

ASPECTES DEL DRET PÚBLIC CATALÀ

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



Institut
d'Estudis
Catalans

ASPECTES DEL DRET PÚBLIC CATALÀ

Coordinat per Josep Serrano Daura

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

2022

President: Josep Cruanyes i Tor

Vicepresident primer: Xavier Genover i Huguet

Vicepresident segon: Francesc Torrent Cufí

Tresorer: Oriol Sagarra i Trias

Vocals: Jordi Pujol i Moix, Josep Maria Vilajosana Rubio, Pilar Rebaque Mas i Mariona Serdà Cabré

© dels autors dels articles

© 2022, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans, per a aquesta edició

Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Primera edició: juliol del 2022

Text revisat lingüísticament per Montse Marès Torras

Compost per Vicenç Ferreres Plans

ISBN: 978-84-9965-662-5

DOI: 10.2436/10.3004.03.1



Aquesta obra és d'ús lliure, però està sotmesa a les condicions de la llicència pública de Creative Commons. Es pot 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. Es pot trobar una còpia completa dels termes d'aquesta llicència a l'adreça: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>

Sumari

PRESENTACIÓ	5
ARTICLES	
<i>Francesc Eiximenis: teòric del dret i del govern públic, però enemic del juridicisme</i> , de Rogerio R. Tostes	9
<i>Eiximenis. El dret públic català</i> , d'Isidre Lluçia Sabarich	17
<i>El Procés i el xoc institucional: una anàlisi des de la política i el dret</i> , de Damià del Clot i Trias	47
<i>L'article 161.2 de la Constitució espanyola i el trencament del principi d'igualtat d'armes propi de l'estat de dret. Del Pla Ibarretxe al procés sobiranista català</i> , de Joan Lluís Pérez Francesch	67
<i>La normativa catalana sobre memòria i justícia transicional: mancances i propostes de millora</i> , de Daniel Vallès Muñío	93
<i>Llibertat d'expressió i tres delictes en qüestió (una reforma del Codi penal entre el dret constitucional i la política criminal)</i> , de Montserrat Nebrera	143
RESSENYA	
<i>Josep Serrano Daura (coord.), I Jornada de Dret Públic Català</i> <i>Víctor Ferro Pomà, Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, 2020, 119 p.</i>	157

Presentació

La Societat Catalana d'Estudis Jurídics, entitat filial de l'Institut d'Estudis Catalans, té com a principal objectiu difondre i promoure la recerca científica en l'àmbit del dret català. I, al marge d'altres activitats, ja edita dues revistes periòdiques: la *Revista Catalana de Dret Privat* i la *Revista de Dret Històric Català*.

Ara, amb l'afany de completar la seva tasca i abastar el conjunt del nostre sistema jurídic, comença un nou projecte editorial: la publicació d'una nova revista digital que duu el títol de *Quaderns Francesc Eiximenis: El Dret Públic Català*. Una revista que neix aquest any 2022 i que volem presentar amb aquest volum que recull diverses aportacions. El seu objectiu és presentar aquesta edició, rere la qual es publicarà el número 1 de la nova revista també aquest any 2022, centrant-se en aquells aspectes que els consells de redacció i assessor decideixin oportunament.

La temàtica d'aquesta revista ha de referir-se al dret públic català vigent, com es diu, per facilitar el debat necessari sobre la seva elaboració i el seu desenvolupament. *Quaderns Francesc Eiximenis*, doncs, ha de ser una eina útil i d'informació per a l'exercici de les funcions de tots els professionals d'aquesta branca.

La nova revista publicarà, en definitiva, estudis i articles relacionats amb aspectes o institucions concretes dels diferents vessants del coneixement del dret públic, així com amb la jurisprudència i la legislació d'interès més recent sobre aquest àmbit, i també textos sobre altres aspectes vinculats a la seva temàtica (cròniques d'activitats i notícies bibliogràfiques).

Confiam que la nova revista serveixi així l'interès col·lectiu al qual es destina.

La Junta de Govern

ARTICLES

FRANCESC EIXIMENIS: TEÒRIC DEL DRET I DEL GOVERN PÚBLIC, PERÒ ENEMIC DEL JURIDICISME

Rogério R. Tostes
*Centro Interdisciplinar de História,
Culturas e Sociedades (CIDEHUS)*
Universidade de Évora

El frare menoret Francesc Eiximenis (c. 1330-1409) era natural de Girona i pertanyia a una família de comerciants locals. Va seguir el costum dels joves d'aquestes famílies i aviat va entrar al convent dels franciscans menors de la ciutat, i el 1352 va traslladar-se a Barcelona per a ser ordenat sacerdot. Després d'aquesta data va començar el seu famós periple per les universitats de París, Colònia i Oxford, així com pels centres de peregrinació franciscans a Itàlia.¹ De tornada a Catalunya, va marxar de nou per a obtenir el títol de *magister* a l'*studium* de Tolosa, qualificació que va aconseguir sota el patrocini directe de la parella reial que conformaven Pere el Cerimoniós i Elionor de Sicília.²

Va ser testimoni de primera fila d'alguns dels esdeveniments més significatius de la darrerria del segle XIV i l'inici del XV. Va ser un home d'un intel·lecte sensible que va saber emprar la seva aptitud lletrada per a apropar-se als espais de poder del seu temps.³ Pel seu interès i la seva estreta connexió amb els centres urbans, Eiximenis va ser considerat un polític actiu, i potser per això va deixar de banda una carrera exclusivament dedicada a la formació universitària.

Com a resultat, molts dels intèrprets de la seva obra i dels historiadors més generalistes van optar per anomenar Eiximenis com un pragmàtic de la política. Però aquesta etiqueta sembla injusta si el que es pretén amb això és emfatitzar la dimensió antiteòrica (i fins i tot alguns parlen d'una dimensió antiintel·lectual) dels escrits polítics del corpus eiximenià. De fet, el menoret no havia escollit una visió pràctica de la realitat per sobre d'una visió purament teòrica, ni tampoc era desfavorable a la tasca acadèmica produïda pels *studia* als quals ell mateix s'enorgullia d'haver assistit al llarg dels seus anys formatius més importants. Quan aquesta mateixa oposició entre pràctica i teoria s'aplica a l'àmbit de les formes jurídiques, l'opinió d'Eiximenis es revela encara més contundent com a crítica del tecnicisme legal. Amb aquesta crítica ell va assenyalant les moltes barreres que aquest llenguatge havia acabat d'imposar entre els àmbits de la facticitat i de la incidència processal de la justícia. Naturalment, aquesta

1. Cf. Luis CERVERA VERA, *Francisco de Eiximenis y su sociedad urbana ideal*, Madrid, Swan, 1989, p. 17-21. Jill R. WEBSTER, «Notes biogràfiques sobre fra Francesc Eiximenis, franciscà gironí», *Estudis Universitaris Catalans*, núm. 24 (1980), p. 597-602; Jill R. WEBSTER, «Una familia de mercaderes: los Eiximenis», *Archivo Iberoamericano*, núm. 46 (1987), p. 63-78.

2. Rogério R. TOSTES, «La textualidad de la representación política: el ejemplo de los franciscanos en los dominios catalano-aragoneses (siglos XIII-XIV)», *Archivum Franciscanum Historicum*, núm. 114 (2021), p. 81-126.

