rang de norma imperativa.

rents òrgans de protecció internacional dels drets humans,²⁷ d'entre els quals destaca el mateix Comitè.²⁸

Observats els diferents instruments internacionals que contenen la prohibició de la tortura i els tractes o penes inhumans o degradants, segueix a continuació una anàlisi de cada un dels conceptes inclosos dins d'aquesta prohibició.

Pel que fa a la definició de *tortura*, la Convenció contra la Tortura va incloure la primera conceptualització jurídica de la noció:

[...] todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

D'aquesta definició es poden extreure els tres elements necessaris perquè una acció pugui ser qualificada com a tortura: 1) l'element material, que en aquests casos són els dolors o patiments greus de forma intencionada; 2) l'element subjectiu, que requereix que el subjecte actiu d'aquestes accions sigui, de forma més o menys directa, un funcionari públic; 3) l'element teleològic, que comporta que aquestes accions siguin dutes a terme amb una finalitat concreta. Per tant, només serà quan concorrin aquests tres elements que es podrà parlar de tortura.

En relació amb la noció de *tractes o penes cruels, inhumanes o degradants*, la Convenció no és tan clara com en la definició de *tortura*; no obstant això, poden determinar-se'n els elements constitutius a partir de l'article 16.1, que disposa el següent:

Tot estat part es comprometrà a prohibir en qualsevol territori sota la seva jurisdicció altres actes que constitueixin tractes o penes cruels, inhumanes o degradants i que no arribin a ser tortura tal com es defineix a l'article 1, quan aquests

27. Per exemple, el relator especial de Nacions Unides sobre la tortura, juntament amb altres relators especials, va presentar un *report* davant de la Comissió de Drets Humans sobre la situació dels detinguts a Guantánamo, en què declarava que la prohibició de la tortura gaudia del caràcter de *ius cogens*. Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides, *Situation of detainees at Guantánamo Bay (Joint report)*, doc. E/CN.4/2006/120, 15 de febrer de 2006, par. 43.

28. Comitè contra la Tortura (CAT), *General comment No. 2 (2007) on the implementation of article 2 by States parties*, doc. CAT/C/GC/2, 24 de gener de 2008, par. 1.

actes siguin comesos per un funcionari públic o una altra persona que actuï en l'exercici de funcions oficials, o per instigació o amb el consentiment o l'aquiescència de tal funcionari o persona.

Així, la delimitació entre tortura i altres tractes prohibits no depèn únicament de la gravetat del patiment, sinó també d'elements com la finalitat de l'acte i el vincle amb l'exercici —directe o indirecte— d'autoritat pública, d'acord amb l'estructura de la Convenció.²⁹

Els instruments jurídics esmentats —i, en particular, la Convenció contra la Tortura— imposen un ampli ventall d'obligacions als estats que els han ratificat. Tanmateix, atesa la densitat d'aquest règim i les limitacions d'espai pròpies d'aquest treball, l'anàlisi se centrarà en la seva concreció en l'àmbit regional europeu, on aquests deures han estat desenvolupats de manera més detallada i han estat formulats de manera especialment precisa. A partir d'aquest marc universal, l'apartat següent s'ocupa de la concreció regional europea dels criteris de qualificació i de les obligacions estatals segons l'article 3 del CEDH.

3. EL DESENVOLUPAMENT JURÍDIC REGIONAL EUROPEU

3.1. LA DIGNITAT HUMANA EN L'ARQUITECTURA DEL CONSELL D'EUROPA

La dignitat humana ha estat àmpliament reconeguda en l'àmbit regional europeu. No obstant això, la seva operativització jurídica s'ha articulat principalment a través dels mecanismes d'exigibilitat i dels estàndards interpretatius propis de cada sistema. El mapa europeu de garanties es caracteritza per una arquitectura plural —Consell d'Europa i Unió Europea (UE)— en la qual la dignitat actua com a referent axiològic comú, mentre que els estàndards materials i els mecanismes d'exigibilitat varien en funció del marc institucional. En aquest context, el nucli més dens de protecció de la dignitat en relació amb la prohibició de la tortura i dels tractes o penes inhumans o degradants s'ha construït, de manera preferent, al si del Consell d'Europa. I això s'ha fet, principalment, a través del CEDH i del paper interpretatiu del TEDH. Paral·lelament, la UE ha incorporat la dignitat i la prohibició de tractes inhumans o

29. La distinció entre ambdues categories va comportar una gran quantitat de debats en el marc del grup de treball encarregat d'elaborar la Convenció, d'aquí que no s'arribés a una concreció del que suposen els tractes o penes inhumans o degradants. Vegeu Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides, *Report of the thirty-eighth session*, E/1982/12/Add.1 i E/CN.4/1982/30/Add.1, 15 de març de 1982.

degradants en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE), en un context d'interacció interpretativa amb l'estàndard d'Estrasburg.³⁰

Considerant això anterior, aquesta anàlisi se centrarà en el desenvolupament normatiu de la dignitat humana per la via de la tortura i els tractaments inhumans i degradants en el si del Consell d'Europa. Tot i que el concepte de *dignitat humana* no apareix de manera expressa en l'articulat del CEDH, se'n pot deduir la presència implícita a partir del seu preàmbul, i la jurisprudència d'Estrasburg ha estat decisiva en la seva incorporació efectiva dins l'espai europeu. En aquest sentit, el TEDH ha anat construint un discurs en què la dignitat no és merament retòrica, sinó un criteri substantiu que orienta l'abast de les obligacions estatals.³¹

És l'article 3 del CEDH el que s'ocupa de consagrar aquesta prohibició, disposant que «ningú no pot ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants». D'acord amb la jurisprudència consolidada del TEDH, aquest article 3 ocupa una posició central dins el CEDH i expressa un dels valors essencials de la societat democràtica.³² La força normativa de l'article 3 no deriva només del seu enunciat —necessàriament concís—, sinó, sobretot, del seu desenvolupament jurisprudencial. En els darrers anys, el TEDH ha refinat els criteris d'aplicació i en determinats contextos ha reduït el llindar mínim de gravetat necessari perquè certes conductes quedin incloses dins l'àmbit de protecció de l'article 3. Aquesta evolució —coherent amb la doctrina del CEDH com a «instrument viu»— pot llegir-se com una resposta a les transformacions socials i a una sensibilització creixent davant formes de vulnerabilitat, però també planteja interrogants metodològics: fins a quin punt la flexibilització del llindar contribueix a una protecció efectiva i coherent?, i com es preserva la con-

30. La CDFUE es refereix expressament a la dignitat humana en el preàmbul (apartat ii), on la qualifica com un dels valors individuals i universals sobre els quals es fonamenta la Unió. En la mateixa línia, el capítol I, sota la rúbrica «Dignitat», proclama en el seu article 1 que «la dignitat humana és inviolable» i que «ha de ser respectada i protegida». Així mateix, la CDFUE incorpora a l'article 4 la prohibició de la tortura i de les penes o tractes inhumans o degradants, disposició que, d'acord amb la jurisprudència del TJUE, es troba estretament vinculada al respecte de la dignitat humana consagrat en l'article 1. Vegeu Sentència del TJUE (STJUE) (Sala Cinquena), del 16 de febrer de 2017, C. K. i altres *vs.* la República d'Eslovènia, assumpte C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127, par. 59. El dret reconegut en l'article 4 és, d'altra banda, equivalent al de l'article 3 del CEDH; i, conforme a l'article 52.3 de la CDFUE, el seu sentit i abast han d'ésser, com a mínim, els mateixos que els que resulten del Conveni.

31. Això es reflecteix en diverses decisions i sentències, com ara la del cas *Rantsev vs. Xipre i Rússia* (2010), en què el Tribunal va afirmar que el tràfic d'éssers humans amenaça la dignitat humana i les llibertats fonamentals de les víctimes i és incompatible amb una societat democràtica i amb els valors del Conveni. Aquesta línia és especialment rellevant per a l'objecte d'aquest treball: posa de manifest que la dignitat funciona com a pauta interpretativa transversal del sistema del Conveni i contribueix a reforçar una lectura exigent de les prohibicions destinades a protegir la integritat de la persona.

32. Sentència del TEDH (STEDH) (Secció Quarta) núm. 2346/02, *Pretty vs. el Regne Unit*, 2002, par. 49.

sistència conceptual entre *tortura*, *tracte inhumà* i *tracte degradant* quan el Tribunal adapta l'estàndard a contextos canviants?

A més del CEDH, el Consell d'Europa s'ha dotat d'un instrument específic de prevenció: el Conveni Europeu per a la Prevenció de la Tortura i de les Penes o Tractes Inhumans o Degradants, del 26 de novembre de 1987.³³ D'acord amb el seu article 1, aquest instrument crea el Comitè Europeu per a la Prevenció de la Tortura (CPT), encarregat d'examinar el tracte dispensat a les persones privades de llibertat i de reforçar-ne la protecció. Per a dur a terme aquesta missió, el CPT pot fer visites als llocs de detenció dels estats part i, posteriorment, elaborar informes amb observacions i recomanacions. Aquest mecanisme, de naturalesa preventiva i no jurisdiccional, complementa l'acció del TEDH i materialitza una idea central: la prohibició de l'article 3 del CEDH no és només una interdicció formal, sinó un estàndard que exigeix condicions estructurals compatibles amb la dignitat humana.

3.2. TORTURA I TRACTES INHUMANS O DEGRADANTS EN EL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS: CRITERIS DE QUALIFICACIÓ

Partint d'aquest marc institucional, a continuació s'analitzaran els conceptes compresos en la prohibició —*tortura* i *tractes* o *penes inhumans* o *degradants*—, així com els criteris que n'han orientat la delimitació i l'aplicació en el sistema del Consell d'Europa, sobretot a través de la jurisprudència del TEDH.

Des d'un primer moment, amb l'objectiu de delimitar les diverses conductes incloses en l'article 3 del CEDH, el TEDH va assenyalar que la diferència entre *tortura*, *tracte inhumà* i *tracte degradant* rau, essencialment, en el grau de gravetat dels patiments infligits a la víctima.³⁴ A partir d'aquesta premissa, aquest apartat ofereix una anàlisi sintètica dels conceptes englobats en l'article 3 del CEDH tenint en compte els pronunciaments rellevants del TEDH, amb la finalitat d'identificar quines actuacions superen el llindar mínim de gravetat exigible i, per tant, han de ser qualificades com a contràries al precepte.

Abans d'entrar en aquesta delimitació conceptual, cal situar dues característiques estructurals de l'article 3 que en defineixen l'abast i la funció dins el sistema del Conveni. En primer lloc, la seva no derogabilitat: d'acord amb l'article 15 del CEDH,³⁵ ni tan sols en situacions de guerra o de perill públic que amenaci la vida

33. Conveni Europeu per la Prevenció de la Tortura i de les Penes o Tractes Inhumans o Degradants, ETS núm. 126, 26 de novembre de 1987.

34. STEDH núm. 5310/71, Irlanda *vs.* el Regne Unit, 1978, par. 135.

35. El primer punt de l'article 15 del CEDH disposa el següent: «En cas de guerra o en cas d'un altre perill públic que amenaci la vida de la nació, tota Alta Part contractant pot prendre mesures que deroguin les obligacions previstes en el present Conveni, en la proporció estricta en què la situació ho exigeixi i amb

de la nació, els estats no queden alliberats de l'obligació de protegir les persones que té sota la seva jurisdicció, contra la tortura i els tractes o penes inhumans o degradants. Aquest principi ha estat reafirmat de manera constant per la jurisprudència del TEDH.³⁶

En segon lloc, el seu caràcter absolut: a diferència de moltes altres garanties del Conveni, l'article 3 del CEDH no admet excepcions ni pot quedar condicionat per consideracions d'oportunitat, seguretat o interès general. Si bé la no derogabilitat es desprèn explícitament del règim de l'article 15 del CEDH, la naturalesa absoluta de l'article 3 s'ha consolidat principalment a través de la doctrina jurisprudencial d'Estrasburg,³⁷ que ha insistit que la prohibició no pot sotmetre's a ponderació amb altres interessos protegits pel Conveni, ni tampoc pot quedar relativitzada pel comportament de la víctima o per l'existència d'altres vides en risc.

Dins del ventall de conductes prohibides per l'article 3, la tortura constitueix la forma de violació més greu. Ara bé, a diferència de la Convenció del 1984, el CEDH no conté una definició normativa del concepte, de manera que el TEDH ha disposat d'un marge interpretatiu ampli per a precisar-ne els contorns, en coherència amb la lògica del CEDH com a instrument «viu» i evolutiu. Entre les primeres aproximacions dins del sistema del Conveni cal esmentar l'anomenat *Greek case*, resolent en l'àmbit de la Comissió Europea de Drets Humans (1969).³⁸ En aquest informe —un referent primerenc per a la delimitació de les categories de l'article 3— la Comissió va sostenir que la tortura pot entendre's com una forma agreujada de tracte inhumà, atès que incorpora un element de finalitat (per exemple, obtenir informació o una confessió, o infligir un càstig), i va contribuir així a dotar de criteris operatius una prohibició que el text del CEDH formula en termes necessàriament concisos.

Més endavant, el sistema del Conveni ha anat precisant els contorns d'aquestes categories a través de criteris jurisprudencials. A títol d'exemple, el cas *Portu Juaneña i Sarasola Yarzabal vs. Espanya* (2018) és especialment rellevant perquè il·lustra

la condició que aquestes mesures no estiguin en contradicció amb les altres obligacions derivades del dret internacional». No obstant això, el segon punt és clar en establir que «[l]a disposició precedent no autoritza cap derogació de l'article 2, llevat del cas de mort resultant d'actes lícits de guerra, ni dels articles 3, 4.1 i 7».

36. STEDH núm. 2346/02, *Pretty vs. el Regne Unit*, *op. cit.*

37. STEDH (Gran Sala) núm. 35763/97, *Al Adsani vs. el Regne Unit*, 2001, par. 61; STEDH (Gran Sala) (Secció Tercera) núm. 22978/05, *Gäfgen vs. Alemanya*, 2010, par. 120; STEDH núm. 58438/00, *Martínez Sala i altres vs. Espanya* 2004, par. 120.