3. Salvador GINER, «Els orígens del republicanisme: *Lo regiment de la cosa pública*», a Antoni RIERA (dir.), *Francesc Eiximenis (c. 1330-1409): el context i l'obra d'un gran pensador català medieval (Actes de les jornades celebrades a Barcelona els dies 16 i 17 de desembre de 2009)*, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 2015, p. 236-241.

crítica la fa amb una precisió filosòfica i un tractament raonable del dret dels romanistes i del coneixement tècnic dels canons, sobre els quals Eiximenis tenia un coneixement prou suficient per tal de valorar el que calgués.⁴

Aquesta persistent reivindicació historiogràfica de l'esperit pragmàtic de Francesc Eiximenis es deu a la continuïtat d'una visió idealitzada del pacte constitucional vinculat al naixent protagonisme urbà, presentat com una marca d'autogovern que actuava sempre als centres cardinals de la Corona d'Aragó. Ho diria l'historiador Jaume Vicens Vives, defensor del paper conscient de les elits mercantils com a pares de la nació i, en aquest cas, argumentant que el «pactisme eiximenià» no havia estat «pas abstracte, sinó tallat en la mateixa fusta de la realitat social que vivia». Aquesta mateixa doctrina marcava una inflexió en la llarga durada històrica del Principat i adquiriria el seu abast precisament «a través de la jurisprudència [que] pervisqué fins al decret de Nova Planta», ja que, segons la seva conclusió, els ideals eiximenians de pacte polític van influir en el model de legalitat creat a Catalunya a partir del segle xv, tot i que consolidat amb els privilegis reials i les lleis constitucionals dictades pel monarca davant de les Corts Generals.⁵

Amb l'afany de recuperar la justa originalitat del seu pactisme polític, un pactisme forjat en les contingències específiques de l'experiència de govern de la dinastia catalanoaragonesa, la historiografia anterior a la generació de Vicens Vives va difondre un examen parcial del complex conjunt de qualitats que formà el personatge històric d'Eiximenis.⁶

En convertir Eiximenis en un espectador privilegiat dels entorns de decisió de la monarquia, o llavors en apologista de les capes burgeses altes i mitjanes de la societat, acabà reduint la lectura dels seus diversos tractats al camp de la praxi, especialment pel que fa a les interpretacions del *Regiment de la cosa pública*,⁷ ben aviat incorporat al principal tractat polític d'Eiximenis, el *Dotzè del Crestià*. Així, se'l veu com el polítleg que prescriu el bon regiment als prínceps del Casal de Barcelona, o bé com l'ideòleg dels comerciants, restringit a ser autor de «manuals» d'ètica mercantil. Molt més que això, la veritat és que el potencial de les interpretacions d'Eiximenis per a la formació històrica del que anomenem *constitucionalisme medieval* és immens i, com s'ha posat de manifest en els estudis actuals sobre el frare gironí, el coneixement de la seva obra s'ha d'ampliar més enllà dels tòpics habituals d'interpretació. En aquest sentit, també s'ha de tornar a examinar el diàleg eiximenià amb el dret i les ciències jurídiques, un diàleg que implica la formulació d'una hermenèutica sobre l'abast de

4. Manuel J. PELÁEZ, «Las fuentes jurídicas de Francisco Eiximenis, OFM, y aspectos histórico-jurídicos inéditos del *Dotzè del Crestià*», *Archivo Ibero-Americano* (Múrcia), núm. 41 (1981), p. 481-504. Manuel J. PELÁEZ, «Justicia e impunidad en la literatura política catalana del s. XIV: Francesc Eiximenis (c. 1330-1409)», a *La Justice au Moyen Âge (Sanction ou Impunité?)*, Marsella, Publications du CIER, 1986, p. 257-281. Manuel J. PELÁEZ, «Notas sobre el derecho económico y las fuentes eclesiásticas en el pensamiento de Francesc Eiximenis», *Anuario de Estudios Medievales* (Barcelona), núm. 29 (1999), p. 835-842.

5. Jaume VICENS VIVES, *Notícia de Catalunya*, Barcelona, La Magrana, 2013, p. 163 (1a ed.: 1954).

6. Cf. Lluís BRINES GARCIA, *La filosofia social i política de Francesc Eiximenis*, Sevilla, Novaedició, 2004, p. 45-67.

7. Francesc EIXIMENIS, *Regiment de la cosa pública*, edició a cura de David Guixerras Olivet, Barcelona, Barcino, 2021.

la culpabilitat, i fins la seva proposta d'una *accountability* dels agents de l'estat, només per a indicar dos dels aspectes més pertinents de la seva reflexió filosòfica sobre la història i la teoria general del dret.

Eiximenis pot ser identificat amb altres pensadors que, des de la segona meitat del segle XIV, han comprès el dret com un fenomen estrictament lligat al domini de la ciència política. Més enllà d'això, Eiximenis havia aspirat que la bona política present en el seu programa de societat pogués ocupar tots els espais de regulació institucional, inclosos els de la seva època que ja estaven monopolitzats per la tècnica legalista de l'*utrumque ius*. De manera similar al que pretenia Oresme a la França de Carles V,⁸ Eiximenis també esperava que el filòsof pogués destronar el jurista en el protagonisme de les qüestions relatives a l'estat i a l'Església, ja que fins i tot aquesta última estava controlada per l'expertesa dels canonistes.

Però aquesta emancipació de la llei no va suposar en absolut el rebuig d'un ideal de societat definit per normes de caràcter jurídic. Com s'ha dit en altres llocs, fra Eiximenis era un ardent valedor de l'autonomia legislativa de la comunitat política⁹ i defensava l'estabilitat d'un ordre jurídic positiu com a condició essencial de l'ordenació institucional concebuda per la voluntat divina. Les seves crítiques a la llei anaven dirigides al legalisme gestionat per juristes professionals. Segons ell, per a resoldre aquest problema s'havia de prescindir de l'artificialitat del llenguatge dogmàtic, tal com feu el dret romà. En lloc d'aquest dret culte, ell va proposar un model d'ordre jurídic que es regiria per les lleis dels furs i costums, que es consideraven la base normativa més sensible a la realitat institucional de cada comunitat humana. Al seu torn, aquests usos tindrien la seva validesa limitada per la coherència amb els preceptes de la *lex aeterna*.

El rebuig d'Eiximenis del monopoli dels legistes sobre la interpretació de la llei no representa cap afirmació nova sobre aquest tema. Sobre la capacitat humana de manejar la interpretació i l'aplicació del dret positiu, Tomàs d'Aquino deia que ambdues eren manifestacions d'un artífici de la ment i que, com a tals, estaven a l'abast de la raó ordinària dels individus.¹⁰ La transformació de l'escena universitària al segle XIV fa que aquestes interpretacions siguin més emfatitzades pels filòsofs escolàstics, amb controvèrsies creixents amb la visió imperant que la filosofia política s'ha d'imposar com a coneixement total sobre altres branques de les «ciències socials» com ara l'economia i el dret.

Aquesta és l'ala de filòsofs a la qual pertanyia Eiximenis i que considerava una usurpació del principi racional del subjecte la forma en què els advocats restringien l'accés dels

8. Jacques KRYNEN, «Les légistes "idiots politiques". Sur l'hostilité des théologiens à l'égard des juristes, en France, au temps de Charles V», a *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne (Actes de la table ronde de Rome 12-14 novembre 1987)*, Roma, École Française de Rome, 1991, p. 171-198.

9. Eduard JUNCOSA, «Pensar el pacto en la Corona de Aragón: Francesc Eiximenis y el *Dotzè del Crestià*», a François FORONDA (dir.), *Avant le contrat social: Le contrat politique dans l'Occident médiéval (XIIIe-XVe siècle)*, París, Éditions de la Sorbonne, 2011, p. 451-480.

10. SANCTI THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologica*, IIa IIae, q. 57, a. 1 ad 2 (*Corpus Thomisticum. S. Thomae de Aquino Op. Omnia*) (en línia), edició a cura d'Enrique Alarcón, Pamplona, Universidad de Navarra, 2018; a <www.corpusthomicum.org/> (última consulta: 30 juny 2018).

homes comuns a la justícia, limitant-la per mitjà de les regles del procés i per una tecnificació enutjosa dels procediments judicials despatxats. En conseqüència, argumenta Eiximenis, el dret material mateix es torna inaccessible per als membres de la societat i, per tant, incompleix el seu propòsit amb el bé comú.

El sistema jurídic s'hauria de dissenyar per a complir les ordres inscrites per la llei eterna continguda en el *libro cordis*, en lloc del que van fer els legistes de carrera amb la llei, multiplicant els seus procediments i engrossint un llenguatge obstructiu i inútil. En resum, s'hi defensa un model de prescripcions legals que es correspongui millor amb la racionalitat intrínseca de la naturalesa humana i que garanteixi la comprensió dels usuaris sobre el respecte a les lleis civils, ja que les prescripcions dictades només en el fur extern no obliguen les consciències a l'actuació esperada per les normes objectives de l'estat.

D'aquesta manera, defensar aquests arguments anava contra la visió del legista medieval sobre la garantia de racionalitat i objectivitat d'un poder sobirà oficial en nom del rei, que s'havia erigit a si mateix com a garant màxim de la justícia i la clemència pública. Aquesta propaganda de la doctrina iuspublicista afirmava que el dret reial era millor que els usos i costums dels dominis senyorials, al mateix temps caracteritzats com a dret privat i inferior en qualitat per la seva forma d'instrumentalitzar la justícia.

Però tot això donà lloc a l'artificialitat d'un sistema jurídic incapaç d'assolir qualsevol centralitat en la pràctica sense tocar l'enteniment subjectiu dels destinataris de la comunitat política, la qual era la veritable *res publica* del regne. Per a contrarestar aquesta retòrica oficial del romanisme, Eiximenis va insistir que l'autèntica i bona llei positiva del fur extern només seria eficaç en la manera de gestionar la convivència política dels homes, alhora que es correlacionaria amb els principis del fur intern: «[...] si la ley és justa e feta per aquell qui la pot fer, e és feta per bé de la cosa pública, no solament obliga en for públich, hoc encara en for de consciència».¹¹

Fa poc més de vint anys que Paolo Prodi va demostrar la rellevància d'aquesta investigació sobre el control jurídic del poder secular, que va assenyalar el paper de la dualitat dels furs en la formació dels sistemes jurídics premoderns a Occident fins a l'aparició de l'estat modern. La seva prospecció és, segons les seves paraules, el que millor representa el punt de trobada de la llei i el poder amb la realitat palpitant de la vida en la societat.¹² Si portem aquest tipus d'interpretació al pensament eiximenià, podem extreure algunes idees encara actuals per a una crítica de la teoria general del dret. L'ampli conjunt de principis aportats per Francesc Eiximenis des del *Regiment de la cosa pública* ja havia tingut en compte una hermenèutica legal que, criticant els tecnicismes que estan en voga, ens recorda algunes de les doctrines contemporànies que durant les darreres dècades han intentat redefinir el concepte de *dret* a la vista dels problemes de validesa i efectivitat de les normes, sense cap desig de negar la primacia d'un ordre positiu estricte.¹³

11. Francesc EIXIMENIS, *Dotzè llibre del Crestià*, part I, vol. I, edició a cura de Curt Wittlin et alii, Girona, Diputació de Girona, 1986, p. 432.

12. Cf. Paolo PRODI, *Una storia della giustizia: Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bolonya, Il Mulino, 2000.

13. Cf. Robert ALEXI, *Begriff und Geltung des Rechts*, Friburg, Alber, 1992.

En reconèixer la superioritat de la consciència en el model filosòfic eiximenià, crec que és possible obtenir almenys tres línies d'estudi amb aplicació immediata als camps de la ciència i la praxi jurídica: *a)* el lloc d'un intèrpret dins de l'hermenèutica de les intencions, *b)* una teoria filosòfica de l'acció aplicada als elements de la culpabilitat jurídica i, finalment, *c)* una anàlisi del control de la consciència per al reclutament dels oficials reials que serveixen l'interès públic.

En primer lloc, la seva hermenèutica jurídica es pot apreciar millor, pel que fa al lloc assignat a l'intèrpret de la llei, particularment en el curs de la cognició i l'execució del procés judicial. Si suposem que la llei positiva és bona i justa d'acord amb els principis de la llei eterna, diu Eiximenis, és possible assolir la *mens legis* del sistema jurídic mitjançant els significats de la norma que van més enllà de la seva mera literalitat, aquest sistema jurídic es basa en la «intenció de la llei», la qual s'ha de sotmetre a la verificació de l'intèrpret o de l'aplicador de la llei en el cas concret.¹⁴ En qualsevol cas, aquest sentit de la llei ha de passar per les causes de la intenció moral de l'agent, recuperant sempre els preceptes dictats *in libro cordis interioris*. Tot i que això sembla obvi per a l'exegega contemporani, hi ha més que una simple preocupació per superar la literalitat de l'enunciat legal, ja que aquesta recerca de la intenció de la llei es fonamenta en un conjunt de valors extrajurídics capaços d'ampliar l'estret horitzó dels tecnicismes dels civilistes medievals.

En segon lloc, encara és possible abordar la teoria de l'acció subjectiva que es desenvolupa en el *Terç del Crestià*. Basat en una reflexió acurada sobre el parell ciència-ignorància, fra Francesc pretenia emmarcar els índexs de culpabilitat comesos per persones des del fur intern. Es tracta, per tant, d'una teoria de l'acció que comença amb l'examen moral del pecat i s'estén a l'aplicació dels criteris legals de culpabilitat, on hi ha incloses les possibles exclusions d'il·legalitat, mesurades per la recerca confessional de la veritat (amb la qual es fa un veritable procés de cognició judicial).¹⁵ Aquest examen és possible perquè segueix un model tomista de l'autoritat de la norma, en què tota la validesa de l'ordre positiu es completa dins la perfecta superioritat de l'ordre diví: «[...] omnes leges, in quantum participant de ratione recta, intantum derivantur a lege aeterna».¹⁶ Amb això en ment, Eiximenis proposa una gradació entre el delictes civil i el delictes espiritual en què els tipus de culpa i de pecat són coessencials. Avaluar el contingut del parell culpa-pecat és una tasca que posa en dubte l'ús conscient de la raó per a interioritzar les normes de la vida civil, que estan regulades pels principis universals de la religió. Aquí és on ha d'entrar l'avaluació de la *sciencia* com a mitjà per a ponderar l'ús de la raó per part de les persones que es comprometen tant amb l'ordenament jurídic de l'estat com davant de tercers en relacions contractuals de caràcter privat.

Finalment, hi ha un tercer aspecte que va considerar Eiximenis en l'apreciació de la consciència com a fonament per a l'organització jurídica de la societat i que es manifestà en la seva preocupació per la rutina administrativa del govern civil, mostrant també que el seu

14. Francesc EIXIMENIS, *Dotzè llibre del Crestià*, part I, vol. I, cap. 207, p. 441.

15. Francesc Eiximenis, *Terç del Crestià*, cap. 53 (Biblioteca de Catalunya, ms. 457, f. 27r).

16. SANCTI THOMAE DE AQUINO, *Summa Theologica*, Ia IIae, q. 93, a. 1.

paper com a teòric va transcendir el càrrec d'un simple moralista.¹⁷ De fet, hi ha un nombre consistent de textos recollits en els seus tractats i les seves epístoles que fa evident la seva voluminosa contribució a la pràctica burocràtica dels assumptes d'estat, que va començar amb les prescripcions per a la cambra reial i es va estendre a l'àmbit de l'administració urbana. Parlant breument d'ambdós, recordem els ben estudiats en les darreres dècades escrits eiximenians sobre els càrrecs reials i l'aplicació de la justícia per part dels que operen al costat del sobirà.¹⁸ El professor Curt Wittlin fins i tot va comentar que Eiximenis era conscient de complementar les prescripcions contingudes en les *Ordinacions de la casa i cort*, promulgades per Pere el Cerimoniós el 1344,¹⁹ dictant per la seva banda en el *Dotzè* una àmplia gamma de capítols sobre la funció dels mateixos delegats reials.²⁰ Són prescripcions que, pel que fa a l'administració de la justícia, delimiten els principis de veracitat i equitat per a una jurisprudència pròpia de la realitat de les corts de la Corona d'Aragó.

El fet és que, a més de la capacitat tècnica, es requeria una absoluta rectitud moral, és a dir, en l'àmbit de la consciència, per a aquells oficials que, com el canceller reial, ocupaven alts càrrecs judicials, així com per als jutges ordinaris, que eren els encarregats d'emetre justícia en nom del príncep: «[...] que jamás no fahés juý per hòmens qui no sabessen leys ne eren letrats, mas que los juýs comanàs principalmente a son notable canceller, quis fos hom de Déu e de gran consciència, e a aquells letrats qui eren deputats als juýs civils e criminals».²¹ En cas contrari, si alguns d'aquests agents públics fossin declarats culpables, serien responsables dels danys causats a tota la comunitat política i, com va dir Eiximenis, els serien aplicades les dures sancions prescrites pel mateix dret romà.²²

17. Cf. Paolo EVANGELISTI, *I Francescani e la costruzione di uno Stato: Linguaggi politici, valori identitari, progetti di governo in area catalano-aragonesa*, Pàdua, Editrici Francescane, 2006, p. 189-207.