38. Demandes núm. 3321/67, 3322/67, 3323/67 i 3344/67 de la Comissió Europea de Drets Humans, *Denmark vs. Greece, Norway vs. Greece, Sweden vs. Greece, Netherlands vs. Greece (The Greek Case)*, Report (Plenary), 5 de novembre de 1969. L'any 1999, en el cas *Selmouni*, el Tribunal va rectificar i, reduint les característiques necessàries per a qualificar determinats tractaments com a «tortura», va establir que certs actes que havien estat qualificats en el passat com a «tractes inhumans o degradants», en contraposició a la «tortura», podrien ser classificats de manera diferent en el futur; vegeu STEDH (Gran Sala) núm. 25803/94, *Selmouni vs. França*, 1999, par. 101.

l'exigència d'un estàndard rigorós d'atribució de lesions produïdes en mans d'agents estatals i, alhora, la dimensió procedimental de l'article 3 quan existeixen al·legacions versemblants de maltractaments en custòdia.³⁹

Un aspecte especialment rellevant —i sovint decisiu des d'una perspectiva crítica— és el de l'autoria. En el dret internacional universal, la definició de la Convenció contra la Tortura vincula la tortura a la participació, directa o indirecta, d'un funcionari públic o d'una persona que actuï en exercici de funcions públiques. En canvi, el CEDH no exigeix explícitament aquest requisit. Això no significa que el CEDH desdibuixi la responsabilitat estatal; al contrari, el TEDH ha insistit que els estats poden estar obligats a adoptar mesures de protecció i prevenció fins i tot quan els maltractaments provenguin de particulars, atès que el deure de garantia de l'article 3 incorpora obligacions positives. En aquest sentit, el cas *Pretty vs. el Regne Unit* (2002) il·lustra la lògica segons la qual l'article 3 pot activar deures estatals més enllà de l'actuació directa d'agents públics.⁴⁰

Tenint en compte aquest marc i sense pretendre fer una sistematització exhaustiva, es poden identificar dos elements nuclears per a la qualificació d'una conducta com a tortura en el sistema del Consell d'Europa:

a) Intencionalitat i gravetat: la conducta ha de ser deliberada i ha d'infligir dolors o patiments greus, físics o mentals; és a dir, el dany ha de superar un llinar elevat i ha d'estar causat intencionadament.

b) Finalitat: l'acte ha d'estar orientat a un objectiu concret (per exemple, obtenir informació, castigar, intimidar o coaccionar), element que contribueix a diferenciar la tortura d'altres formes de maltractament.

Aquests elements expliquen per què la tortura, dins de l'article 3, representa el grau de màxima gravetat. Tanmateix, el precepte prohibeix també els tractes inhumans i els degradants, categories que, en la pràctica, han estat utilitzades de vegades de forma propera o fins i tot coincident. La jurisprudència del TEDH resulta especialment clarificadora a l'hora d'oferir criteris operatius. Així, en el cas *Jalloh vs. Alemanya* (2006),⁴¹ el Tribunal va considerar que un tracte pot qualificar-se d'*inhumà* quan ha estat premeditat, s'ha aplicat durant un període prolongat i ha causat un perjudici corporal real o un patiment intens, físic o mental. En canvi, un tracte és degradant quan té una entitat suficient per a generar en la víctima sentiments de por, angoixa o inferioritat, capaços d'humiliar-la, degradar-la o, eventualment, trencar la seva resis-

39. STEDH (Secció Tercera) núm. 1653/13, *Portu Juanenea i Sarasola Yarzabal vs. Espanya*, 2018, par. 83.

40. STEDH núm. 2346/02, *Pretty vs. el Regne Unit*, *op. cit.*, par. 51.

41. STEDH (Gran Sala) núm. 54810/00, *Jalloh vs. Alemanya*, 2006, par. 68.

tència física o moral; especialment quan la situació condueix la persona a actuar contra els seus propis desitjos o la seva pròpia consciència.⁴²

Ara bé, la qualificació jurídica no depèn únicament d'aquestes definicions. El Tribunal valora sempre el conjunt de les circumstàncies del cas, entre les quals destaquen —a tall d'exemple— la intencionalitat, la durada del tractament, les conseqüències físiques o psíquiques, el sexe, l'edat i l'estat de salut de la víctima.⁴³ Aquesta enumeració no és tancada i en determinats supòsits el TEDH ha apreciat una violació de l'article 3 fins i tot en absència d'impacte físic directe, quan el patiment psicològic o la humiliació assoleixen una intensitat incompatible amb la dignitat humana.⁴⁴

En síntesi, en el marc del CEDH, la tortura fa referència a les formes de maltractament de màxima gravetat, infligides deliberadament amb la finalitat de provocar patiments severos i cruels amb un objectiu determinat. En canvi, els tractes inhumans o degradants designen conductes d'una gravetat inferior, però prou intensa per a causar patiment profund o humiliació i degradació, amb conseqüències rellevants —físiques o mentals— per a la víctima. En tot cas, correspon al TEDH efectuar la qualificació concreta dels fets, atenent no només a la gravetat, sinó també a l'anàlisi contextual de totes les circumstàncies pertinents.

Finalment, l'article 3 del CEDH prohibeix també les penes inhumanes o degradants, enteses com els càstigs que, vulnerant la dignitat de la persona a qui s'apliquen, excedeixen el patiment i la humiliació inherents a qualsevol pena.⁴⁵ Atès que aquest darrer vessant —i el conjunt d'obligacions que se'n deriven— no és objecte d'una anàlisi detallada en aquest treball, n'hi haurà prou amb esmentar dues qüestions que han requerit una atenció particular del TEDH per la seva gravetat i transcendència: la pena de mort⁴⁶ i la cadena perpètua.⁴⁷

42. STEDH (Gran Sala) núm. 54810/00, *Jalloh vs. Alemanya*, 2006.

43. STEDH (Chamber) núm. 22496/93, *Tekin vs. Turquia*, 1998, par. 52.

44. En el cas *Mubilanzila Myeka i Kaniki Maqitunga* (2006), Estrasburg va qualificar com a «tracte inhumà» la separació d'una menor —que tenia cinc anys— de la seva mare en un país estranger per les seves conseqüències psicològiques que va patir la menor en quedar desemparrada. STEDH (Secció Primera) núm. 13178/03, *Mubilanzila Myeka i Kaniki Mitunga vs. Bèlgica*, 2006, par. 109-114.

45. STEDH (Secció Primera) núm. 52750/99, *Lorsé i altres vs. els Països Baixos*, 2003.

46. En el marc del Consell d'Europa existeix el Protocol número 13, relatiu a l'abolició de la pena de mort en qualsevol circumstància. El Protocol, que ha estat ratificat per quaranta-quatre estats membres, entre els quals hi ha Espanya, estableix que la pena de mort ha de considerar-se com un «tracte inhumà o degradant» prohibit per l'article 3 del Conveni. Prohibició que, a més, ha estat confirmada pel Tribunal en la seva jurisprudència: vegeu STEDH (Secció Quarta) núm. 61498/08, *Al-Saadoon i Mufdhi vs. el Regne Unit*, 2010, par. 62.

47. La cadena perpètua també ha generat un important debat en relació amb si és contrària o no a l'article 3 del CEDH. El TEDH s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en nombroses ocasions, entre les quals destaca l'assumpte *Vinter i altres vs. el Regne Unit* (2003). El TEDH estableix que, perquè una cadena perpètua no sigui contrària al CEDH, ha de contenir alguna revisió en els primers vint-i-cinc anys de condemna, a partir de la qual puguin fer-se controls periòdics per a comprovar si hi ha o no canvis en la reinser-

4. LES OBLIGACIONS DERIVADES DE L'ARTICLE 3 DEL CONVENI EUROPEU DE DRETS HUMANS

La ratificació del CEDH comporta, per als estats part, l'assumpció d'un conjunt d'obligacions que adquireixen una intensitat particular en relació amb el que estableix l'article 3. En primer lloc, opera una obligació negativa —deure d'abstenció— en virtut de la qual l'estat no pot, sota cap circumstància, sotmetre cap persona a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants. En segon terme, l'article 3 desplega obligacions positives que exigeixen una actuació activa: prevenir vulneracions, protegir les persones davant de riscos previsibles i articular garanties efectives, especialment en contextos de privació de llibertat. A aquestes dimensions materials s'afegeix una exigència processal nuclear: la prohibició seria en gran part il·lusòria si no s'acompanyés del deure d'investigar de manera efectiva les al·legacions versemblants de maltractaments. Aquesta arquitectura ha estat progressivament densificada per la jurisprudència del TEDH, que, mitjançant una interpretació evolutiva de l'article 3, n'ha projectat estàndards operatius —diligència, garanties, responsabilitat i rendició de comptes— que van més enllà del tenor literal de la disposició.⁴⁸

En aquest marc, les obligacions derivades de l'article 3 es projecten sobre el conjunt dels poders de l'estat —executiu, legislatiu i judicial—, atès que el deure de «garantia» (art. 1 CEDH) no s'exhaureix en la prohibició formal de la tortura, sinó que imposa la configuració d'un entramat normatiu i institucional capaç de prevenir-ne la producció i d'assegurar una resposta efectiva quan se'n detectin indicis. D'aquí que, des d'una perspectiva analítica, resulti especialment rellevant observar com el TEDH ha transformat una prohibició absoluta en un conjunt de deures operatius: existència de normes penals adequades, protocols d'ús de la força, controls en custòdia, accés efectiu a assistència lletrada i mèdica, i, sobretot, mecanismes d'investigació independents.

La primera obligació que es deriva de l'article 3 del CEDH és el deure imperatiu de l'estat de no sotmetre cap persona sota la seva jurisdicció a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants. Es tracta, per tant, d'una obligació de naturalesa negativa, ja que imposa un deure d'abstenció: l'estat ha d'evitar qualsevol ingerència que comprometi la dignitat i la integritat física o psíquica de les persones. Aquesta

ció del penat amb l'expectativa real de veure reduïda la condemna. Conseqüentment, si la cadena perpètua es pot revisar, el Tribunal entén que no es tracta d'un tracte inhumà o degradant. Vegeu les STEDH (Gran Sala) núm. 66069/09, 130/2010 i 3896/10, *Vinter i altres vs. el Regne Unit*, 2013, par. 120.

48. Mirentxu JORDANA SANTIAGO i Georgina RODRÍGUEZ MUÑOZ, «La prohibició de la tortura i els tractes inhumans o degradants», a Alexandre MORENO URPI (coord.) i Mirentxu JORDANA SANTIAGO (dir.), *El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol: Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions (EADOP), 2023, p. 121-159.

obligació és concreta i específica, i pretén delimitar, amb la màxima claredat, l'abast de les actuacions estatals admissibles en un àmbit en què el CEDH no admet cap excepció ni ponderació.⁴⁹

Segons la jurisprudència del Tribunal, aquest deure d'abstenció afecta sobretot els agents de l'estat que poden fer ús de la força de manera legítima. Per això, si la força o el tracte aplicat supera el llindar de gravetat que prohibeix l'article 3, hi ha una vulneració atribuïble a l'estat i aquest pot respondre-hi internacionalment. En definitiva, aquesta obligació impedeix de manera absoluta qualsevol actuació que atempti contra la dignitat i la integritat de les persones sota jurisdicció estatal, especialment quan es troben en una situació de vulnerabilitat o dependència davant els poders públics.⁵⁰

Pel que fa a les obligacions positives, requereixen una actuació activa per part de l'estat a fi que s'elimini qualsevol violació o risc de violació d'algun dels drets i llibertats garantits pel Conveni. Aquestes obligacions es deriven principalment de l'article 1 del Conveni, que estableix que «[l]es altes parts contractants reconeixen a tota persona que depengui de llur jurisdicció els drets i llibertats definits en el títol I del present Conveni». A més, aquestes obligacions poden originar-se en la jurisprudència del Tribunal, cosa que obligarà l'Estat a prendre mesures destinades a assegurar que dins del seu àmbit d'acció els individus no estan sotmesos a tortura ni a tractes o penes inhumans o degradants,⁵¹ fins i tot de caràcter sancionador.⁵²

A l'efecte sistemàtic, la jurisprudència del Tribunal permet ordenar les obligacions positives de l'article 3 en una tipologia funcional, segons el tipus d'actuació exigida. Aquesta ordenació és especialment útil per a l'anàlisi del desenvolupament regional de la dignitat humana a Europa, ja que evidencia com un dret absolut es concreta en deures diferenciats però interdependents.⁵³

4.1. OBLIGACIONS GENERALS O DE MARC

En primer lloc, l'article 3 exigeix que l'estat disposi d'un marc normatiu i institucional adequat per a prevenir i sancionar els maltractaments dins de la seva jurisdicció. Aquest deure s'activa sobretot en presència de riscos generals o de problemes estructurals, i es concreta en l'adopció de normes, protocols i mecanismes de supervisió

49. STEDH núm. 2346/02, *Pretty vs. el Regne Unit*, *op. cit.*, 2004, par. 50.

50. *Ibidem*, par. 49-56.

51. *Ibidem*, par. 51.

52. STEDH, *Irlanda vs. el Regne Unit*, *op. cit.*, par. 14.

53. NATASA MAVRONICOLA, «The specification of positive obligations under article 3 ECHR», a NATASA MAVRONICOLA, *Torture, inhumanity and degradation under article 3 of the ECHR: Absolute rights and absolute wrongs*, Oxford i Nova York, Hart Publishing, 2021, p. 128-158 (DOI: 10.5040/9781509903009.ch-006; accés en línia, consultat el 4 de febrer de 2026).

capaços de reduir el risc de vulneracions i de garantir una resposta efectiva quan se'n detecten indicis. En absència d'aquest entramat, la prohibició de l'article 3 pot veure's desproveïda d'efectivitat pràctica.

Aquesta exigència es manifesta amb una intensitat particular en contextos en què l'estat presta serveis públics o exerceix funcions de garantia sobre persones en situació de vulnerabilitat. En supòsits d'abusos sexuals a menors en l'àmbit educatiu, el Tribunal ha subratllat que l'article 3 implica el deure d'establir mesures de protecció efectives, incloent-hi canals funcionals de detecció i denúncia que permetin activar la intervenció d'una autoritat sotmesa a control públic.⁵⁴ Igualment, la delegació de determinades funcions (com l'educació) no eximeix l'estat del deure de garantir que els mecanismes preventius i de reacció operin de manera real i accessible.⁵⁵

En aquesta mateixa línia, la jurisprudència ha atribuït un pes particular al dret penal com a instrument de protecció i reparació, sobretot en casos de violència domèstica o sexual, atès que l'efectivitat de la garantia depèn, sovint, de l'existència de tipus penals adequats i de la capacitat real d'investigar i sancionar conductes greus.⁵⁶ Tanmateix, la doctrina ha advertit que la resposta penal, tot i ser central, pot resultar insuficient si no es complementa amb mesures socials, preventives i administratives orientades a evitar la producció del dany.⁵⁷

Paral·lelament, el Tribunal ha reconegut la rellevància de vies civils efectives orientades a la reparació dels danys materials i morals.⁵⁸ Amb tot, en supòsits de maltractament intencional, ha reiterat que la vulneració dels articles 2 o 3 no pot quedar adequadament esmenada mitjançant una compensació merament pecuniària: per a evitar situacions d'impunitat és essencial que existeixi una via penal disponible i que s'activi de manera efectiva.⁵⁹ En conseqüència, el marc institucional exigible sota l'article 3 tendeix a integrar un conjunt articulat de normes penals i de mecanismes procedimentals orientats a prevenir, investigar i sancionar, en coherència amb la naturalesa absoluta de la prohibició.

54. STEDH (Gran Sala) núm. 35810/09, *O'Keeffe vs. Irlanda*, 2014, par. 145 i 152.

55. *Ibidem*, par. 162 i 168.

56. STEDH (Secció Tercera) núm. 41261/17, *Volodina vs. Rússia* 2019, par. 78-85; STEDH (Secció Quarta) núm. 6884/11, *Cestaro vs. Itàlia*, 2015, par. 209.

57. Natasa MAVRONICOLA, «Coercive overreach, dilution, diversion: potential dangers of aligning human rights protection with criminal law (enforcement)», a Laurens LAVRYSEN i Natasa MAVRONICOLA (ed.), *Coercive human rights: Positive duties to mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford, Hart Publishing, 2020, p. 183-202.