18. Flocel SABATÉ, «El temps de Francesc Eiximenis. Les estructures econòmiques, socials i polítiques de la Corona d'Aragó a la segona meitat del segle XIV», a Antoni RIERA (dir.), *Francesc Eiximenis (c. 1330-1409): el context i l'obra*, p. 145-147.

19. Francisco G. BLAY, Daniel GONZALBO i Josep TRENCHS (ed.), *Ordinacions de la casa i cort*, València, Universitat de València, 2009. Cf. Françoise LAINÉ, «Des *Leges Palatine* aux *Ordinacions* de Pierre IV», a Ghislaine FOURNÈS i Jean-Michel DESVOIS (dir.), *Constitution, circulation et dépassement de modèles politiques et culturels en péninsule Ibérique*, Bordeus, Presses Universitaires de Bordeaux, 2009, p. 19-20; Francisco M. GIMENO BLAY, «Escribir, leer y reinar. La experiencia gráfico-textual de Pedro IV el Ceremonioso (1336-1387)», *Scrittura e Civiltà* (Florència), núm. 22 (1998), p. 119-233.

20. Curt WITTLIN, «La sisena part del *Dotzè* de Francesc Eiximenis com a complement ètic a les "Ordinacions de la Cort" del rei Pere el Cerimoniós», *Butlletí de la Reial Acadèmia de Bones Lletres de Barcelona* (Barcelona), núm. 50 (2005), p. 231-248.

21. Francesc EIXIMENIS, *Dotzè del Crestià*, part I, vol. I, cap. 202, p. 431: «Per tal consellava Zoillus, doctor gloriós, a Lodegari, príncip de Ligúria, que jamás no fahés juý per hòmens qui no sabessen leys ne eren letrats, mas que los juýs comanàs principalmente a son notable canceller, quis fos hom de Déu e de gran consciència, e a aquells letrats qui eren deputats als juýs civils e criminals, segons ordinació del dit canceller; e ls fets de cavalleria comanàs a nobles e a cavallers; e lo fet de sa taula, a majordom; e los fets dels tresors, e peccúnies e rendes, a tresorer; e ls fets de cascun curial, ab lo senyor escrivà de ració; e los fets de general retre comte, a mestre racional, e ls fets de sa cambra, a camarlenchs e a cambrers, axí que cascu se entrametés solament de son offici, e d'aço en què era pràtiche e usat e no d'altra cosa».

22. Francesc EIXIMENIS, *Dotzè llibre del Crestià*, part I, vol. I, cap. 203, p. 433.

En resum, el pilar politicojurídic de l'administració pública s'havia de completar amb la bona eficiència dels governs locals, motiu pel qual Eiximenis havia prestat més atenció al reclutament de cònsols a les capitals i ciutats urbanes. Ells haurien de rebre una formació adequada en arts liberals i, evidentment, haurien de ser dotats de suficients coneixements jurídics, ja que, com a representants del govern municipal, ells simbolitzaven la «llum de les lleis».²³ En les paraules introductòries del *Regiment* que Eiximenis va dedicar als jurats de la ciutat de València el 1382, tenim un clar testimoni del que el nostre frare esperava dels seus destinataris:

[...] senyors meus molt reverents, ab correcció de la vostra saviesa, veig que vosaltres en especials regidors de aquesta noble ciutat devets més saber que altres del regne posats en semblant ofici, atendre e treballar en vostre regiment, e contínuament vetlar ab gran diligència.²⁴

Tot i que aquestes advertències tenen un to que sona banal en una recomanació d'aquestes característiques, també presenten una aplicació de les ordres del fur intern sobre els principis de racionalitat i objectivitat prescrits per al funcionament de l'administració pública i el seu aparell normatiu. De fet, quan es dirigeix als «molt reverents» jurats de la capital valenciana, Eiximenis enumera el control de la consciència en primer lloc, dins d'una llista dels vint fonaments que han de prescriure el model ideal per als encàrrecs públics: «[...] per servir netes les vostres consciències sobre los grans e molts sacraments que havets fets al començament de vostre offici».²⁵

Les persones que no estan compromeses amb l'àmbit intern de la consciència, no aprofundeixen en el coneixement de la caritat ni en el nexa institucional (ressol del *vinculum societatis* de sant Agustí) que manté el teixit comunitari en funcionament. Ara, per tant, és fàcil d'entendre que Eiximenis reconegués l'enorme rellevància de l'afecció a la consciència com a garantia del caràcter de la intenció moral de l'agent. Sense això, les normes jurídiques no arribaran a tenir el seu efecte, ni es podrà delimitar l'abast punitiu de l'ordenament jurídic, ni tampoc no es podrà exigir, al final, la necessària objectivitat als agents públics.

Malgrat la distància en el temps amb els medievals, i també la distància que de vegades contrastaven les preocupacions professionals del jurista i del filòsof de les doctrines polítiques, la investigació legal del frare gironí —que sí que existeix— mereix ser aprofundida en les seves contribucions al pensament politicolegal, que condueixen vers els camins històrics de l'estat modern. Ara proposo que s'escapi deliberadament del terreny estricte de la història legal per a cridar al món de la teoria general del dret, que és precisament el lloc on aquestes múltiples competències es troben amb més llibertat, per a fer un ús millor dels *insights* brillants de Francesc Eiximenis, aquest gran pensador del passat que encara ens impressiona amb la seva vibrant sensibilitat respecte dels homes i les seves institucions.

23. Francesc EIXIMENIS, *Dotzè llibre del Crestià*, part I, vol. I, cap. 14, p. 30.

24. Francesc EIXIMENIS, *Regiment de la cosa pública*, p. 131-132.

25. Francesc EIXIMENIS, *Regiment de la cosa pública*, p. 132.

EIXIMENIS. EL DRET PÚBLIC CATALÀ

Isidre Lluçà Sabarich

Jurista i historiador

1. INTRODUCCIÓ

Els tributaris del dret públic català estem plens de joia, car el naixement d'una publicació especialitzada en aquest àmbit de la ciència jurídica és una notícia magnífica. Si, a més a més, aquesta nova eina de comunicació i divulgació incorpora el nom de Francesc Eiximenis, és un acte de justícia a una de les grans figures de la història, jurídica i humanista, del nostre país, i un indicador del camí que aquesta nova revista vol assenyalar. Saludem, doncs, amb entusiasme i respecte, la gestació i l'infantament de *Quaderns Francesc Eiximenis* com a publicació especialitzada en el dret públic català.

Francesc Eiximenis, nascut a Girona, probablement el 1330 —algunes fonts situen el seu naixement al 1327— i mort a Perpinyà el 1409, fou un prolífic escriptor del seu temps, a cavall dels segles XIV i XV, i sempre a partir de la seva formació religiosa i moralista. De la seva obra hem de destacar *Lo Crestià*, en teologia, i, especialment, el *Regiment de la cosa pública*, en política, un extraordinari promptuari o tractat del bon govern. Francesc Eiximenis també fou conseller àulic.

Francesc Eiximenis és, sense cap mena de dubte, una figura cabdal per al coneixement del dret públic i la cosa pública a Catalunya, de manera que esdevé essencial per a poder entendre'n l'esperit i comprendre'n els fonaments. A partir d'Eiximenis podem copsar i capir la nostra cosa pública i el faïment jurídic que se'n deriva, per això és tan important la seva figura i és encertat posar el seu nom a la publicació que a partir d'ara ens ha de facilitar donar visibilitat a un model jurídic que, tot i ser el propi del país, és força desconegut per a la gran majoria de la societat, juristes inclosos.

Al *Regiment de la cosa pública* Eiximenis dona a conèixer, de manera clara, les línies essencials del seu pensament sociopolític i hi defineix el concepte de *cosa pública*:

Cosa pública és alguna comunitat de gents ajustades e vivents sots una mateixa llei, e senyoria e costums, si es vol aital ajustament sia regne, o ciutat, o vila, o castell, o qualsevol semblant comunitat que no sia una sola casa.

Sens dubte, Francesc Eiximenis és un membre emblemàtic de l'edifici institucional de la cosa pública, de la tradició jurídica històrica i de l'esperit del dret públic català. En parlaré de manera específica al final d'aquest article.

Contextualitzem, però, què és el dret públic català: a grans trets, és el dret que s'ha fet a Catalunya des de les assemblees de pau i treva (segle XI) fins al 1714, de manera que, llevat de comptades excepcions, el dret públic català no té res a veure amb el dret públic que es fa actualment a Catalunya, que no és altra cosa que dret públic espanyol fet a Catalunya i, a vegades, ni tan sols redactat en català, però, al cap i a la fi, dret públic espanyol tributari del sistema jurídic i administratiu vigent en el Regne d'Espanya.

No obstant això, la reivindicació d'aquest esperit per a un nou paradigma no és en cap cas el deliri sentimental de quatre romàntics enyorats d'un passat gloriós que volen reinstaurar unes lleis i unes normes del passat. No. L'objectiu és, mitjançant els seus principis conceptuals i a través d'aquell valuós i preuat esperit, ésser prou hàbils i intel·ligents per a proposar i construir un sistema jurídic amb capacitat de gestionar un futur en el qual veritablement el bon govern, l'eficiència, l'eficàcia, l'excel·lència, la seguretat jurídica i la separació de poders no siguin només unes lletres impreses en un paper. Una manera de desenvolupar el dret públic molt diferent de la que hem heretat del model vigent al Regne d'Espanya, tornant a les arrels i fent-lo molt més proper al *rule of law*, model anglosaxó similar a l'existent a Catalunya fins al Decret de Nova Planta. És per això que també, com a complement de l'objectiu esmentat, estudiar, observar, incorporar i sumar els coneixements i les experiències pràctiques d'aquells estats on l'administració excel·leix —països anglosaxons i països nòrdics— és, sens dubte, la millor manera de poder donar continuïtat, i al mateix temps actualitat, al nostre model mil·lenari. I això és així perquè l'esperit d'aquell dret públic català ara l'hem de resseguir a través d'altres drets del centre i el nord d'Europa, especialment del dret anglosaxó:

[...] només és possible la pervivència de la llibertat mitjançant l'imperi del dret (el cèlebre *rule of law* del constitucionalisme anglosaxó, concepte general a l'edat mitjana i que els catalans mantingueren aferrissadament fins a la primeria del segle XVIII) (Ferro, 1987, p. 333).

Essencialment, aquest esperit queda sintetitzat en les següents paraules del professor Le Fur, de la Universitat de París. El dret es transforma —diu— en «un ensemble de règles objectives, antérieures à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatées, et non créées par la raison» (*Revue de Droit International*, núm. 3).

Això és, justament, la concepció catalana del poder moderador, superior a tota potestat humana.

Ofereix una mostra d'aquesta pràctica l'article 47 de la Constitució de Finlàndia, que és part del seu títol IV, relatiu al govern i administració del país, [...] (Maspons, 1932, p. 84).

A Anglaterra, un dels tràmits de la llei de procediments civils és igual al legalitzat a Catalunya per la constitució de les Corts de Barcelona de 1564 (*Const.*, vol. I, llib. 3, tít. 3, llei 11) que obliga el jutge a cridar directament les parts pledejants i raonar amb elles la veritat dels fets i la justícia de la solució. I el precepte del Codi Civil suís que més ha contribuït a recaptar-li el predicament que gaudeix, amb justícia, d'ésser el més avançat d'Europa, és el contingut al seu art. 2^{on}, que coincideix amb la doctrina catalana sobre la proscripció de l'abús: «*L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*» (Maspons, 1932, p. 85-86).

En tot cas i per tal de situar en el context idoni el model juridicopolític del qual estem parlant, sintetitzarem els principis bàsics i essencials d'aquell model de dret públic nascut, desenvolupat i vigent a Catalunya fins al 1714, principis que, naturalment, s'han d'analitzar amb una perspectiva històrica adequada. Aquests principis són:

— *La llibertat*: per dret natural, tota persona i tota cosa són lliures. Els límits d'aquesta

llibertat no els fixen ni l'autoritat ni la llei, sinó els drets inherents a la naturalesa humana, que avui anomenaríem drets de la ciutadania.

— *L'equitat*: entesa com a norma superior. Segons aquest principi, contradiu la llei qui, atenent-se a les paraules d'aquesta, l'aplica menyspreant el seu esperit. Per aquest motiu, el dret català prohibeix l'abús de la norma, és a dir, emparar-se en la fórmula legal per a imposar un rigorisme contrari al seu esperit.

— *La proscripció de l'abús*: principi íntimament lligat al principi d'equitat, en el sentit de l'obligació d'ajustar-se al sentit de la llei per damunt de la seva lletra. Es tracta de garantir en el marc legislatiu que aquell que acudeix als tribunals hi té assegurada la defensa contra l'abús.

— *La justícia*: la justícia ha de prevaldre per damunt de la llei. Les lleis són necessàries, però accidentals, de manera que si en aplicació de la llei es pot cometre una injustícia, hom està facultat per a no emprar la llei, sinó per a aplicar justícia.

— *La llei*: la llei no és el dret, sinó una manera d'expressar-lo. És un pacte entre l'autoritat i els governants. Si el poble no l'accepta, no l'obliga. En aquest sentit, el dret català avantposa l'interès de la justícia a l'observança de la llei.

— *La separació de poders*: el *poder legislatiu* s'ha d'entendre com el conjunt de facultats atorgades pel poble; l'origen del poder, doncs, és la sobirania popular. El *poder executiu* té la missió de garantir la llibertat, la justícia i la seguretat. Així, ha d'actuar amb exemplaritat i està subjecte a l'opinió dels governats. El poder està supeditat al dret natural, als drets de la ciutadania.

Informats dels antecedents i de la matèria, desenvoluparé el treball, que en cap cas pot ser exhaustiu, ni ho pretén, puix que ens obligaria a una magnitud que desbordaria molt la pretensió d'un article de salutació de la nova publicació. I l'estructuraré en set apartats: la introducció, on som ara; l'esperit del dret públic català anterior al Decret de Nova Planta; el dret públic català en el segle xx; la Mancomunitat de Catalunya; la Generalitat de l'any 1931; la Generalitat del règim del 1977; el dret públic català en el segle XXI; els doctes adalils del dret públic català del segle xx; Francesc Eiximenis i, finalment, la bibliografia. Es tracta d'unes pinzellades imprescindibles per a situar en el context allò de què estem parlant i de què volem continuar-ho fent.

En el present article es dona visibilitat a un model jurídic i al seu esperit: el dret públic català; també es fa llum sobretot tres grans personatges, imprescindibles per a conèixer el dret públic català i la cosa pública del nostre país, i es posa sobre la taula l'existència de tres llibres separats en el temps, però que sens dubte formen una trilogia a partir de la qual cap lector pot restar impassible. Es tracta del *Regiment de la cosa pública*, de Francesc Eiximenis, *L'esperit del dret públic català*, de Francesc Maspons i Anglès, i *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, de Víctor Ferro i Pomà. Llegir aquesta trilogia i en aquest ordre indefugiblement significarà un abans i un després per a qualsevol persona que ho faci. Proposo i engresco el lector a iniciar aquest mateix camí històric que altres —massa pocs, certament— ja hem fet i que ens ha obert uns horitzons d'una magnitud extraordinària que desconeixem.

2. L'ESPERIT DEL DRET PÚBLIC CATALÀ ANTERIOR AL DECRET DE NOVA PLANTA

Francesc Maspons i Anglasesell afirma que l'esperit que informa el dret públic català és la justícia,¹ atès que la llei no crea el dret, sinó que es limita a expressar-lo: la llei s'inspira en els fets. El dret públic català anteposa l'interès de la justícia al de l'observança de la llei. Això vol dir sostenir la solució justa per davant del precepte legal, atès que, en nom del dret, hom no pot ser víctima d'una injustícia. A Catalunya els jutges han de judicar segons allò que els fets evidencien abans que segons la llei, atès que la veritat és la realitat del fet que s'ha de jutjar, i la justícia de la solució neix d'aquesta coneixença, no pas d'aplicar rígidament un concepte abstracte sense preocupar-se de si encaixa i dona solució al problema o si, per contra, produeix un major mal. La solució inútil no pot ser justa perquè és perjudicial. Aquesta justícia aplicada és l'equitat, perquè sempre cerca la solució justa.