58. STEDH (Gran Sala) núm. 22978/05, *Gäfgen vs. Alemanya*, *op. cit.*, par. 115-118.

59. STEDH (Gran Sala) núm. 22978/05, *Gäfgen vs. Alemanya*, *op. cit.*, par. 116 i 119.

4.2. OBLIGACIONS OPERACIONALS

Quan el risc és concret, real i immediat i les autoritats el coneixen o l'haurien d'haver conegut, l'article 3 activa deures operacionals de protecció individual. L'estàndard incorpora el coneixement constructiu i pressuposa l'existència de mecanismes que permetin a l'estat «saber» —o poder saber— que existeix un risc, especialment mitjançant canals efectius de detecció i denúncia.⁶⁰ En aquest marc, el deure també inclou l'obligació d'anticipar riscos previsibles, tant de caràcter general com en relació amb circumstàncies particulars.⁶¹

El contingut d'aquesta obligació és contextual i exigeix una avaluació individualitzada, atenent, entre altres factors, la vulnerabilitat física i psicològica de la persona afectada i l'adopció de mesures immediates i apropiades.⁶² En l'àmbit penitenciari, la jurisprudència ha concretat estàndards materials relatius a l'atenció sanitària: *a)* diagnòstic i cures ràpids i precisos, *b)* supervisió mèdica regular i sistemàtica, i *c)* estratègia terapèutica integral, amb el deure d'oferir tota l'atenció raonablement disponible per a impedir el progrés de la malaltia.⁶³ En matèria de salut mental i risc d'autolesió, l'obligació no es limita a l'oferta de tractament, sinó que inclou mesures preventives destinades a reduir les oportunitats d'autolesió.⁶⁴ En termes generals, l'estat no pot justificar condicions materials o règims de detenció que incrementin el patiment fins a assolir el llindar de l'article 3.

4.3. OBLIGACIÓ D'INVESTIGACIÓ

Finalment, quan existeix una denúncia versemblant o una sospita raonable de maltractament, l'article 3 activa un deure procedimental d'investigar.⁶⁵ Aquest deure s'ha consolidat com un element estructural de la protecció efectiva, atès que, sense una investigació real i efectiva, la prohibició queda buidada de contingut i s'afavoreixen les situacions d'impunitat.⁶⁶

60. STEDH (Secció Segona) núm. 33218/96, *E. i altres vs. el Regne Unit*, 2002, par. 97; STEDH (Gran Sala) núm. 35810/09, *O'Keeffe vs. Irlanda*, *op. cit.*, par. 162.

61. Vladislava STOYANOVA, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: Within and beyond boundaries*, Oxford, Oxford University Press, 2023, p. 328.

62. STEDH (Secció Tercera) núm. 54227/14, *V. C. vs. Itàlia*, 2018, par. 110; Laurens LAVRYSEN, *Human rights in a positive state: Rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 137-146.

63. STEDH (Secció Tercera) núm. 10799/06, *Jashi vs. Geòrgia*, 2013, par. 61.

64. *Ibidem*, par. 62.

65. STEDH (Secció Segona) núm. 40020/03, *M. i altres vs. Itàlia i Bulgària*, 2012, par. 100.

66. Mirentxu JORDANA SANTIAGO i Georgina RODRÍGUEZ MUÑOZ, «La prohibició de la tortura i els tractes inhumans o degradants».

Els requisits exigits són estrictes: la investigació ha de ser independent i imparcial, ha de desenvolupar-se amb diligència i promptitud, i ha d'estar sotmesa a un grau suficient d'escrutini públic. L'efectivitat requereix una activitat probatòria genuïna, que inclogui l'obtenció de declaracions detallades, la identificació i l'interrogatori de testimonis, la pràctica de proves forenses i, si escau, l'elaboració d'informes mèdics. El procediment ha d'orientar-se a l'esclariment dels fets, la identificació dels responsables i l'adopció d'una resposta jurídica adequada; i, quan correspongui, ha d'assegurar un nivell suficient de participació de la víctima o dels familiars, a fi de salvaguardar els seus interessos legítims.⁶⁷

Aquest deure d'investigació s'ha vinculat expressament amb el dret a un recurs efectiu: davant una reclamació plausible de maltractament atribuïble a agents estatals, l'efectivitat del recurs exigeix, més enllà d'una eventual compensació, una investigació capaç d'identificar i, si escau, sancionar els responsables.⁶⁸

5. CONCLUSIONS

L'anàlisi feta permet afirmar que la prohibició de la tortura i dels tractes o penes inhumans o degradants forma part del nucli dur del dret internacional dels drets humans. Això es desprèn, d'una banda, del seu caràcter absolut i inderogable, que en fa inadmissible la vulneració sota cap circumstància; i, de l'altra, de la seva vinculació intrínseca amb la dignitat humana, que n'explica la centralitat com a garantia mínima de civilitat jurídica.

Aquest nucli es troba reforçat per un entramat normatiu ampli, tant en l'àmbit universal com en el regional, que no només consagra la prohibició, sinó que la desenvolupa mitjançant instruments especialitzats i mecanismes de supervisió. La creació d'òrgans jurisdiccionals i quasi jurisdiccionals o polítics de control (tribunals, comitès, mecanismes preventius) contribueix a assegurar el compliment efectiu de la prohibició i a dificultar la consolidació, per part dels estats, de pràctiques incompatibles amb els estàndards de drets humans.

En el sistema europeu, la dignitat humana adquireix una densitat jurídica particular a través de l'article 3 del CEDH. Malgrat la seva concisió, la jurisprudència del TEDH n'ha fet un estàndard normatiu operatiu i exigible, capaç de traduir la dignitat en criteris aplicables a casos concrets. En aquest procés han estat determinants dues notes estructurals: la incondicionalitat i l'absolutesa de l'article 3 del CEDH. El Tri-

67. STEDH (Secció Primera) núm. 25965/04, *Rantsev vs. Xipre i Rússia*, 2010, par. 288 (deure d'investigació sota els art. 2, 3 i 4 CEDH).

68. STEDH (Gran Sala) núm. 39630/09, *El-Masri vs. l'antiga República Iugoslava de Macedònia*, 2012, par. 255 (amb referència a l'art. 13 del CEDH).

bunal ha reiterat que la prohibició no admet excepcions ni ponderacions i, paral·lelament, ha perfilat els criteris per a qualificar les conductes (tortura, tracte inhumà o tracte degradant) mitjançant una valoració contextual que té en compte, entre altres coses, la intensitat del patiment, la durada, la finalitat, la intencionalitat, la vulnerabilitat de la víctima i les circumstàncies de privació de llibertat.

A més, l'evolució jurisprudencial ha permès que una prohibició inicialment substancial es projecti també en una dimensió processal. Precisament perquè sovint la víctima es troba en una posició de desavantatge probatori —sobretot quan els fets ocorren sota control estatal—, el TEDH ha consolidat el criteri que la manca d'una actuació diligent de l'estat pot constituir, per si mateixa, una vulneració de l'article 3 del CEDH. D'aquí es deriva un deure d'investigació independent, efectiva i prompta, orientada a esclarir els fets, identificar i sancionar els responsables i assegurar una reparació adequada.

Aquest desenvolupament explica que l'article 3 del CEDH operi avui com una norma generadora d'obligacions que van més enllà del deure d'abstenció. Les obligacions positives —de marc, operacionals i procedimentals— exigeixen als estats configurar un entorn normatiu i institucional capaç de prevenir riscos previsibles, establir salvaguardes especialment estrictes en contextos de custòdia (accés efectiu a assistència lletrada i mèdica, controls, registres i garanties materials) i assegurar mecanismes de rendició de comptes que evitin la impunitat. En aquest punt, es constata també una clara convergència entre el marc europeu i l'universal: els estàndards es retroalimenten i generen interaccions rellevants que contribueixen a consolidar un sòl comú de protecció.

Finalment, els principals reptes es concentren en la necessitat d'assegurar una aplicació coherent i efectiva de l'estàndard en contextos especialment sensibles —com les condicions de detenció, l'accés a l'atenció sanitària o la protecció davant violències exercides per actors no estatals—, així com a enfortir la implementació interna de la jurisprudència del TEDH. En definitiva, el sistema del CEDH transforma la dignitat proclamada en l'àmbit universal en un estàndard regional exigible mitjançant *a)* criteris de qualificació contextuals sota l'article 3 del CEDH i *b)* un conjunt d'obligacions estatals negatives, positives i procedimentals que permeten verificar-ne el compliment.

6. BIBLIOGRAFIA

6.1. DOCTRINA

- CANÇADO TRINDADE, Antônio A. «La humanización del derecho internacional y los límites de la razón de estado». *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* [Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais], núm. 40 (juliol-desembre 2001), p. 11-23.
- GROS ESPIELL, Héctor. «La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos». *Anuario de Derechos Humanos* [Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho], vol. 4, núm. 4 (2003), p. 193-224.
- DELGADO ROJAS, Jesús Ignacio. «Kant y la dignidad humana en la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Derechos y Libertades* [Madrid, Dykinson], núm. 43, època II (1 juny 2020), p. 241-271.
- DICKE, Klaus. «Foundation function of human dignity in the Universal Declaration of Human Rights». A: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (ed). *The concept of human dignity in human rights discourse*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2002, p. 111-120.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa. «La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales». *Revista de Bioética y Derecho* [Barcelona, Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret], núm. 9 (1 gener 2007), p. 1-8.
- GARCÍA-MAESTRO GARCÍA, María Josefa. «La dignidad humana y los derechos sociales». *AIS: Ars Iuris Salmanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología* [Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca], vol. 8, núm. 1 (2020), p. 99-114.
- JORDANA SANTIAGO, Mirentxu; RODRÍGUEZ MUÑOZ, Georgina. «La prohibició de la tortura i els tractes inhumans o degradants». A: MORENO URPI, Alexandre (coord.); JORDANA SANTIAGO, Mirentxu (dir.). *El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol: Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions (EADOP), 2023, p. 121-159.
- MAVRONICOLA, Natasa. «Coercive overreach, dilution, diversion: potential dangers of aligning human rights protection with criminal law (enforcement)». A: LAVRYSEN, Laurens; MAVRONICOLA, Natasa (ed.). *Coercive human rights: Positive duties to mobilise the Criminal Law under the ECHR*. Oxford: Hart Publishing, 2020, p. 183-202.
- «The specification of positive obligations under article 3 ECHR». A: MAVRONICOLA, Natasa. *Torture, inhumanity and degradation under article 3 of the ECHR: Absolute rights and absolute wrongs*. Oxford i Nova

- York: Hart Publishing, 2021, p. 128-158. [DOI: 10.5040/9781509903009.ch-006; accés en línia, consultat el 4 de febrer de 2026].
- LAVRYSEN, Laurens. *Human rights in a positive state: Rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Intersentia, 2016, p. 137-146.
- STOYANOVA, Vladislava. *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: Within and beyond boundaries*. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 328.

6.2. INSTRUMENTS I DOCUMENTS INTERNACIONALS O REGIONALS

- COMISSIÓ DE DRETS HUMANS DE LES NACIONS UNIDES. *Report of the thirty-eighth session*. E/1982/12/Add.1 i E/CN.4/1982/30/Add.1, 15 de març de 1982.
- *Situation of detainees at Guantánamo Bay (Joint report)*, doc. E/CN.4/2006/120, 15 de febrer de 2006.
- COMITÈ CONTRA LA TORTURA (CAT). *General comment no. 2 (2007) on the implementation of article 2 by states parties*. Doc. CAT/C/GC/2, 24 de gener de 2008.
- CONSELL D'EUROPA. Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (Conveni Europeu de Drets Humans, CEDH). ETS/CETS núm. 005, Roma, 4 de novembre de 1950 (entrada en vigor: 3 de setembre de 1953).
- Conveni Europeu per a la Prevenció de la Tortura i de les Penes o Tractes Inhumans o Degradants. Estrasburg, 26 de novembre de 1987 (European Treaty Series; 126) (entrada en vigor: 1 de febrer de 1989).
- NACIONS UNIDES. Carta de les Nacions Unides, signada a San Francisco el 26 de juny de 1945 (entrada en vigor: 24 d'octubre de 1945).
- Declaració Universal dels Drets Humans. Res. AG 217 A (III), doc. A/RES/217(III), 10 de desembre de 1948.
- Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP). Res. AG 2200A (XXI), doc. A/RES/2200A (XXI), 16 de desembre de 1966 (entrada en vigor: 23 de març de 1976).
- Convenció contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants (CAT). Res. AG 39/46, doc. A/RES/39/46, 10 de desembre de 1984 (entrada en vigor: 26 de juny de 1987).
- Protocol Facultatiu a la Convenció contra la Tortura i altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants (OPCAT). Res. AG 57/199, doc. A/RES/57/199, 18 de desembre de 2002 (entrada en vigor: 22 de juny de 2006).

6.3. JURISPRUDÈNCIA

Tribunal Internacional de Justícia (TIJ), Sentència del 20 de juliol de 2012, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* (Belgium *vs.* Senegal).

Sentència del TPIY (Sala de Primera Instància) del 10 de desembre de 1998, assumpte núm. IT-95-17/1-T, *The Prosecutor vs. Anto Furundžija*.

Sentència del TEDH (STEDH) (Secció Tercera) núm. 5310/71, *Irlanda vs. el Regne Unit*, 1978.

STEDH (Secció Primera) núm. 22496/93, *Tekin vs. Turquia*, 1998.

STEDH (Gran Sala) núm. 25803/94, *Selmouni vs. França*, 1999.

STEDH (Gran Sala) núm. 35763/97, *Al-Adsani vs. el Regne Unit*, 2001.

STEDH (Secció Quarta) núm. 2346/02, *Pretty vs. el Regne Unit*, 2002.

STEDH (Secció Segona) núm. 33218/96, *E. i altres vs. el Regne Unit*, 2002.

STEDH (Secció Primera) núm. 52750/99, *Lorsé i altres vs. els Països Baixos*, 2003.

STEDH (Secció Tercera) núm. 58438/00, *Martínez Sala i altres vs. Espanya*, 2004.

STEDH (Gran Sala) núm. 54810/00, *Jalloh vs. Alemanya*, 2006.

STEDH (Secció Primera) núm. 13178/03, *Mubilanzila Myeka i Kaniki Mitunga vs. Bèlgica*, 2006.

STEDH (Secció Quarta) núm. 61498/08, *Al-Saadoon i Mufdhi vs. el Regne Unit*, 2010.

STEDH (Secció Primera) núm. 25965/04, *Rantsev vs. Xipre i Rússia*, 2010.

STEDH (Gran Sala) núm. 22978/05, *Gäfgen vs. Alemanya*, 2010.

STEDH (Gran Sala) núm. 39630/09, *El-Masri vs. l'antiga República Iugoslava de Macedònia*, 2012.

STEDH (Secció Segona) núm. 40020/03, *M. i altres vs. Itàlia i Bulgària*, 2012.

STEDH (Gran Sala) núm. 66069/09, 130/10 i 3896/10, *Vinter i altres vs. el Regne Unit*, 2013.

STEDH (Secció Tercera) núm. 10799/06, *Jashi vs. Geòrgia*, 2013.

STEDH (Gran Sala) núm. 35810/09, *O'Keeffe vs. Irlanda*, 2014.

STEDH (Secció Quarta) núm. 6884/11, *Cestaro vs. Itàlia*, 2015.