L'equitat és l'adaptació de la norma jurídica a les particularitats de cada cas concret, per a evitar una interpretació rígida dels preceptes legals d'acord amb l'esquema general de les normes jurídiques. Segons Maspons, l'equitat és la justícia humanitzada perquè harmonitza els principis a les circumstàncies de cada cas.

Amb l'equitat no es busca saltar per damunt de la norma, sinó que mitjançant el conjunt dels diversos mecanismes previstos per l'ordenament es pretén arribar a aconseguir que l'aplicació de la llei sigui justa i respongui a les necessitats que se li demanen. Hi ha un marc jurídic i dins d'aquest marc hom ha de cercar els elements suficients per a poder trobar i aplicar la resolució equànime.

Aquest concepte de *dret públic* és conseqüència directa del model polític d'estat vigent al Principat de Catalunya entre els segles x i XVIII —fonamentat en la subjecció de l'autoritat a la llei—, de la seva evolució en el decurs d'aquesta etapa històrica i del caràcter propi dels ciutadans i les institucions que conformaven el conjunt del País. Un país amb unes peculiaritats i particularitats que el fan veritablement singular.

1. «L'afirmació del dret de rebutjar la llei, la de prescindir-ne i de suprimir-la, no són filles d'una orientació anarquitzant o, almenys, d'essencial revolta contra tota reglamentació legal, sinó d'aquest viu i intens desig d'avantposar en tota avinentesa les solucions de justícia al formulisme de les normes escrites. [...]. Les lleis són necessàries, però el concepte català de justícia les fa accidentals amb relació a la cabdal necessitat d'assegurar el seu predomini. Mieres [Tomàs MIERES, *Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium Cathaloniae*, Barcelona, 1621], que concibeix el dret com el clàssic [...] art de mantenir el que és bo i equitatiu, en escatir el contingut de la justícia fa la següent distinció: [...] la justícia no és altra cosa que el discerniment entre allò que és equitatiu i allò que contribueix a una iniquitat. [...] quan es tracta de jutjar discernint entre el que és equitatiu i la iniquitat, cal fugir de subtileses; n'hi ha prou amb tenir en compte el sentit de la justícia que naturalment resulta de les circumstàncies del fet. [...] el rigorisme no és el dret, sinó una exagerada severitat; és un dret sencer i rígid que cal moderar. Perquè [...] encara que totes les lleis siguin expressió d'un seny, no totes són equitatives, perquè no totes expressen un bon seny; per aquest motiu cal tenir present que el fonament de la llei és l'equitat i bona raó, perquè ella evita les iniquitats, asprors i dureses que algunes lleis contenen» (Maspons, 2006, p. 42-43).

Hom podria dir que Catalunya és una anomalia permanent dins el context històric, polític, social i geogràfic de cada un dels temps en què li ha tocat viure i coexistir. Anomalia no com a anormalitat —però també—,² sinó com a singularitat: arriba al feudalisme gairebé dos-cents anys més tard —els naturals de la terra tenien un gran sentiment de pertinença a la «seva terra», a la seva propietat, esperit, aquest, que, malgrat totes les vicissituds viscudes a Catalunya en aquest període temporal, ha format part, i en forma avui, com a element intrínsec, del tarannà del país, i en certa manera ha estat un dels trets diferencials que li han permès subsistir i li han donat poder econòmic— i ho pot fer com a conseqüència de la descomposició política de finals del segle x i el primer mig segle xi; institueix les assemblees de pau i treva, model que posteriorment s'exporta a tot l'àmbit del regne franc i acaba significant per a tot Europa un progrés molt important de cara a l'estabilitat i la convivència social en el decurs del trànsit de l'alta a la baixa edat mitjana; promulga els usatges, que són el primer codi jurídic que es compila a Europa, i, si bé el pacte no és un mecanisme sorgit de Catalunya, enlloc més d'Europa fou aplicat amb més rigor, efectes i implicacions que a Catalunya, on s'elabora, es produeix, es perfecciona i, sobretot, es regula, es normalitza i es metoditza de manera clara com a procediment legislatiu propi.

A l'usatge *Stratae* ja es diferencia entre el domini públic i el patrimoni privat de l'estat;³ Catalunya és la primera monarquia parlamentària d'Europa, més de quatre-cents anys abans que Anglaterra; el monarca és sobirà si hi ha pacte social previ amb el poble, a través de les assemblees de pau i treva, gairebé cinc-cents anys abans que Hobbes comencés a insinuar per primera vegada el contracte social.

El monarca estableix la constitució *Poc valdria*,⁴ que ratifica amb fermesa el sotmetiment del cap de l'estat a la llei i les corts, i es crea la Generalitat de Catalunya com a primer govern d'una monarquia parlamentària, tres-cents anys abans que ho faci Anglaterra.

A principis del segle XVIII —Corts de 1701-1702— es crea el Tribunal de Contrafaccions, que és un tribunal de garanties constitucionals i, per tant, el primer de la història, car aquest tipus de tribunals no comencen a establir-se fins a la independència dels Estats Units (1776).

2. Anormalitat perquè probablement no es pot qualificar de *normal*, d'acord amb els paràmetres i estereotips que en conjunt hom té assumits, un subjecte polític amb tantes peculiaritats distintes de les dels altres subjectes polítics del seu àmbit geogràfic i històric més proper —el continent europeu— i que, malgrat tot, no ha pogut arribar fins avui conservant allò que el caracteritzava i el diferenciava com a objecte polític sobirà, i ens afanyarem a afegir que això es produeix no només per l'acció exterior, sinó també per l'actuació o omissió des de dins.

3. Víctor Ferro ens diu sobre l'usatge *Stratae*: «L'Usatge “Stratae” elabora treballósament, amb purs materials de l'alta Edat Mitjana, aquesta admirable formulació: “Stradas e vias públicas e aygüas corrents e fonts vivas, prats e pasturas, selvas, garrigas e rocas que son fundades en aquesta terra són de las Potestats [sobirans], no que ho hajan per alou [propietat plena], ne ho tengan en domini [superioritat feudal], mas que tots temps sien a empriu [dret d'ús] de llurs Pobles, sents tot contrast [lliurement] e sens servici sabut [pagament d'una prestació personal o real]”» (Ferro, 1999, p. 90).

4. Constitució de l'Observança, Corts de Barcelona de 1481, amb presència de Ferran II (Maspons, 1972, p. 52): «Poc valdria que nós i els nostres oficials féssim lleis si, després, nós no les haguéssim de complir».

I, per si tot plegat no fos prou, és l'únic estat plenament independent que no té categoria de regne i el seu sobirà no és un príncep, sinó un comte.

Tanmateix, anomalia o no, la realitat és que l'esperit del dret públic català és digne d'estudi i d'anàlisi, i això és el que faig en els meus treballs de recerca i, també, ni que sigui molt per sobre, en aquest article. Ens diu Francesc Maspons i Anglès en el resum del seu llibre *L'esperit del dret públic català*:

Dins el nostre règim, el poder moderador no és un home que encarna l'autoritat suprema, ni tan sols una assemblea o conjunt d'homes, sinó uns principis superiors, als quals les Corts i el rei estan subjectes alhora.

La seva primera base, per tant, és la igualtat social, per la comú subjecció de tots els seus elements a unes mateixes normes infranquejables; la qual cosa equival a dir que ho és la llibertat, perquè la conseqüència real de la subjecció és impedir l'abús de facultats del més fort.

D'aquesta proscripció de l'abús, neix la segona base, que és l'equitat, o sigui l'obligació de respectar la justícia en benefici d'altri; a la qual obligació correspon el dret d'ésser respectat.

Per aquest motiu, el nostre règim no es pot equiparar als règims doctrinàriament constitucionals del segle dinovè, puix que els supera en allò que constitueix precisament la seva essència. Perquè aquells es limitaren a canviar l'absolutisme de subjecte: el negaren al rei, però el traspassaren als organismes del poder legislatiu, i en definitiva el mantingueren; i el català de bon antuvi, va negar-lo alhora a tots els poders de l'Estat, els quals sotmet, sense exceptuar-ne cap, a afirmacions superiors a llurs facultats respectives (Maspons, 2006, p. 76-77).