STEDH (Secció Primera) núm. 54227/14, *V. C. vs. Itàlia*, 2018.

STEDH (Secció Tercera) núm. 1653/13, *Portu Juanenea i Sarasola Yarzabal vs. Espanya*.

STEDH (Secció Tercera) núm. 41261/17, *Volodina vs. Rússia*, 2019.

Sentència del TJUE (Sala Cinquena) del 16 de febrer de 2017, *C. K. i altres vs. la República d'Eslovènia*, assumpte C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127.

6.4. ALTRES

Oficina de l'Alt Comissionat pels Drets Humans. Comitè contra la Tortura. Disponible a: www.ohchr.org/.

DRETS HUMANS: CONSTITUCIÓ UNIVERSAL

Isidre Lluçà

Col·lectiu Maspons Anglasesell

Permeteu-me que enceti la meva comunicació fent referència a l'home que dona nom a aquestes Jornades d'Estudis de Dret Públic Català, Víctor Ferro i Pomà, el personatge que els que van tenir el privilegi de conèixer-lo o els que simplement ens hem hagut de conformar a llegir-lo, ens va canviar, per sempre més, la percepció del que és el dret públic català o, per a ser encara més precisos, del que va ser el model jurídic català.

En l'apartat 7.2, «La persona», del capítol 7, «El dret, la persona i l'autoritat», del seu inclt llibre *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Ferro ens diu:

Fa de mal encetar el tema de la persona i els seus drets en la societat pre-revolucionària, car no hi trobem, com després del triomf del liberalisme, un concepte d'*individu* assumit apriorísticament, on les notes definidores, expresses o implícites en la normativa jurídica, s'articulen entorn del que hi ha de més general i abstracte en una naturalesa humana que hom considera suficientment coneguda, ans hi apareix caracteritzada indirectament, i per implicació, en un conglomerat de drets i obligacions acumulat durant segles del qual cal induir la idea general. No és que existís el principi teòric de la igualtat davant la llei: el mateix dret romà acabà reconeixent, sota la influència de la filosofia, que l'esclau, tot i la seva dissortada posició, no podia ésser tractat ben bé com una cosa (abolició del dret de mort i vida de l'amo sobre l'esclau, protecció contra sevícies greus, etc.) i l'ètica cristiana, sense condemnar l'esclavitud ni les diferències de condició jurídica, es basa en la responsabilitat moral i la dignitat de l'home redimible, sense accepció de persones (Ferro, 1999, p. 318-319).

És evident que a través de Ferro sempre trobem en el model jurídic català mecanismes que, naturalment i tothora salvant el context temporal, connecten amb el present i ens permeten de parlar, sense complexos, i enaltits, de drets i llibertats també en aquell marc jurídic.

L'evolució dels drets i les llibertats en el decurs de la història, essencialment en el món occidental —també en el nostre model jurídic català, partint de l'usatge *Alium namque* i culminant en la constitució *Poc valdria*—, fins a la Declaració Universal

dels Drets Humans el 10 de desembre de 1948 per l'Assemblea General de les Nacions Unides a París, ha estat un llarg camí, ple d'entrebancs.¹ Malgrat els avenços i que bona part del model constitucional universal es fonamenta, sobre el paper, en els drets i llibertats fonamentals, pel que fa a la Declaració Universal dels Drets Humans, a la pràctica i massa sovint la seva aplicabilitat és quimèrica i pura ficció.

El catàleg de drets i llibertats és cada vegada més extens, sí. Avui mateix i sense anar més lluny, s'ha parlat de la llibertat d'expressió, del dret a l'ensenyament, del dret a avortar, drets i llibertats que, sens dubte, sorgeixen d'una base sòlida: els Pactes Internacionals de Drets Humans. La Declaració Universal dels Drets Humans és un document declaratiu adoptat per l'Assemblea General de les Nacions Unides, reunida al Palau de Chaillot, a París, en la seva Resolució 217 A (III), el 10 de desembre de 1948; en aquesta declaració de trenta articles es recullen els drets humans considerats bàsics a partir de la Carta de San Francisco, del 1945.

Posteriorment i transcorreguts quasi vint anys, l'any 1966, després d'un llarg procés de redacció en el qual s'hagueren de superar les desavinences i els recels propis de l'època, en plena Guerra Freda, el 16 de desembre de 1966, s'adoptaren els dos tractats internacionals sobre drets humans en el si de l'Assemblea General de les Nacions Unides mitjançant la Resolució 2200 A (XXI), el Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics i el Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals, coneguts també com els Pactes de Nova York o Pactes Internacionals de Drets Humans.

El conjunt d'aquesta declaració, els Pactes Internacionals de Drets Humans i els seus respectius protocols, conformen el que es coneix com la Carta Internacional de Drets Humans. Per tant, malgrat que la Declaració constitueix un document de base, els Pactes, com a tractats internacionals, una vegada signats, ratificats i incorporats en el dret intern, *obliguen* tots els estats signants a complir-los.

I dic obliguen perquè els respectius articles 5 del Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals i del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics²

1. La Declaració de Drets de Virgínia (*Bill of Rights*) el 12 de juny de 1776, la Declaració d'Independència dels Estats Units el 4 de juliol de 1776, la Revolució Francesa el 14 de juliol de 1789, amb la posterior Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) aprovats el 26 d'agost de 1789 per l'Assemblea Nacional Francesa.

2. Els articles 5 del Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals i del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics, ambdós del 16 de desembre de 1966, pels quals es desenvolupa la Declaració Universal dels Drets de l'Home, estableixen el següent:

Article 5

1. *Cap disposició del present Pacte podrà ésser interpretat en el sentit de reconèixer cap dret a un estat, grup o individu per escometre activitats o realitzar actes encaminats a la destrucció de qualsevol dels drets o llibertats reconeguts en el Pacte, o la seva limitació en una mesura més gran que la que s'hi preveu.*

—així com tot l'articulat que obliga imperativament els estats signants dels pactes a garantir i respectar tots i cada un dels preceptes que contenen— inhabiliten per a poder adoptar qualsevol tipus de disposició que signifiqui restricció, menyscabament, limitació o actes encaminats a la destrucció de qualsevol dels drets o llibertats reconeguts en el Pacte. Això és així en el dret internacional, però som ben conscients que també la seva aplicació és, en la majoria de supòsits, il·lusòria ara per ara, com ja hem anat posant de manifest.

Pràcticament totes les cartes magnes fan referència i/o invocació, directament o indirecta, als drets humans quan es tracta de regular els drets fonamentals que cada subjecte polític estableix i regula. Ara bé, mentre que els legisladors s'afanyen a testimoniar, i invocar, en un document públic de vital transcendència per a les seves societats, el necessari respecte i l'escrupolosa observança dels drets humans en aquell país, estat o nació, la tossuda realitat dels interessos d'estat passa, gairebé sempre, per damunt de l'ortodòxia derivada dels drets fonamentals, de manera que la trista realitat és que són violats sistemàticament quan convé.

Tanmateix, cal ser resilients en matèria de drets humans —llegiu: drets i llibertats fonamentals— i, tot fent-nos nostres les paraules del pensador alemany Boris Groys, i també d'Anatole France, haurem d'emparar-nos amb la utopia com a principi de progrés i disseny d'un futur millor:³ «La utopia no és una cosa que hàgim de produir, que hàgim d'aconseguir. Més aviat, la utopia ja és aquí i ha de ser defensada».⁴ Exactament això: els drets humans ja són aquí i han de ser defensats.

Postular els drets humans com a «Constitució Universal» és formular un principi de practicitat elemental, atès que, en si mateixa, la Declaració Universal dels Drets de l'Home ja és un document jurídic que conté tots els elements essencials que ha d'incorporar una constitució i, per tant, les particularitats de cada subjecte polític

2. *No es podran admetre restriccions o menyscabament de cap dels drets humans fonamentals reconeguts o vigents en un país en virtut de lleis, convencions, reglaments o costums, sota pretext que el present Pacte no els reconeix o els reconeix en menor grau.*

3. «L'utopie est le début de tout progrès et la conception d'un avenir meilleur.» François-Anatole Thibault (París, 16 d'abril de 1844 – Saint-Cyr-sur-Loire, 12 d'octubre de 1924), conegut com Anatole France, va ser un escriptor, poeta, periodista i novel·lista francès. Irònic i escèptic, en el seu temps va ser considerat l'home de lletres ideal francès. Va ser membre de l'Acadèmia Francesa i el 1921 li va ser concedit el Premi Nobel de Literatura.

4. Boris Groys, nascut a Berlín el 1947, és un pensador, escriptor, filòsof, assagista alemany, crític d'art, teòric dels mitjans de comunicació i un expert de renom internacional en l'art i la literatura de l'era soviètica, especialment l'avantguarda russa. Va viure a Rússia fins al principi dels anys 1980. Va ser nomenat professor convidat a Filadèlfia (1988) i Los Angeles (1991). A partir del 1992 va ensenyar filosofia a la Universitat de Münster i posteriorment, el 1994, va passar a ensenyar teoria dels mitjans de comunicació i filosofia en la Staatliche Hochschule für Gestaltung de Karlsruhe.

s'han de desplegar a partir d'aquella. Per exemple, l'article 25 del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics estableix:

Tots els ciutadans gaudeixen dels drets i oportunitats de participar en la direcció dels assumptes públics directament o per mitjà de representants elegits lliurement; de votar i escollir en eleccions periòdiques i autèntiques realitzades per sufragi universal i igual i per votació secreta que garanteixi la lliure expressió de la voluntat dels electors; i de tenir accés, en condicions generals d'igualtat, a les funcions públiques del seu país.

Aquest article ens està parlant del model democràtic i les formes de govern que cada país, estat, nació i/o col·lectivitat política ha d'establir de la forma que consideri més convenient per a la seva realitat política mentre quedi perfectament encaixada dins de l'article esmentat.

El problema no és l'aplicació o no dels drets humans, sinó que la qüestió ja és, d'antuvi, la inaplicació de les pròpies constitucions estatals: ho hem vist i n'hem estat víctimes a Catalunya amb el *lawfare* sistemàtic aplicat per l'Estat, ho veiem i patim al Regne d'Espanya, ho veiem ara als Estats Units, ho sabem i constatem de França, Itàlia, Alemanya, Polònia, Hongria, Suècia, en fi, de tot l'univers, ja siguin països del Primer Món, en major o menor mesura, ja siguin del Tercer Món, de forma aclaparadora. En definitiva, ho veiem i constatem arreu del món amb la barbàrie, les atrocitats i la violació sistèmica dels drets humans, a tots els àmbits i pràcticament a tots els estats del planeta. Només l'existència d'un gendarme universal podria capgirar la situació; gendarme que no existeix i estem lluny de tenir.

Preguntem-nos, però, si en la vulneració sistemàtica de drets i llibertats fonamentals és possible de trobar-hi indicis de delictes de lesa humanitat. Que la llei internacional sigui de difícil aplicació per manca de voluntat, i també d'incapacitat, de les parts, no vol dir que el delicte greu —el crim, per tant— no existeixi. I que aquest crim no comporti delictes de sang no vol dir que els seus efectes sobre el conjunt de les seves societats en general, i dels grups objectivament identificables de persones (GOIP)⁵

5. El *grup objectivament identificable de persones* és un concepte sorgit de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del 31 de gener de 2023; resum: «Procediment prejudicial — Espai de llibertat, seguretat i justícia — Cooperació judicial en matèria penal — Ordre de detenció europea — Decisió Marc 2002/584/JAI — Procediments de lliurament entre Estats membres — Condicions d'execució — Competència de l'autoritat judicial emissora — Article 47, paràgraf segon, de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea — Dret d'accés a un jutge establert prèviament per la llei — Possibilitat d'emetre una nova ordre de detenció europea contra la mateixa persona» (la traducció és nostra). Vegeu l'assumpte C-158/21, que té per objecte una petició de decisió prejudicial plantejada, conformement a l'article 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE), pel Tribunal Suprem, mitjançant la Interlocutòria del 9 de març de 2021, rebuda en el Tribunal de Justícia l'11 de març de 2021 en el procés penal contra Lluís

en particular, no siguin igualment molt greus. Els crims, indefugiblement, tenen conseqüències, i aquestes, lamentablement, sempre són molt greus per a les víctimes.

És certament complicat exigir el respecte dels drets i llibertats tant com a poble com com a individus, quan en el món regnen i s'estenen impunement i indiscriminada la devastació, la crueltat, les atrocitats dels conflictes armats, els genocidis sagnants, les guerres terrorífiques, la violència extrema, terrible, cruel, i tot el ventall d'inhumanes monstruositats i manca de límits morals —també quan els interessos d'estat, de qualsevol estat, passen per damunt dels interessos dels ciutadans i/o dels pobles.

No obstant això, la repressió, la violació dels drets i les llibertats individuals i col·lectives, la violència institucional, provoquen efectes molt greus en les persones de forma individual i en les societats de manera col·lectiva, i en cap cas no poden quedar impunes. Segons Jaile,⁶ la violència física contra la integritat dels represaliats, que pot prendre formes i violacions de tipus restrictiu més sofisticades i aparentment menys transcendents, minen la capacitat d'acció col·lectiva. La restricció de llibertats civils —de moviment, associació, expressió i reunió—, la il·legalització i censura de partits, mitjans de comunicació i xarxes socials, les detencions exemplificants, la prohibició de reunions i manifestacions, el boicot burocràtic a campanyes i anuncis, etc., contribueixen al deteriorament de la salut individual i col·lectiva. La repressió política afecta individus a fi de desactivar el seu projecte personal, polític, social, nacional i econòmic de futur, però igualment ho fa contra les seves organitzacions culturals i populars, i contra els seus moviments socials i polítics. La repressió s'ha aplicat sobre classes socials, comunitats i pobles sencers, i és un clar element de deteriorament social i col·lectiu de la salut en sentit molt ampli, amb efectes devastadors sobre el conjunt de la societat que n'és víctima.

Les atrocitats i els horrors dels conflictes bèl·lics, i les seves conseqüències, no són del tot equiparables amb les de la repressió política, tot i que els efectes i les seqüeles dels uns i dels altres tenen molts nexes en comú, com també els tenen l'assassinat, l'homicidi, amb les violacions i la violència de gènere: les víctimes i/o els seus familiars mai més no es recuperen dels crims respectius.

Però mentre que, mitjançant el dret penal, generalment aquests tipus de crims acaben essent punits com correspon, en matèria de drets humans la realitat és força diferent, atès que la immensa majoria de supòsits resten absolutament impunes i els seus autors, i les seves accions doloses, tant per acció com per omissió resten indemnes.

Puig Gordi, Carles Puigdemont Casamajó, Antoni Comín Oliveres, Clara Ponsatí Obiols, Meritxell Serret Aleu, Marta Rovira Vergés i Anna Gabriel Sabaté.

6. NIL JAILE I CASADEMONT, *Les conseqüències psicològiques de la repressió política*, Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, 2024, <https://openaccess.uoc.edu/server/api/core/bitstreams/cc70fb4a-f369-4ce5-9d1a-abc53d9fa648/content>.

Siguem optimistes, però. Sigui com vulgui, és evident que l'evolució és un fet constatable en tots els ordres i és incontestable que l'evolució ha comportat canvis substancials en el comportament humà i les seves societats. A cada canvi hi ha transformacions. És així com hem arribat fins avui dia, i si bé a la pràctica no vivim en un món ideal, sobre el paper el marc jurídic ens diu quelcom semblant a tot el contrari, és a dir, en el marc teòric sí que una bona part de les societats humanes vivim en uns estats socials i de dret que hom pot considerar com raonablement idíl·lics i on els drets humans són ben presents, malgrat tot.

Sens dubte, estem davant un canvi de cicle i de règim, és evident. El món que coneixem i vam conèixer ha tocat fons, de manera que, sense saber exactament què passarà ni què en sortirà de tot plegat, no ens equivocarem gaire si diem que, una vegada superades les crisis actuals, sigui quan sigui que això passi, res no tornarà a ser igual, i de la mateixa manera que les revolucions americanes i francesa van portar sota el braç la Declaració Universal dels Drets Humans, la resolució d'aquesta crisi actual ha de portar implícita, per a bé o per a mal, un nou paradigma en el qual els drets humans hauran d'adquirir un paper molt més rellevant, un protagonisme determinant en què, més enllà dels grans discursos, les bones intencions i els miratges d'un món millor, es passi del marc teòric al pràctic, de manera que el seu compliment i respecte esdevingui incontestable i, *a contrario sensu*, el seu incompliment tingui, inapel·lablement, les conseqüències que correspongui, però que indefugiblement en tingui.

Acabaré, doncs, reprenent les paraules d'Anatole France: emparem-nos amb la utopia com a principi de progrés i disseny d'un futur millor. Aquest principi de progrés emparat amb la utopia és el conjunt dels drets humans, uns drets humans que, recordem-ho, ja són aquí. El disseny d'un futur millor passa, segons el nostre criteri, pel fet que els drets humans siguin veritablement la Constitució Universal, radicalment observada i rigorosament i plena respectada.

BIBLIOGRAFIA

- FERRO I POMÀ, Víctor. *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Vic: Eumo 1999 [1a ed.: 1987].
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Los derechos humanos*. 4a edició. Madrid: Tecnos, 2000 [1a ed.: 1968].

WEBGRAFIA

- JAILE I CASADEMONT, Nil. *Les conseqüències psicològiques de la repressió política*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2024. <https://openaccess.uoc.edu/server/api/core/bitstreams/cc70fb4a-f369-4ce5-9d1a-abc53d9fa648/content>.

L'ASSEMBLEA DE PAU I TREVA FINS AL REGNAT DE PERE I DE CATALUNYA. DE LA CREACIÓ D'UN PAÍS I LA PROTECCIÓ DELS SEUS NATURALS, A LA IMPOSICIÓ DEL RÈGIM FEUDAL

Josep Serrano Daura

Universitat Internacional de Catalunya

A Gener Gonzalvo i Víctor Ferro *in memoriam*

Aquesta jornada dedicada al professor Víctor Ferro Pomà se celebra sota el lema general «Drets i llibertats», i les ponències presentades se centren en diversos aspectes de l'ampli marc de drets i llibertats en què vivim en ple segle XXI.

No obstant això i tractant-se també de la figura de l'il·lustre historiador del dret català, el Dr. Ferro, presento aquesta comunicació dedicada a una antiga i primigènia institució juridicopública catalana que sorgeix en els orígens del nostre país i que neix a causa de la violència i dels abusos que els senyors cometien contra els seus naturals des de l'aparició del règim feudal al segle XI; i ho fa de la mà de les institucions eclesiàstiques, com a resposta a la forta pressió popular i amb la voluntat d'assegurar i garantir la vida, els béns i els drets dels súbdits enfront dels conflictes militars que els priven de llibertat i dels seus béns.

Aquesta institució és l'assemblea de pau i treva, al raser de la qual s'articula la creació del nostre país, s'estableixen les bases de la seva organització i es promou el seu progrés humà, econòmic i social, com veurem tot seguit. Malgrat els mil anys transcorreguts des d'aleshores, apreciem el valor que es donava a la vida i a la integritat dels individus i a la seva plena protecció per al seu desenvolupament.

1. INTRODUCCIÓ

Com en la major part de l'Occident cristià durant el segle X, a la Catalunya comtal regna una certa pau que permet als camperols viure en llibertat i treballar les seves terres de manera franca i sense cap tipus de càrrega ni obstacle (els «aloers», senyors d'una possessió alodial). També hi havia una relativa activitat comercial.

Però, per òbvia influència franca, a les primeres dècades del segle XI, ja trencats els llaços amb la monarquia carolíngia, s'introdueixen a Catalunya el feudalisme i el règim senyorial, en un moment de debilitat del poder comtal i d'expansió de la violència senyorial i l'extorsió per tot el país.

Amb les lluites internes pel poder entre la noblesa, l'autoritat pública desapareix i la població està cada cop més desprotegida. Els senyors amb prou capacitat econòmica i militar lluiten entre si per a ocupar la terra dels altres i formar dominis propis (per la força i amb violència). En aquest moment, els habitants del país requereixen la protecció dels nous senyors, es converteixen en els seus vassalls i passen a regir-se per una sèrie d'actes arbitraris coneguts com els «mals usos» (feudals i d'abús).¹

Aleshores la resposta a la violència senyorial i que, a més, s'estén en general, es manifesta amb un moviment també nascut a França i conegut com la «pau i treva de Déu»; un moviment que condemna i castiga espiritualment els qui violenten i ataquen persones i béns, tant eclesiàstiques com seculars. En el seu origen i el seu desenvolupament trobem la influència especial de l'orde benedictí a través dels seus monestirs dependents de la gran abadia de Cluny, a la Borgonya, al qual molts bisbes se sumen.

Aquest moviment sorgeix a l'Església, el sector social més pacífic i menys contradictori del país: la pau de Déu és el dret de protecció i d'asil; i la treva de Déu limita la guerra i els conflictes privats. Aquest moviment s'expressa en els concilis eclesiàstics provincials, que es converteixen en unes assemblees anomenades, com deïem, de «pau i treva». La primera assemblea coneguda a França és la celebrada a Charroux l'any 989² i aquestes reunions se celebren pertot arreu per a reduir o limitar al mínim el nou i violent sistema feudal.³

2. LES ASSEMBLEES DE PAU I TREVA

Inicialment aquestes assemblees es reunien, doncs, per a proclamar la *pax Dei* o pau de Déu, per a protegir davant dels abusos dels senyors, les persones i els sectors

1. Gener GONZALVO BOU, «Les assemblees de pau i treva», *Revista de Dret Històric Català* (Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics), núm. 10 (2010), p. 95. Josep M. SALRACH, *El procés de feudalització (segles III-XII)*, 5a ed., Barcelona, Edicions 62, p. 231-232. Josep SERRANO DAURA, «Estudio introductorio», a Josep SERRANO DAURA (dir.), *Leyes históricas de cataluña*, vol. I, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2023, p. 167. Vegeu també Jordi BOLÒS, *Catalunya medieval: Una aproximació al territori i a la societat a l'edat mitjana*, Barcelona, Pòrtic, 2000, p. 12-13.

2. Sobre Charroux, vegeu Thomas GERGEN, *Pratique juridique de la Paix et Trêve de Dieu à partir du concile de Charroux (989-1250)*, Frankfurt, Peter Lang, 2004.

3. Aquest moviment s'estén també a Alemanya, Itàlia i Anglaterra (Thomas GERGEN, *Pratique juridique*, p. 15-20).

socials més indefensos (clergues, camperols, vídues, orfes, etc.),⁴ llocs i béns sagrats, així com els serveis més importants de la comunitat veïnal (molins, forns, etc.). Persones i béns sense defensa davant les forces militars d'altres, de manera que els qui n'abusen, roben o causen qualsevol dany sense importar-los la forma ni la manera, són anatemitzats. El seu origen jurídic el trobem en les disposicions capitulars carolíngies i en la institució alemanya de la pau del rei i de l'asil de l'Església.

I amb la *treva Domine* s'exigia el respecte als temps, els dies o els períodes litúrgics especialment importants, de manera que durant aquests intervals els senyors no podien guerrear entre ells, sota amenaça de sancions espirituals. La treva pretenia limitar la pràctica de la guerra, acabar amb les hostilitats en els períodes litúrgics més importants (Nadal, Quaresma, Pasqua) i en els principals dies festius (Santa Maria, els Sants Apòstols, Tots Sants). Amb la treva es va combatre els senyors de la guerra, els *milites*, i d'alguna manera es va enfortir l'autoritat del papa (o de l'Església) i es va promoure la reestructuració i la consolidació dels poders públics.⁵

En qualsevol cas, qui violés o no complís aquestes disposicions, era castigat amb penes espirituals i temporals, regulades minuciosament. Les primeres consistien en l'excomunió, l'exclusió de la comunitat religiosa, la prohibició de ser enterrat al cementiri de la parròquia, etc.; les altres eren sancions pecuniàries o de tipus penal.

3. L'ABAT I BISBE OLIBA (VERS 971 - 30 D'OCTUBRE DE 1046), EL PROMOTOR DE LA PAU I LA TREVA A CATALUNYA

Fill del comte Oliba Cabreta i germà de Bernat Tallaferro, comte de Besalú, Oliba hereta el títol de comte de Berga i Ripoll (988), però entre el 1003 i el 1004 ingressa com a monjo al monestir de Santa Maria de Ripoll, de l'orde de sant Benet. El 1008 n'és elegit abat i poc després ho és també del monestir de Sant Miquel de Cuixà, a l'altra banda dels Pirineus. L'any 1018 és proclamat bisbe de Vic.

L'abat Oliba és el prelat més influent i important de la naixent Catalunya del segle XI. Amb grans coneixements culturals i importants relacions internacionals polítiques (Sanç el Gran, de Navarra) i eclesiàstiques (especialment amb la Santa Seu), promou noves construccions (com la catedral romànica de Vic), defensa la reforma de l'Església i l'austeritat dels monestirs, funda el monestir de Montserrat, adquireix un gran carisma entre els monjos i els fidels, i intervé en molts judicis, sovint entre com-

4. Thomas GERGEN, *Pratique juridique*, p. 15 i seg. Sobre la pau a Espanya, vegeu Eugen WOHL-HAUPTTEER, *Studien ur Rechtsgeschichte der Gottes-und Landfrieden in Spanien*, Heildelberg, C. Winter, 1933.

5. Gener GONZALVO BOU (ed.), «Estudi introductori», a Gener GONZALVO BOU (ed.), *Les constitucions de pau i treva de Catalunya (segles XI-XIII)*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1994, p. xx-xxi (Textos Jurídics Catalans; 9).

tes catalans. Els seus dos grans monestirs esdevenen els principals centres culturals i espirituals del país. I aconsegueix l'erecció (efímera) del bisbat de Besalú, amb el seu nebot Guifré com a primer titular.⁶

Però, per damunt de tot, Oliba és un pacificador, el propulsor d'un nou ordre polític i d'una nova concepció del bé públic, en contra de la doctrina imposada pels cavallers guerrers i els camperols que dominaven la societat del moment.

És, en definitiva, una personalitat molt influent i respectada pels seus contemporanis: exerceix una gran autoritat moral i és considerat l'impulsor de la unificació territorial dels comtats catalans entorn del comte de Barcelona (reconegut per tots com a sobirà independent dels reis francs). En aquest projecte, Oliba compta sobretot amb el suport de la comtessa Ermessenda, vídua de Ramon Borrell de Barcelona i regent durant la minoria d'edat del seu fill Ramon Berenguer I.

En aquest context apareix l'Oliba que promou una nova cultura de la pau, concebuda com un bé propi de la comunitat que el sobirà ha de recuperar i assegurar necessàriament davant dels senyors feudals. Per això adquireixen importància les assemblees de pau i treva, que s'introdueixen com un mitjà i una nova forma per a fer front als guerrers contemporanis.⁷

Efectivament, l'abat parteix del principi de la pau de Déu que els bisbes francesos introdueixen a Poitiers, Narbona, Llemotges, Lo Puèi (Puy-en-Velay) i altres llocs, per a defensar els drets temporals de les esglésies de les seves diòcesis davant dels atacs i els abusos dels senyors. I ell mateix aprofita el pelegrinatge del seu amic el bisbe Berenguer d'Elna a Roma per a presidir un sínode episcopal a Toluges, al comtat del Rosselló, el 16 de maig del 1027.

Ell coneix bé aquest moviment a través dels concilis anteriors reunits a la diòcesi de Narbona, de la qual llavors depenien els bisbes catalans. Oliba segueix el seu model a Toluges i amb aquesta institució construeix un mur davant de la violència dels guerrers feudals, mentre proclama i promou una cultura de la pau, entre d'altres, per als ciutadans o habitants de les urbs, amb una activitat econòmica que millorava lluny de la frontera amb els sarraïns.

La importància d'Oliba resideix en el seu paper decidit en la construcció d'un país i les seves estructures de poder: la pau que defensava l'Església és finalment ac-

6. Sobre Oliba i la seva acció espiritual i política, vegeu José Enrique RUIZ-DOMÈNEC, «Descobrir Oliba», *Revista de Dret Històric Català* (Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics), núm. 10 (2010), p. 105-121; José Enrique RUIZ-DOMÈNEC, *Quan els vescomtes de Barcelona eren: Història, crònica i documents d'una família catalana dels segles X, XI i XII*, Barcelona, Fundació Noguera, 2006 (Textos i Documents; 39); Anselm M. ALBAREDA, *L'abat Oliba, fundador de Montserrat (971?-1046)*, Monistrol de Montserrat, Abadia de Montserrat, 1931; Ramon d'ABADAL i de VINIYALS, *L'abat Oliba, bisbe de Vic, i la seva època*, Barcelona, Rafael Salvà, 1948; Stefano M. CINGOLANI, «L'abat Oliba, el poder i la paraula», *Acta Historica et Archeologica Mediaevalia* (Barcelona, Universitat de Barcelona), núm. 31 (2013), p. 115-162.

7. Gener GONZALVO BOU, «Les assemblees de pau i treva», p. 96-97.

ceptada pels comtes, prínceps ja independents de la monarquia franca, i per aquells que reivindicaven la validesa del dret propi ordenat pels reis carolingis i integrat bàsicament pel *Liber iudiciorum*. Un sistema jurídic, malgrat tot, amb moltes llacunes que, en tot cas, haurà de cobrir a través de les assemblees de pau i treva (l'altra funció d'aquest organisme, a més de la que li és pròpia) i de l'acció judicial a què els bisbes i el mateix Oliba també es dediquen presidint els tribunals i jutjant.

Immediatament i de manera clara, Oliba rep el suport de la casa comtal de Barcelona, amb la comtessa vídua Ermessenda, regent després de la mort del seu marit, al capdavant. El seu objectiu és restablir l'ordre entre els senyors i enfortir l'autoritat pública que representa el comte barceloní.

Però, a més, també cal protegir i defensar la propietat privada davant dels mateixos abusos senyorials, especialment la de l'Església, sovint amenaçada, amb l'aparició de sagreres (el sagrat), espais de trenta passos al voltant de les esglésies parroquials sota la protecció de la pau i treva i en els quals es construïran molts dels nous centres de població.

4. LES ASSEMBLEES DE PAU I TREVA A CATALUNYA

La primera assemblea de pau i treva a Catalunya, al llindar de l'any 1000, esdevé, doncs, fonamental en aquest moment, amb els canvis socials i econòmics que viu el país. És molt important en tot el procés de transformació d'un territori inicialment dividit en diversos comtats a la frontera amb el regne franc, en un nou regne unitari i independent.