S'entendrà millor el que volem significar, si desgranem els trets característics del tarannà d'aquest dret públic, i ho farem estudiant els poders de l'estat, començant pel poder legislatiu. Els monarques de la immensa majoria dels regnes europeus, a l'edat mitjana, no convocaven corts si no els era estrictament imprescindible; tanmateix, Catalunya, en aquest sentit, és una excepció capdavantera, car s'hi aplica el principi canònic «allò que afecta a tothom, que per tothom sigui aprovat».

Així doncs, més que en cap altre lloc del continent, era del tot assumit que l'òrgan titular de la potestat de sancionar normes supremes era la reunió del sobirà amb la representació del país en la Cort General: el sobirà junt amb les Corts està per damunt d'ell mateix tot sol.⁵ Així, es dona per acreditat que les lleis resultants d'aquesta «col·laboració» —constitucions, capítols i actes de cort— corresponien als pactes, que se sobreposaven a la potestat legisladora del príncep i la limitaven. Víctor Ferro ens diu, amb citació inclosa, el següent:

5. «Nos que valem tant com vós, jurem davant vós, que no sou millor que nós, que junts valem més que vós, i que us acceptem com a rei i sobirà sempre que respecteu nostres llibertats i lleis, però si no, no»: jurament dels membres de les Corts catalanes davant el comte rei de Catalunya en observança de les Constitucions del país. Un jurament d'aquestes característiques és absolutament impensable en qualsevol altra monarquia de l'època.

Hom considerava que en la Cort General era present la «república»⁶ o «cos místic» de Catalunya, amb el rei com a cap i els braços o estaments com a membres (Ferro, 1999 [1987], p. 197).

En els segles XI i XII els monarques legislaven generalment de manera unipersonal, tot i que amb l'assistència de la Cort, les assemblees i els parlaments en què intervenien. És a partir de Jaume I que la Cort evoluciona vers la Cort General. Però és el 1283 quan es produeix un fet transcendent i determinant: en la Cort celebrada a Barcelona per Pere II, el monarca dicta les disposicions de caràcter general amb el consentiment i l'aprovació de la Cort. A aquestes disposicions, se'ls reserva el títol de constitució. Apareix, doncs, per primera vegada a Europa, l'axioma que les constitucions emanen del sobirà, però havien d'ésser consensuades, lloades i aprovades per l'assemblea legislativa; en cas contrari, no serien constitucions. A Catalunya, doncs, la simple voluntat del rei ja no té força de llei si s'oposa a les constitucions. El príncep no pot legislar per si mateix i, a més, està obligat, també, a complir les constitucions, igual que els seus súbdits. Aquest particular sistema de govern és cabdal per a entendre les vicissituds i els esdeveniments de la història de Catalunya i, també, la manera de ser del natural del país.

Les Corts de Barcelona de l'any 1413 van demanar al rei Ferran I que accedís que els usatges, les constitucions i els capítols de cort fossin traduïts del llatí al català i, al mateix temps, s'ordenessin per matèries sota títols congruents. El contingut d'aquesta primera compilació, editada vuitanta-dos anys més tard —el 1495—, prové de més de dos segles anteriors amb la introducció modulada i incessant del dret comú, que era, bàsicament, el dret romà⁷ de Justinià juntament amb el dret canònic, l'imperial germànic i els usos feudals llombards, als quals s'afegiren el nostre feudalisme autòcton, col·leccions de dret feudal i compilacions de costums locals.

6. Reproduïm part de la citació que Víctor Ferro inclou en la nota a peu de pàgina núm. 34, p. 197: «Francesc de Gilabert (*Discursos sobre la calidad del Principado de Cataluña, inclinación de sus habitantes y su gobierno* [Lleida 1616], citat per Coroleu & Pella, *Cortes*, p. 155), intenta una curiosa interpretació de l'òrgan suprem de l'Estat català dins les categories aristotèliques: “[els nostres avantpassats] de la democràcia, que es el gobierno popular, tomaron el Brazo Real que representa al pueblo; pero porque no llegase a sobrada libertad, eligieron otro Brazo que es el militar, que representa la aristocracia o gobierno de pocos nobles, y porque no llegase a oligarquía, que es confederación de pocos con codicia de riquezas, eligieron un Rey, que es la monarquía, por cuya mano se pusiesen las cosas en ejecución; pero considerando que éste podía llegar a ser tirano, para impedirlo ordenaron que las leyes que este Rey hubiese de mandar ejecutar fuesen primero hechas con consentimiento de los Brazos arriba dichos, Militar y Real, anexando a ellos otro dicho Eclesiástico, porque fuesen las leyes generales para todos los estados: los cuales Brazos juntos representan un tribunal dicho Corte, la cual juntamente con el Rey hiciese las leyes con que su Majestad había de gobernarles...”» (Ferro, 1999, p. 197).

7. «El Derecho romano ocupa un lugar central en la historia jurídica de Occidente, junto al Cristianismo y la Filosofía griega. De él proviene la distinción entre posesión y propiedad, entre hechos y Derecho, las nociones de obligación, de contrato o de testamento. Y la virtud del derecho romano, la razón por la cual su aportación al orden social de Occidente no ha concluido, sino que sigue siendo fuente de inspiración de soluciones jurídicas, habiendo constituido en el ámbito europeo una especie de *ius commune*, una cultura jurídica común compartida, radica precisamente en que el mismo ha sido un Derecho jurisprudencial, es decir, científico, en vez de un orden impuesto por el legislador» (Falcón, 2010, p. 19).

Així doncs, la primera compilació —de l'any 1495— conté el que s'anomena *dret paccionat* i que té les peculiaritats evolutives pròpies que hem esmentat fins ara, mentre que en la segona compilació —dels anys 1588-1589— s'amplia el dret de les pragmàtiques amb noves disposicions posades al dia i inserint-hi, a més a més, el seu text literal. Pel que fa a la tercera, i darrera, compilació, hom es limità a reproduir íntegrament la segona. Va ser Prat de la Riba qui va dir allò que, d'altra banda, era i és un tret característic d'aquell tarannà històric: «[...] el dret és fruit de la consciència del poble, que, fent-lo a semblança seva i segons les seves necessitats, referma el seu sentit de nació».

En l'esperit del dret públic català, el concepte de *dret* que hi subjau és que no es tracta de la facultat d'ordenar, sinó de la facultat d'expressar, de manera que no s'atorga a l'autoritat cap poder per a instituir el dret, sinó que se la faculta per a convertir-lo en fórmules jurídiques que el puguin expressar; així doncs, la missió de l'autoritat no és crear el dret, sinó escriure'l amb l'objectiu que pugui ésser emprat com a mitjà per a assolir l'objectiu de la justícia. Diu Francesc Maspons:

El dret i la justícia que el legislador expressa en formular la llei, són anteriors i superiors a ella; la funció legislativa és l'instrument que els recull i els presenta en forma concreta i fàcilment recordable (Maspons, 2006, p. 24).

Pel que fa al poder executiu, efectivament, corresponia a la prefectura de l'estat a través de la figura del cap de l'estat, que és el sobirà, subjecte sempre a l'observança escrupolosa del marc constitucional i dels altres drets inherents, i que manté una preeminència major que la que tenen els actuals monarques caps d'estat, però sempre dins del marc jurídic i mai per damunt d'aquest: a Catalunya el príncep no pot sancionar lleis generals sense l'aprovació i el consentiment de les Corts, basant-se en el pacte com a mecanisme bàsic de la constitució política del Principat, tant pel que fa a la funció legislativa, com a vincle jurídic que obliga el mateix comte rei limitant les seves facultats, com per la impossibilitat de modificar-lo unilateralment atès el seu sotmetiment al marc legal. El cap d'estat aplica, i fa aplicar, les lleis, ajustant-se a aquestes tant en el fons com en la forma.⁸

La fórmula de jurament del successor de la corona en vida del rei, en el qual les corts fan constar, cada cop que s'esdevé el jurament d'un successor al tron, que es tracta d'un acte merament voluntari, i no pas d'una obligació, ja ens informa que estem davant d'una

8. Malgrat això, existia una figura, la de les anomenades *regalies*, que era com una sèrie de drets concrets vinculats íntimament al monarca *ossibus affixae* ("unides als ossos"). Les regalies no es corresponen amb cap figura ni mecanisme jurídic dels que tenim vigents avui dia en el dret públic. Reproduïrem el que ens en diu Víctor Ferro: «Podem dir, repreneu la definició d'un jurista de l'època, que "les regalies, en termes generals, són aquells drets que pertocquen a l'emperador, al rei o al senyor suprem que no reconeix superior", és a dir, al sobirà. Les regalies es classificaven, segons l'origen, en regalies de dret comú, ço és, derivades del dret romano-canònic, rebut com a supletori a Catalunya, i en els procedents dels usatges i constitucions de la terra; segons llur naturalesa, en eclesiàstiques i seculars; per llur importància, en majors i menors, segons que fossin exclusivament del príncep o que poguessin ésser adquirides pels inferiors (barons i comunitats) [...]» (Ferro, 1999, p. 35).

institució de caràcter paccionat. Aquesta és la doctrina predominant al segle XVII, basada en la tradició de la submissió espontània dels catalans a Carlemany en el decurs del seu regnat i, per tant, de caràcter originàriament electiu.⁹

El monarca comparteix l'exercici de la potestat legislativa amb els braços, situació que només es produeix en la Cort General. La convocatòria de la Cort General és competència exclusiva del comte rei, la qual és indelegable fins i tot en cas d'impediment del rei, llevat que la lloctinència estigui regida per la reina o per un príncep de sang, però amb el consentiment de la Cort General.