De fet, Barcelona domina tot el territori immediat i conclou la conquesta als sarraïns fins a Lleida i Tortosa, definint els límits del país que al segle XII es coneix com a Catalunya.⁸

És una institució eclesiàstica que, finalment, en col·laboració amb el comte i altres magnats del regne, protegeix i dona seguretat a l'Església i als homes del regne i els seus béns, i regula i estableix uns períodes específics de l'any en els quals esdevé obligatori interrompre les guerres privades, amb imposició de penes canòniques i civils si no es respecten. Però és una institució que, malgrat el seu origen, finalment

8. VÍCTOR FERRO POMÀ, *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, 2015, p. 18-22. JOSEP M. FONT RIUS, «Los inicios de la paz y tregua en Cataluña», a *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, vol. I, Barcelona, J. M. Bosch, 1983, p. 2-250. PIERRE BONNASSIE, *La Catalogne du milieu du X^e à la fin du XI^e siècle: Croissance et mutation dans la société*, vol. II, Tolosa, Association des Publications de l'Université de Toulouse, 1976, p. 656-662. JOSEP M. FONT RIUS, «Estudi introductori», a *Constitucions de Catalunya: Incunabula de 1495*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1988, p. LXXIX-LXXXVI (Textos Jurídics Catalans; 4).

intervé, i eficaçment, en altres àrees del govern del regne, servint al monarca per tal d'enfortir la seva sobirania.

En qualsevol cas, la nostra institució s'introdueix a Catalunya el 1022 amb un concili celebrat a Toluges, al bisbat d'Elna (al Rosselló), del qual, malgrat tot, no s'ha localitzat l'acta.⁹ El 1027 se celebra un segon concili al mateix lloc, en principi per a confirmar, entre altres coses, els acords presos en l'anterior.¹⁰ I després vindran les reunions celebrades a Vic, al bisbat d'Osona, el 1030 i el 1033. Tots aquests concilis són promoguts i presidits per l'abat Oliba.

I cal dir que el terme *assemblea* és el nom genèric que s'atribueix a la institució. Però a Catalunya, de vegades, simplement es parla de «sínode» (Vic, 1030; Girona, 1068) o «concili» (Lleida, 1173). Només en la darrera fase del seu procés històric, la primera meitat del segle XIII, quan s'ha convertit en una institució mixta secular i religiosa, amplia el seu contingut i acaba adoptant el nom de «Cúria General» (1235) en convertir-se en un nou òrgan col·legislador amb el rei des del 1283.

4.1. TOLUGES, 1027

El concili celebrat a Toluges va ser presidit per Oliba en absència del titular de la diòcesi d'Elna, Berenguer de Gurb, aleshores en peregrinació a Roma. I fou tan gran l'assistència de públic, que la catedral on es preveia celebrar va quedar petita i l'assemblea finalment va tenir lloc en un gran parc a prop de la vila. Aquesta és una reunió eclesiàstica oberta al públic però sense la intervenció de cap autoritat pública. Les seves actes inclouen una llista dels clergues assistents.¹¹

Sobre les seves disposicions, en primer lloc per la treva de Déu es declara que cap habitant del comtat ni de la diòcesi no pot ser assaltat des de l'hora nona dels dissabtes fins a l'hora prima dels dilluns, sobretot perquè els fidels puguin complir amb els preceptes dels diumenges. També es protegeix els monjos i clergues desarmats i tothom que va o ve de l'església parroquial.¹²

De manera similar es protegeix la *sagrera* (el sagrat) i tot el que comprèn: un espai circular de trenta passos al voltant de l'església considerat sagrat i inviolable (s'hi inclouen els cementiris). El més destacable d'aquest procés és que els pagesos i els propietaris de ramats construeixen les seves cases i els seus habitatges dins d'aquests espais per a estar protegits (esdevenen els nuclis fundacionals de noves viles al voltant

9. Gener GONZALVO BOU, «Estudi introductori», p. XXII-XXIII. Josep SERRANO DAURA, «Estudio introductorio», p. 168.

10. Gener GONZALVO BOU, «Les assemblees de pau i treva», p. 98.

11. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 1, p. 3-5.

12. Disposició que trobem al concili de Charroux, el 989 (Thomas GERGEN, *Pratique juridique*, p. 57-58).

de les esglésies i els monestirs). En darrer terme es protegeix també la propietat privada, incloent-hi els béns de l'Església.¹³

D'altra banda, en la mateixa assemblea es condemnen l'incest i el divorci, sota penes espirituals com l'excomunió major (que incloïa l'expulsió del culte i de la comunitat de fidels, i amb això el mort no podia rebre cristiana sepultura).

4.2. CONCILIS DE VIC

4.2.1. *El concili del 1030*¹⁴

Oliba, bisbe de Vic, reuneix un nou concili i estén a la seva diòcesi tots els acords adoptats a Toluges el 1027. D'altra banda, la treva s'amplia des dels dijous a la tarda fins als dilluns a la matinada. Com a novetat important, l'assemblea ofereix la pau de Déu als comerciants i als mercats, amb l'objectiu clar de promocionar l'activitat econòmica a la zona. I, en aquesta línia, també es castiga els falsificadors de moneda.

4.2.2. *El concili del 1033*¹⁵

El mateix Oliba convoca un segon concili a Vic l'any 1033. I, per primera vegada, s'hi convida i hi participen, juntament amb altres bisbes, comtes, vescomtes, barons i cristians laics.

En aquest concili s'acorda i s'estén la pau de Déu als bestiaris que es llisten (cavalls, bous, vaques, cabres, etc.), i als homes i dones que treballen al camp, amb la seva roba i les seves cases. Es prohibeix el robatori dels estris del camp, com l'aixada, i es condemna amb duresa aquells que incendiïn els camps sembrats i els oliverars. En un altre àmbit, es castiga amb l'exili els criminals acusats d'homicidi.

Per primera vegada, amb els càstigs espirituals se n'introdueixen de pecuniaris (el doble del valor del dany causat), el valor dels quals es reparteix entre el bisbe i el comte.

13. Aquesta disposició relativa a la sagrera al voltant de l'església en una extensió de trenta passos reproduceix la mateixa que recollen els concilis de Toledo, com el del 681, relatiu al dret d'asil (autoritzat pel rei Ervigí). Sobre la sagrera en general, vegeu Thomas GERGEN, *Pratique juridique*, p. 136 i seg., i també Pierre BONNASSIE, «Les sagraments catalanes: la concentration de l'habitat dans le cercle de paix des églises (XI^e s.)», a *L'environnement des églises et la topographie religieuse des campagnes médiévales: Actes du III^e Congrès International d'Archéologie Médiévale*, París, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1994, p. 68-80.

14. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 2, p. 6-7.

15. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 3, p. 8-11.

D'altra banda, la treva rep un impuls determinant ja que per primera vegada s'esmenten de manera detallada les dates litúrgiques en les quals es prohibeix la guerra: des del començament de l'advent fins a la vuitena de l'epifania, des del primer dia de la quaresma fins a la vuitena de pasqua, per l'Ascensió de Crist, Tots Sants i un llarg etcètera (el total equival pràcticament a un terç de l'any).

És important destacar que també es produeix la unificació jurídica d'ambdues institucions, la pau i la treva, com ja va passar a Narbona (s'aprecia, sens dubte, la influència d'Oliba, que havia participat en les assemblees narboneses dels anys 1043 i 1054, juntament amb altres prelats catalans que en depenien en aquell moment).

4.2.3. *Concilis posteriors del segle XI*

Des de mitjan segle XI, observem l'expansió de la institució per tots els dominis dels comtes de Barcelona, amb una intervenció cada vegada més gran de les autoritats seculars en els acords de pau juntament amb la jerarquia eclesiàstica.

4.2.3.1. L'assemblea de Barcelona, el 1064¹⁶

La primera assemblea després de la de Vic del 1033 és el concili de Barcelona del 1064, convocat i presidit pels comtes de Barcelona, Ramon Berenguer I el Vell i la seva esposa Almodis, i que comptà amb l'assistència dels bisbes de Barcelona, Osona i Girona, abats i altres clergues, i magnats.

És el regnat de Ramon Berenguer I, el moment que hom considera de reversió de la recuperació de l'autoritat comtal, l'inici d'un procés que ja es considera irreversible malgrat la introducció del feudalisme.

Aquesta és la primera vegada que l'autoritat secular convoca i presideix l'assemblea, i aquesta es converteix en un instrument polític i legislatiu del poder laic, que persegueix recobrar i reforçar la seva autoritat al cim de la piràmide feudal, en un moment molt important en el qual es recupera la política pública reial i en què s'estableix un nou ordre jurídic públic amb l'aparició també de la compilació coneguda com els Usatges de Barcelona.

Assistim, en definitiva, a l'evolució de la pau de Déu cap a la pau del rei, i així ara s'introdueix el concepte de *pau pública* o *territorial*.

Aquesta assemblea adopta molts acords, si la comparem amb altres concilis: vint-i-vinc. Sobre la pau: es reitera la protecció de les sagreres i de les esglésies (amb l'excepció de les dels castells), i qui no ho respecti serà jutjat pel bisbe de Barcelona i

16. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 4, p. 12-19.

els canonges de la seva seu, i ho pagarà amb una pena en diners; es protegeix els clergues, monjos i religiosos i «ceteras mulieres» que vagin sense armes; i es prohibeix robar bestiar i cremar el camp, sota una pena del doble del valor del dany causat. I sobre la treva: es confirmen les disposicions de Vic del 1033 pel que fa a la pena econòmica del doble del valor del dany; en cas d'homicidi comès durant la treva, el culpable s'ha de posar d'acord amb els hereus de la víctima per a la seva indemnització i després serà exiliat de per vida o bé tancat en un monestir; els que tornin de la croada contra els sarraïns a Barbastre seran protegits durant trenta dies fins a la seva arribada; i se n'exclouen els homes que capturen cristians per a vendre'ls als gentils.

En comú, sobre la pau i la treva es disposa: en seran privats els que, formant part de les «cavalcades» (milícies), abusen i cometen qualsevol delictes, i hauran de compensar el dany causat també amb el doble del seu valor; els fills dels magnats de la terra, majors o menors, que cometin un delictes contra els homes del castell del seu pare, ho hauran d'esmenar sota pena d'excomunió i expulsió del castell patern; i en la tramitació d'un procés judicial per a resoldre queixes i denúncies es podrà aplicar el judici d'aigua freda (que s'ha de practicar dins la catedral).

D'aquestes regles sobresurten dues constitucions: la de la composició en els casos d'homicidi, i el judici d'«ordalia» amb aigua freda.¹⁷

4.2.3.2. Concili de Girona, el 1068, i altres

Al concili del 1064 el segueixen uns altres. En tenim un en una data indeterminada a Girona entre el 1064 i el 1066,¹⁸ en el qual es reiteren les constitucions recollides en altres assemblees anteriors, però els comtes de Barcelona no hi assisteixen (si bé es declara que hi participen altres comtes i vescomtes, i magnats de la terra sense identificar).

17. El segon capítol dels Usatges de Barcelona, «Homicidium», assenyala que tots els homicidis han de ser jutjats segons les lleis i els costums i han de ser «esmenats o venjats»; i l'usatge 81, «Judicia Curiae», fixa el valor de les multes o penes pecuniàries segons la condició social de la víctima. Pel que fa a l'ordalia de l'aigua freda, l'usatge 113, «Vere Judex», declara que tota denúncia podrà ser judicada per jurament, per batalla o per «aygua calda o freda». Seguim l'edició de Ferran VALLS TABERNER [i Ramon d'ABADAL], *Los Usatges de Barcelona: Estudios, comentarios y edición bilingüe del texto*, amb introducció de Jesús Fernández-Viladrich i Manuel Peláez, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1984. Josep SERRANO DAURA (dir.), *Leyes históricas de Cataluña*, vol. II, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2023, doc. núm. 32, p. 495-557. També es pot consultar: Antoni M. UDINA ABELLÓ, «Els Usatges de Barcelona», a *Documents jurídics de la història de Catalunya*, Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1991, p. 75-84; Aquilino IGLESIAS FERREIRÓS, *La creación del derecho: Una historia del derecho español*. Lecciones, fasc. II, Barcelona, Gráficas Signo, 1989, p. 350-357; Josep M. FONT RIUS, «Estudi introductori», p. XXIX i seg.

18. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 5, p. 20-28.

A Toluges es convoca un nou concili el 1065,¹⁹ presidit per l'arquebisbe de Narbona amb els bisbes d'Elna i Girona, i en el qual intervenen els comtes de Rosselló, Empúries, Besalú i Cerdanya, el vescomte de Castellnou, magnats d'Elna i una gran representació laica. És un concili amb menys acords que l'anterior, però de contingut similar i amb molts assistents del Rosselló.

L'any 1068 se celebra una altra assemblea a Girona, també presidida per l'arquebisbe de Narbona amb altres bisbes i abats.²⁰ Hi assisteixen un llegat papal, el cardenal Hug Càndid, i els comtes de Barcelona, Ramon Berenguer i Almodis, pels quals «*quorum cura et instantia hec sinodus congregata est*».

Aquesta assemblea confirma les constitucions anteriors, entre les quals destaquem les essencialment canòniques: la que prohibeix l'heretgia anomenada *simonia* i la que ordena als jueus contribuir amb els delmes dels fruits i de les rendes al manteniment de l'església de la seva ciutat o del lloc on tinguin les seves propietats.

4.2.4. *Els concilis del regnat de Ramon Berenguer III*

La implantació de la pau i treva sembla quedar suspesa durant el regnat conjunt dels germans Ramon Berenguer II i Berenguer Ramon II, segurament a causa dels seus llargs i continus enfrontaments. No es fa cap assemblea fins al regnat de Ramon Berenguer III,²¹ a principis del segle XII.

El primer és el concili del 1108,²² després de l'assalt i la destrucció patits a les terres del Penedès de la mà dels invasors musulmans. En aquesta ocasió es concedeixen franqueses (amb l'única excepció de les primícies i els delmes) a tots els que ajudin a restaurar el castell d'Olèrdola, destruït pels sarraïns, i així mateix es concedeix la pau i treva a tots els habitants i defensors del castell i dels termes adjacents. L'assemblea fou convocada pel comte i hi assistiren el bisbe de Barcelona i els veguers (vicaris) i castellans (guardians del castell) que s'esmenten.

Un altre concili, el del 1118,²³ se celebra amb el comte, el bisbe d'Elna i magnats de les comarques de la Cerdanya i el Conflent. Aquesta vegada l'assemblea es limita a concedir la pau per a la protecció dels animals aptes per al treball —se'n prohibeix la mort i el robatori— i també dels homes i dones que treballen la terra. S'insisteix que la pau ha de ser respectada pel comte i els magnats del seu comtat, sota les correspo-

19. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 6, p. 29-35.

20. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 7, p. 36-39.

21. Ramon Berenguer III de Barcelona es casa (en terceres núpcies) amb Dolça de Provença el 1112 i l'any següent rep els dominis de la seva esposa de la Provença marítima i els seus territoris dependents (Josep M. SALRACH, *El procés de feudalització*, p. 350 i seg.).

22. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 8, p. 40-42.

23. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 9, p. 43-44.

nents sancions monetàries si no ho fan. Però, a més, juntament amb les disposicions habituals d'aquestes assemblees, en aquesta ocasió també s'acorda autoritzar la circulació de la moneda comtal a la Cerdanya, prohibint-ne l'alteració, i introduir, a més, el tribut del bovatge.²⁴

Després tenim el concili del 1131,²⁵ abans de la mort del comte. Se celebra al Palau Comtal de Barcelona, amb el comte i el seu fill i successor, i amb la presència dels bisbes de Tarragona, Vic i Girona, i d'abats i senyors de la terra. En aquesta reunió s'acorda: protegir les sagreres de les esglésies (llevat de les dels castells), sota pena d'esmena o alternativa d'excomunió; protegir els clergues i religiosos desarmats;²⁶ protegir els comerciants i els molins (aigües i bestiar), acció que es reitera; prohibir la crema d'habitatges i d'altres béns (excepte si això és degut a la justícia); i, finalment, incloure diverses disposicions relatives a les possessions eclesiàstiques i als delmes.

Observem que ara l'assemblea ha esdevingut un instrument polític i jurídic molt útil per al poder del comte; una assemblea que adopta normes penals i tributàries, que promou la repoblació del territori, etc. I, sobretot, que ja té un contingut eminentment secular.

4.2.5. *Els concilis del regnat de Ramon Berenguer IV*

Ramon Berenguer IV de Barcelona celebra la primera assemblea el 1134,²⁷ amb l'arquebisbe de Tarragona, altres bisbes i el clergat, el comte d'Empúries i diversos magnats.

En aquesta ocasió s'acorda proporcionar protecció a tots els cavallers dels ordes militars que, havent tornat de Jerusalem, volen instal·lar-se als seus dominis (amb els seus béns, castells, terres, etc.). I no dubtem que aquesta concessió està relacionada amb l'ajut que aquests cavallers prestaran a la Corona contra els sarraïns de la Catalunya Nova, Lleida i Tortosa, fins al riu Ebre (específicament els ordes del Temple i de l'Hospital de Sant Joan de Jerusalem).²⁸ En aquest document figuren les signatures dels nombrosos magnats que hi intervenen i, després, del comte d'Empúries i dels eclesiàstics presents.

Una altra reunió se celebra l'any 1155 a Lleida. Aquesta vegada es tracta d'un concili exclusivament eclesiàstic, sense la intervenció de cap autoritat ni de persones

24. El bovatge és un tribut que s'exigeix a l'inici d'un regnat perquè els exèrcits gaudeixin de la pau i al qual la noblesa s'oposa sobretot durant els regnats d'Alfons I i Pere I.

25. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 10, p. 45-48.

26. Vegeu la nota 9.

27. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 11, p. 49-52.

28. Josep SERRANO DAURA, *Senyoriu i municipi a la Catalunya Nova (s. XII-XIX)*, vol. I, Barcelona, Fundació Noguera, 2000, p. 42-44 (Estudis; 25-26).

laïques. Entre altres disposicions, es castiga tots els sacerdots i religiosos que tinguin relacions sexuals amb una dona; es prohibeix la promoció al sacerdoci dels fills de preveres, com d'altres individus fills il·legítims o incestuosos; es decreta la pèrdua de beneficis eclesiàstics per als condemnats de simonia, per fets criminals, etc.; es disposa com s'han de vestir els clergues per a anar en pelegrinatge (seriosament), i així successivament fins a vint-i-set disposicions sobre diversos aspectes canònics.

4.2.6. *El regnat d'Alfons I. La pau del rei*

Però és durant el regnat d'Alfons I quan culmina el procés de secularització de la institució i es consuma la conversió de l'antiga pau de Déu en la pau del rei. Pau del rei que esdevé un poder per al monarca, com reflecteix especialment el concili de Fondarella del 1173.²⁹ De fet, aquest any se celebren tres assemblees: el 6 de febrer a Lleida,³⁰ després a Perpinyà³¹ i finalment a Fondarella (d'aquestes dues últimes, no en sabem el dia i el mes exactes).

La de Lleida és presidida pel llegat papal, el cardenal Jacint Bobone, amb l'arquebisbe de Tarragona i altres bisbes. Els seus canons reiteren les constitucions de pau i treva ja conegudes, a més d'altres: es prohibeix la convivència i les relacions de clergues i religiosos amb qualsevol dona; s'acorda privar de sepultura eclesiàstica els morts en accions violentes; es preveu la possibilitat de perdonar els pecats a un excomunicat per haver violat la pau o la treva de Déu en cas de mort imminent; s'assenyala que el piròman haurà de servir els exèrcits a Jerusalem o a Espanya durant un any, etcètera.

L'assemblea de Perpinyà és presidida per Alfons I, en presència dels bisbes de Tarragona (llegat del papa), Barcelona i Elna i els barons del Rosselló, esmentats amb altres magnats i barons de la seva cort. En qualsevol cas, el rei aprova, amb l'assenyament i la voluntat dels presents, un total de quinze constitucions (més les que es repeteixen habitualment). En particular, s'acorda la pau del rei als camins públics, amb total seguretat i protecció, sota la pena corresponent al delicte de lesa majestat;³² i, per

29. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 15, p. 74-82.

30. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 13, p. 61-67.

31. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 14, p. 68-73.

32. El delicte de lesa majestat es el de traïció contra el rei o el senyor, també dit *bausia*. Els Usatges de Barcelona el preveuen en els capítols 40, «Qui se sciente», relatiu al vassall que mata el seu senyor o un fill seu, que comet adulteri amb la seva esposa, etc., i 42, «Potestatem», que prohibeix als vassalls contradir el seu senyor sota la pena corresponent a la «bausia». Per la seva part, l'usatge 62, «Camini et strate», acorda la pau i la treva a favor dels camins reials, per terra i per mar, i que l'infractor serà castigat amb una multa adequada.

fi, el monarca jura complir les constitucions i exigeix als assistents que les respectin i les compleixin.

Pel que fa a l'assemblea de Fondarella, l'última del 1173,³³ el rei Alfons la presideix acompanyat de l'arquebisbe de Tarragona (com a llegat papal), amb els magnats i els barons del país que figuren en la seva acta. S'hi aproven les constitucions que, com es declara, tots els assistents acorden i convenen, reconeixent el poder del príncep: «Divinarum que humanarum rerum tuicio ad magis quam ad neminem principem pertinet». Sobre les constitucions que es dicten, cal destacar especialment les següents: es descriuen els límits del país des de Salses fins a Lleida i Tortosa, «cum finibus suis»; s'estipula que serà el rei o el seu batlle qui jutjarà els qui violen la pau i treva que gaudeixen els béns i els membres de l'Església; el rei concedeix també la seva pau als habitants de les viles, amb els seus béns i bestiar; el monarca posa sota la seva protecció els camins públics, i qui no la respecti serà reu de lesa majestat; i es confirmen les constitucions ja aprovades i les que s'aprovin en el futur si ho són amb el consell dels bisbes i veguers reials.

En definitiva, els capítols d'aquesta assemblea proclamen que la pau és una facultat reial perquè correspon al príncep el judici de les coses divines i humanes. I és la primera vegada que se'n proclama l'eficàcia general per a tot el territori (que encara no es defineix com Catalunya); i s'aprova un ampli cos jurídic amb normes legals que podem definir com a civils, penals, públiques, etc. També es fa referència als batlles i veguers reials, és a dir, a l'organització territorial del regne encara incipient; oficials que, d'altra banda, han de controlar l'observança de les constitucions que s'aproven.

Després del concili de Fondarella, Alfons I en celebra un altre a Girona el 13 d'agost del 1188³⁴ (i n'aprova les constitucions a Vilafranca del Penedès). En aquesta assemblea pràcticament es reproduïxen els acords de Fondarella, però s'hi inclouen disposicions pròpies del poder reial. En particular, s'estableix que els delictes de traïció o bausia han de ser jutjats d'acord amb els costums escrits (els Usatges de Barcelona) i han de ser considerats crims de lesa majestat, com hem vist; es reconeixen les milícies populars, origen del sometent català; es prohibeix derogar els usatges escrits (de Barcelona), i s'estableix que els veguers reials sempre han de ser catalans.

Encara tenim l'assemblea del novembre del 1192,³⁵ celebrada a Barbastre amb l'objecte de restablir algunes constitucions aprovades en un concili fet a Barcelona en una data indeterminada, tot referint-se també a la introducció del text dels Usatges de Barcelona. Es tracta de vuit constitucions, entre les quals destaquen les següents: es preveu castigar els incendis segons el que disposen «de romanis legibus et decretis

33. Vegeu la nota 28.

34. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 17, p. 92-100.

35. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 18, p. 101-107.

eternaliter constituitur»,³⁶ s'acorda estendre la pau a les fires (a més dels mercats i els camins públics) i s'estableix que la concessió del guiatge (salconduit al regne) correspon a la cort del monarca i als seus veguers.

Però és especialment significatiu que en aquesta assemblea es fa referència als homes de les viles, tot reconeixent els nuclis urbans amb una important activitat econòmica, artesanal i comercial.

I, tot això, amb un rei que cada cop legisla més, amb el suport de l'Església i dels homes de les viles, però amb l'oposició de la noblesa, la qual veu en aquesta actuació reial continuada un atemptat contra els seus privilegis. Alfons I inicia una sèrie d'acions per a enfortir l'autoritat comtal, reformar el sistema judicial (públic) i ordenar i administrar el territori amb els veguers comtals. A tot això s'afegeix la política reial de recuperació del seu poder sobre els castells i d'imposició de noves convencions per a recobrar la sobirania reial.

Això provoca una ruptura entre el comte i els seus fidels, d'una banda, i una part important de la noblesa, de l'altra. Amb el rei, malgrat tot, se situen les autoritats eclesiàstiques, mentre que la noblesa s'oposa als acords de pau i treva tot reivindicant els seus drets en virtut dels Usatges de Barcelona.³⁷

5. L'ASSEMBLEA DE PAU I TREVA AL REGNAT DE PERE I

Amb Pere I, el conflicte amb la noblesa es complica especialment, explota de manera molt virulenta. Hom parla d'una veritable crisi de la pau del rei, ja que la noblesa es distancia dels seus compromisos amb el monarca. D'aquesta manera, la pau del monarca es redueix pràcticament a les àrees de jurisdicció reial.

Pere I reuneix quatre concilis, els anys 1198, 1200, 1202 i 1207, en els quals, per exemple, s'estén la pau a grups socials emergents, com la burgesia i els artesans, en una època de gran desenvolupament urbà, econòmic i demogràfic, i s'atorga la seguretat a unes minories, com l'hebrea; tot això, enmig del conflicte amb la noblesa. En efecte, si bé els veguers assumeixen el control de la pau del rei, aquesta funció es veu molt limitada pels senyors feudals, per la pressió que exerceixen sobre la Corona i pels drets jurisdiccionals que posseeixen de manera exclusiva.

36. Aquesta remissió als drets romà i canònic (el Decret de Gracià) es pot considerar com un signe evident de la recepció del dret comú a Catalunya des d'aquesta època. Vegeu Josep SERRANO DAURA, *Lliçons d'història del dret*, vol. I, Barcelona, Universitat Internacional de Catalunya, 2008, p. 87 i seg.

37. Josep M. SALRACH, *El procés de feudalització*, p. 384 i seg.

5.1. EL CONCILI DEL 1198

Pel que fa a l'assemblea del 1198,³⁸ que se celebra l'1 d'abril a Barcelona, la seva acta s'inicia precisament amb aquesta frase: «Hec est pax quam constituit dominus Petrus, Dei gracia rex Aragonum, com Barchinone pro comuni utilitate consilio suorum procerum». I, a més, es fa referència a «totam Cathaloniam, videlicet a Salsis usque ad Ilerdam». Hem d'afegir que en aquesta ocasió no hi figura cap eclesiàstic i que signen l'acta diversos barons.

En qualsevol cas, és la pau introduïda i constituïda pels seus avantpassats, tal com es manifesta. En primer lloc es confirmen les sagreres de trenta passos al voltant de les esglésies; també es concedeix la pau i seguretat als clergues i religiosos, presos els cavallers del Temple, de l'Hospital i del Sant Sepulcre, amb els seus béns i els seus homes i vassalls. Però també a «cives vero burgenses», nous grups socials que s'esmenten per primera vegada, i als homes de viles, així com als jueus (amb tots els seus béns), els orfes, els menors i les vídues, i també als camins públics, als mercats i a les fires.

D'altra banda, s'assegura que tots aquells que vagin a la cort reial per a demanar justícia, la tindran.

5.2. L'ASSEMBLEA DEL 1200

El 9 de juny del 1200 se celebra, també a Barcelona, la segona assemblea de pau i treva d'aquest regnat.³⁹ Pere I utilitza la fórmula usada pel seu pare: «Divinarum et humanarum rerum tuitio ad neminem magis quam ad principem pertinet». I afegeix que, en qualsevol cas, correspon al príncep promoure i establir la pau entre els seus súbdits, assenyalant per primera vegada que les constitucions que s'hi aprovin ho seran per a la «comuni utilitati».

En aquesta ocasió hi participa l'arquebisbe de Tarragona, amb altres barons i magnats de la terra. Cal dir que l'acta del concili segueix l'esquema i el contingut dels concilis de regnats anteriors, en particular dels d'Alfons I.

No obstant això, es fan algunes concessions als barons i els magnats, com, per exemple, reconèixer la seva competència per a resoldre els conflictes entre els seus vassalls, o que qui traeixi el seu senyor quedarà exclòs de la pau del rei. A canvi, en compensació, s'atorguen certes exempcions als clergues i als homes de les viles reials, i la pau reial als artesans.

38. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 19, p. 108-113.

39. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 20, p. 114-125.

5.3. L'ASSEMBLEA DEL 1202

Un altre concili se celebra el setembre del 1202 a Cervera.⁴⁰ Hi assisteixen els arquebisbes de Tarragona i Narbona, amb altres clergues, magnats i barons. L'assemblea aprova cinc constitucions, de les quals destaquem la segona, que estableix que si els senyors «maltracten» els seus vassalls camperols (n'abusen), el monarca no pot intervenir ni tan sols en el cas que aquests gaudeixin de la seva pau i seguretat. L'única excepció és que siguin feudataris del mateix rei.

Veiem aquí que la pau del rei queda reduïda definitivament als homes del monarca; i, de manera semblant, es prohibeix que un vassall passi a dependre del rei sense el permís del seu senyor. Observem ara una involució en tot el procés anterior de recuperació i consolidació del poder reial, i amb una noblesa reforçada en els seus drets feudals al marge de la Corona. És un nou moment de debilitat reial.

5.4. EL DARRER CONCILI DEL 1207

L'últim concili del regnat de Pere I se celebra a Puigcerdà en una data indeterminada del 1207.⁴¹ També és el més breu, amb només quatre constitucions. El primer capítol estableix que qualsevol cavaller i magnat que sigui requerit pel rei o el seu vassall per a restablir la pau i treva o per a pagar el bovatge, si no ho fa perdrà el feu que posseeix en nom del monarca i no podrà ser acollit, mai, per cap altre baró.

6. L'ASSEMBLEA O CORT DEL 1214⁴²

A la debilitat reial davant la noblesa, cal afegir-hi els problemes financers de la Corona i, especialment, el conflicte dels albigesos, als quals Pere I ha d'atendre i defensar. Precisament per ells mor en combat a Muret el setembre del 1213 en la croada ordenada per la Santa Seu. El cas és que ens trobem davant d'una greu crisi institucional que el seu fill, Jaume I, hereta amb el regne.

Amb la crisi inacabada després de la mort prematura del rei, el seu fill menor queda sota la tutela de Simó de Montfort i un consell de regència. Aleshores el papat li envia el seu llegat, Pedro de Benavent, que el 1214 convoca i presideix a Lleida una assemblea solemne en la qual per primera vegada en la història es convoquen també representants de viles i ciutats reials.

40. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 21, p. 126-128.

41. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 22, p. 129-131.

42. Gener GONZALVO BOU, *Les assemblees de pau i treva*, doc. núm. 23, p. 132-141.

En particular, la intervenció d'aquest nou grup o estament que es coneix com el «braç reial» serà permanent en les assemblees següents, de manera que ja des del 1235 es parla de «Cúria General», una nova institució que comença a substituir les antigues assemblees de pau i treva.⁴³

Tornant a l'assemblea del 1214, hi participen bisbes i prelats d'Aragó i Catalunya, magnats, barons i altres «prudencium virorum», amb l'objecte d'establir la pau al conjunt de Catalunya (que delimita el riu Cinca) i a favor dels seus magnats, nobles, barons, cavallers, ciutadans, burgesos, habitants de castells i viles, etcètera. I s'hi aproven uns articles de pau i treva importants, amb altres projectes legislatius amplis i diversos.

Les principals novetats que inclouen les constitucions d'aquesta sessió són:

— Cada ciutat ha d'escollir, amb el consell del seu bisbe, dos «paers» (consellers) per a assegurar el compliment de la pau i treva a la seva localitat, un elegit pels «majors» i l'altre «de populo» (els grups socials municipals: les «mans major i menor» del municipi català).

— Els veguers reials, els paers i el bisbe han de vetllar pel compliment general dels estatuts de pau i treva.

— Si el bisbe no exerceix la seva jurisdicció, aleshores el veguer i els paers poden actuar directament i plena.

— Correspon als «paers» defensar i protegir els vassalls de senyor si aquest els exclou de la pau després d'haver-los-la atorgat, així com als camperols exclosos sense una causa justificada.

— I el procurador (reial) de Catalunya ha de designar veguers que siguin persones adequades per a ocupar el càrrec, un per a cada vila o diòcesi.

Després es torna a condemnar la falsificació de moneda, amb al·lusió ara a la de Barcelona com a moneda comuna de Catalunya.⁴⁴ I es fa remissió als Usatges de Barcelona per al càstig dels malfactors i dels qui violin la pau.

Al final es demana que aquestes constitucions siguin jurades pels magnats, cavallers, ciutadans i homes dels pobles i viles majors de catorze anys, si són requerits per a fer-ho, sota pena de ser exclosos, ells i tots els seus béns, de la pau reial.

Encara s'estableix que aquestes disposicions han de seguir en vigor durant tres anys i que no poden ser anul·lades ni modificades; només ho poden fer el llegat papal o el mateix papa.

43. VÍCTOR FERRO POMÀ, *El dret públic català*, p. 222.

44. Sobre la moneda del comtat de Barcelona, el seu origen i la seva evolució, vegeu Anna M. BALAGUER, *Història de la moneda dels comtats catalans*, Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Numismàtics, 1999, p. 67 i seg.

7. A MANERA DE CONCLUSIÓ

Des del 1064, quan els comtes Ramon Berenguer I i Almodis convoquen per primera vegada l'assemblea de pau i treva, la institució comença una nova etapa en la qual va evolucionant fins a convertir-se al segle XIII en un altre òrgan polític i legislatiu col·legiat anomenat Cort o Cúria General. I n'hem de destacar diversos aspectes.

7.1. LA PRESÈNCIA LAICA A LES ASSEMBLEES DE PAU I TREVA

De fet, ja a l'assemblea del 1033, a Vic, per primera vegada i per invitació de l'abat Oliba, hi participen comtes, vescomtes, magnats, barons i laics cristians. El procés de secularització de la institució continua irreversiblement fins a la implicació del comte sobirà a partir del 1064.

Segons Víctor Ferro, malgrat les atribucions principesques o reials dels comtes de Barcelona, aquests no tenien l'«aura sacra» pròpia del poder suprem dels reis; i aquesta falta es cobria precisament amb «el clientelisme i la posterior absorció» de l'organització comtal per les assemblees de pau i treva.⁴⁵ Assemblees que, si bé inicialment eren eclesiàstiques, admeten i integren en el seu si els magnats de la terra.

I tot i que en un primer moment els comtes es limiten a confirmar les constitucions de pau i treva d'un concili eclesiàstic sense intervenir-hi, aviat passen a presidir, i fins i tot convocar, les assemblees amb els bisbes locals, sovint amb els llegats papals i acompanyats de nobles i magnats de la terra i altres fidels.

A Barcelona, el 1064 els bisbes de Barcelona, Osona i Girona confirmen les constitucions de pau i treva que s'aproven, per ordre dels comtes Ramon Berenguer el Vell i Almodis de Barcelona, amb el consens («assensione et clamacione») de magnats de la terra i altres cristians presents.

El concili de Girona del 1068, presidit pel cardenal Hugo Cándido, llegat papal, amb l'assistència de l'arquebisbe de Narbona i altres bisbes i religiosos catalans, és convocat pels comtes de Barcelona, també presents.

Les assemblees del segle XII són convocades i presidides, pràcticament totes, pel comte de Barcelona, amb la presència i el consell de nombrosos magnats del país.

Però en la del 1192, durant el regnat d'Alfons I, el concili se celebra també i per primera vegada amb «tam civitatum quam villarum probis hominibus et populo».

I ja l'assemblea del 1214, d'entronització de Jaume I, mort el seu pare a Muret, està presidida pel llegat pontifici, el cardenal Pere de Benavent, amb l'assistència d'altres prelats catalans i aragonesos, i altres clergues, magnats, nobles, barons, cavallers, ciutadans i «homes de burgesos Cathalonie».

45. Víctor FERRO, *El dret públic català*, p. 222-223.

7.2. LA JURISDICCIO EPISCOPAL I LA JURISDICCIO REIAL

Paral·lelament, si al segle XI encara es reconeix la jurisdicció episcopal com l'única que pot jutjar en casos que afecten la pau de Déu (concebuda a favor dels individus que s'acullen als llocs sagrats, evitant sovint la violència senyorial no justificada), al segle XII s'evoluciona cap a una pau territorial, la del rei, per a tot el regne.

Així apareix i s'introdueix el sistema «vicarial» (dels veguers), que intervé inicialment auxiliant i després substituint, si escau, la jurisdicció eclesiàstica: amb una acció conjunta del bisbe i el veguer, o simplement amb una acció directa del veguer davant una possible inactivitat episcopal.

Precisament al concili de Lleida del 1173 es declara: «Sane regibus et principibus faci iusticie, consultis archiepiscopis et episcopis, facultatem non denegamus».

7.3. ELS VEGUERS I L'ORDRE PÚBLIC

Però les atribucions del veguer s'amplien: és ell qui concedeix els salconduits o guiatges per a circular pels camins reials protegits per la pau del rei; ell percep una part de les penes pecuniàries imposades als qui la violen o no respecten la pau i treva; i ell jutja en cas d'esmena per a indemnitzar pels danys causats per un magnat en trencar la treva i per a executar les multes que aquest ha de pagar per a respondre dels seus actes.

Amb aquestes facultats i el seu exercici, el veguer controla l'ordre públic amb molt poques limitacions, i ho fa en ocasions amb la concurrència del bisbe del seu districte i en d'altres conjuntament amb la intervenció de representants locals (confirmada a partir de l'assemblea del 1214) i d'un nou oficial, el batlle reial (assimilat al veguer però amb funcions i atribucions en l'àmbit local).⁴⁶

En tot cas, l'assumpció d'aquestes atribucions d'ordre públic és una manifestació, potser immediata, de la voluntat última de la monarquia d'assegurar la seva sobirania. La nova concepció de la pau, ara reial i territorial, constitueix en si un mitjà per a la realització d'aquest objectiu amb altres que es desenvolupen als segles XI i XII.⁴⁷

I, de manera similar, amb els veguers, els batlles i els paers s'estableixen les bases d'una nova organització territorial i unes noves estructures orgàniques veïnals. Una nova ordenació que ja al segle XIII donarà lloc a l'aparició de les vegueries com a districtes propis de la divisió règia del territori, i dels municipis com a nous ens dotats de capacitat jurídica, amb els seus òrgans de govern veïnal.

46. Jesús LALINDE ABADÍA, *La jurisdicción real inferior en Cataluña* («Corts, veguers, batlles»), Barcelona, Museu d'Història de la Ciutat, 1966, p. 70-75.

47. Víctor FERRO, *El dret públic català*, p. 222-223.

7.4. LA SOBIRANIA REIAL

La pau i la treva es converteixen en un instrument ideal per a aquesta política adreçada a la consolidació de la sobirania reial i la confirmació de l'autoritat pública, la qual confereix seguretat als naturals del regne davant dels conflictes particulars dels barons i d'altres, com un atribut propi de la condició reial i un bé públic que cal preservar, respectar i obeir amb el suport de l'Església.

Aquest canvi de les antigues assemblees eclesiàstiques a les noves assemblees polítiques es produeix a partir del concili de Fondarella del 1173. De fet, després d'un temps els comtes aprofiten aquests sínodes formalment diocesans per a sancionar determinades disposicions jurídiques i per a confirmar el dret reial expressat en els Usatges de Barcelona.

No oblidem que és en aquestes assemblees on el monarca fixa els límits territorials del seu regne i on es dona a aquest el nom de Catalunya (el 1198). Però en la del 1108, que tracta d'un atac sarraí recent, ja es deia que els exèrcits pagans «ingressa est partes nostre patrie».

Les manifestacions legislatives que s'expressen són essencialment de protecció dels súbdits i de la propietat privada i sobre altres qüestions d'ordre públic, van dirigides a enfortir l'autoritat reial i inclouen algunes remissions a la llei romana, al dret canònic i al costum.

Un altre aspecte jurídic que s'introdueix en aquestes assemblees és la fixació de penes i sancions per als qui violin la pau i la treva. A més, si aquests fets es produeixen en camins i vies públiques, es consideraran actes de lesa majestat humana, actes de traïció contra l'autoritat pública.

I sobre altres casos de vulneració de la pau i la treva, en general es fixen multes o esmenes, com se les anomena, per a restablir el dany causat, sota pena d'excomunicació i per una quantitat diferent i adaptada a la condició social del causant dels danys (com preveuen els Usatges de Barcelona, mantenint les diferències socials pròpies del règim feudal).

D'altra banda, les assemblees evidencien la composició social del país, ja que reconeixen, entre els subjectes o individus, camperols i homes de viles, ciutadans i burgesos, i mercaders i artesans; i a tots se'ls concedeix la pau i la treva reials. I justament enfortint les funcions de les comunitats veïnals, ara el rei atorga als municipis la facultat d'escollir dos paers perquè col·laborin amb el bisbe i el veguer en la persecució i el càstig dels qui violin la pau i la treva. Paers que ben aviat es converteixen en els nous magistrats municipals de representació veïnal en la nova municipalitat catalana (la *universitas*), amb una organització i uns càrrecs comunitaris propis.

7.5. L'ESTAT DE LA TERRA

En el sínode del 1131 es declara que la reunió se celebra «ad tractandum de comuni utilitate ipsius terre». I en la del 1173 a Perpinyà es diu:

Divinarum et humanarum rerum tuitio ad neminem magis quam ad principem pertinet, nihilque tam propri est degut boni a recti principis quam iniuries propulsare, bella sedare pacem stabilire et infirmare et informatam subditis conservandam tradere, ut de eo non incongrue dici et predicari possit quod a principe regum dictum est: «per me reges regnant et potentes scribunt iusticiam».

La mateixa fórmula figura en l'acta de l'assemblea que se celebra el mateix any a Fondarella. Però s'hi afegeix que correspon al rei:

[...] publice utilitati tocius terre mee consulere et providere satagens et intuitu divini numinis, tam ecclesiastica quam religiosas personas, cum omnibus suis rebus, nostre proteccionis presidio vallare ac perpetuo munire cupiens.

El mateix monarca declara que tots els reunits «comuni utilitati expedire ut in dicta terra mea, [...], pax et treuga instituat, et nephanda raptorum et predonum audacia exterminetur» i que els acords es prenen amb «predictorum omnium assensu et la voluntate omnibus tam clericis quam laycis». Així mateix, en aquesta ocasió apareix per primera vegada el jurament recíproc del rei (sobre els Sants Evangelis) i dels assistents, que assegura que tots guardaran i faran complir allò que s'ha disposat.

I en el concili del 1198, amb Pere I, certament la seva acta no conté la fórmula inicial de les actes del 1173 de Perpinyà i de Fondarella, però es declara que el rei concedeix la Pau «pro comuni utilitate, consilio suorum procerum confirmant, per totam Cathaloniam [...] fuerit introducta». En aquest cas, es tracta dels «prohoms» (tribunal) que s'esmenten al document i que juren respectar les constitucions convingudes.

L'acta de la reunió del 1200 recupera la fórmula inicial de la de Perpinyà del 1173, així com la remissió a la utilitat comuna que apareix en la de Fondarella del mateix any. I de nou el rei i els assistents juren respectar i observar les constitucions aprovades.

En qualsevol cas, tractar de la terra és, precisament, la finalitat pròpia i essencial de la futura cort general col·legisladora del segle XIII.⁴⁸

A més, l'assemblea del 1214, a l'inici del regnat de Jaume I, després de la mort prematura del seu pare, se celebra «ad reformandam tranquillitatem tocius Cathalonie»; i s'hi pacta que tot home major de catorze anys ha de jurar que complirà les constitucions de pau i treva del regne.

48. VÍCTOR FERRO, *El dret públic català*, p. 223-229.

Podem dir que la vella assemblea de pau i treva ha evolucionat. La seva transformació cristal·litza en l'assemblea del 1214, en què participen, definits, els tres estaments, l'Església, la noblesa i el reial, amb els representants de les ciutats i viles reials. En aquest sentit, podem parlar, en efecte, de la primera cort general, encara que no està institucionalitzada. Però amb l'aparició dels tres grups que tradicionalment integren aquest òrgan col·legial amb el rei (en aquest cas, amb el llegat papal, que intervé en nom i representació del monarca menor), i ben definits pel que fa al seu funcionament i el seu objectiu, podem parlar de l'aparició de la nova cort després d'un procés veritablement consumat sota el regnat de Pere I.

Aquesta assemblea del 1214 serà seguida d'altres en les quals es continuen aprovant constitucions de pau i treva juntament amb altres disposicions de diversa naturalesa. I la del 1235, a Tarragona, ja es convoca com a Cúria General, en un procés que culmina el 1283, quan es consoliden les Corts Generals com a reunió del rei amb els tres estaments del regne amb una funció essencial com és la legislativa. En tot cas, fins a les Corts del 1422, amb la reina Maria, encara es promulguen constitucions de pau i treva.⁴⁹

49. Josep SERRANO DAURA, «Estudi introductori», p. 170-171.