El cap d'estat pot dictar normes generals en forma de pragmàtica, sempre que no entrin en contradicció amb les lleis generals paccionades, facultat, tanmateix, força àmplia en teoria i molt reduïda a la pràctica. La seva potestat legislativa també s'estén a l'expedició de diversos preceptes de rang inferior —seria l'equivalent al que avui són les normes que emanen del poder executiu: decrets, ordres—, que, en cap cas, no poden vulnerar ni contradir les lleis paccionades, generals o particulars, cosa que en produiria la nul·litat.

La potestat judiciària està en mans del rei, amb la limitació que els braços han de participar en la interpretació de les lleis de la mateixa manera que la seva intervenció és imprescindible per a elaborar-les. No obstant això, el monarca, a través del seu lloctinent i de la Reial Audiència de Catalunya, té competència exclusiva per a jutjar l'abast dels privilegis que la monarquia ha anat atorgant; també pot dictaminar sobre la validesa dels despatxos de la Cancelleria General de la Corona i sobre tot el que correspon al nomenament d'oficials reials.

El comte rei té reservat, com a competència pròpia, el nomenament de: canceller, regent de la Cancelleria, doctors de l'Audiència, jutges de cort, portantveus del general governador, mestre racional, regent de la tresoreria, batlle general, advocat fiscal patrimonial, veguers i llurs assessors, sotsveguers, alguns batlles reials i jutges de taula. I té dret a presentar candidats a l'arquebisbat, als bisbats i als càrrecs eclesiàstics de pes de Catalunya.

Finalment i en relació amb el cap de l'estat, cal afegir que el comte rei no pot imposar de manera unilateral càrregues fiscals, sinó que ha de convocar la Cort General —que per costum constitucional era la manera preceptiva de demanar-ho—, amb la sol·licitud prèvia als estaments i de manera prou convincent, atès que els representants del regne maldaven per evitar que qualsevol concessió puntual acabés engendrant un dret permanent. És prou significatiu el fet que el mateix monarca, així com tota la seva família, estaven obligats a pagar els drets de la Generalitat.

Fins aquí hem analitzat les institucions; ara toca estudiar el sistema normatiu que va informar i impregnar el dret públic català anterior al Decret de Nova Planta. Pel que fa al dret, per molt que pugui sorprendre que a l'hora d'estudiar l'edat mitjana es pugui parlar del principi de legalitat, en el cas de Catalunya s'ha de fer, i s'ha de fer amb convicció, com si es tractés d'un estat de dret actual.¹⁰ Totes les autoritats, àdhuc el sobirà, estaven sotmeses a la llei —sempre

9. Aquesta doctrina i aquest argument foren cabdals a l'hora de justificar el trencament amb Felip III (IV de Castella) el 1640 i reconèixer Lluís XIII de França com a comte de Barcelona, Rosselló i Cerdanya.

10. Més enllà i deixant de banda les reticències personals pel que fa a aquest concepte d'*estat de dret*,

insistent, però, en aquest principi bàsic de l'esperit del dret català que no és la llei la que crea el dret, sinó que només es limita a expressar-lo—, però per si això ja no fos suficient, quan es parla de la reparació dels actes lesius, la llei dona una solució que ens atrevim a emmarcar dins l'aplicació rigorosa dels principis d'eficiència, eficàcia i celeritat. Així, la mateixa norma que regula l'exercici de les potestats públiques, aporta la solució al problema que es planteja tot establint que si els actes il·lícits de l'administració són nuls o anul·lables, no té cap sentit haver d'esperar que l'oficial responsable de l'il·lícit respongui davant d'un judici de taula,¹¹

reticències que justificaré i desenvoluparé més endavant en un altre treball específic. Segons la definició del Termcat, l'estat de dret és un «[m]odel d'estat on regeixen la divisió de poders, la supremacia i reserva de llei, el reconeixement i la garantia dels drets i llibertats fonamentals dels ciutadans, el principi de legalitat de l'Administració pública, el control judicial ordinari de la potestat reglamentària i de la legalitat de l'activitat administrativa i el principi d'integritat patrimonial en cas de lesió de drets o béns per raons d'interès públic». El que ens grinyola és la supremacia de la llei, concepte contrari al que aquí estem dient. Recordeu: «La llei no és el dret, sinó una manera d'expressar-lo. És un pacte entre autoritat i governants. Si el poble no l'accepta, no l'obliga. En aquest sentit, el dret català avantposa l'interès de la justícia a l'observança de la llei». Per a no allargar-me més, només recordaré que el Regne d'Espanya, en nom de l'estat de dret, ha desenvolupat una veritable i implacable guerra judicial (*lawfare*) contra Catalunya. Per tant, estat de dret i garantia dels drets i les llibertats fonamentals dels ciutadans pot arribar a ser un veritable oxímoron.

11. La purga de taula fou una institució disciplinària, de fiscalització i d'exigència de responsabilitats sobre els fets i les actuacions dels funcionaris públics en l'exercici del seu càrrec. Aquesta institució s'incorpora en el dret europeu medieval a partir del dret romà i encara hi roman. En el cas de Catalunya, la institució perdura amb el nom de *purga de taula* fins al Decret de Nova Planta, malgrat que la seva desaparició és més com a conseqüència de la inactivitat de la mateixa institució que no per una derogació explícita.

El «judici de taula» o «purga de taula» és un procés de depuració de responsabilitats dels oficials reials —estaven subjectes al procediment veguers, sotsveguers, batlles, sotsbatlles, corts, assessors, jutges ordinaris, carcellers i altres oficials menors, com els saigs—, al qual s'havien de sotmetre cada tres anys, quan finalitzaven el mandat, i en el qual, només si hi havia una denúncia a instància d'una part —mai d'ofici—, se sotmetien a judici durant quatre mesos. Finalitzat aquest termini i una vegada dictada la sentència en el darrer d'aquests quatre mesos, podien continuar en el càrrec durant un altre període igual, si la sentència era absolutòria, o bé havien d'abandonar la funció pública i pagar les penes que se'ls haguessin imposat, si la sentència era condemnatòria. Finalment, hi havia una fase d'apel·lació de dos mesos més, si l'oficial condemnat presentava un recurs, o bé, en el supòsit d'absolució de l'oficial, podia presentar el recurs el denunciant.

La institució de la purga de taula era un procediment generalitzat, ordinari i sense excepcions, automàtic i periòdic, d'exigència de responsabilitats, en forma de control *a posteriori* de la gestió en l'exercici del càrrec, a tots els oficials reials, «oficials e persones qui haran usat de jurisdicció» —funcionaris públics, en definitiva—, en forma de judici contradictori i, per tant, amb caràcter i encasellat com a dret disciplinari. No obstant això, si una vegada obert el procediment no hi havia cap denúncia, no es feia cap judici i el procediment es tancava. Es reglamentava mitjançant constitucions promulgades durant els regnats de Pere II el 1283, Alfons II el 1289 i Jaume II en les corts Barcelona de 1299, de Lleida de 1301 i de Barcelona de 1311.

És important destacar que tots aquests oficials, com a requisit previ i indispensable per a desenvolupar la seva funció, havien d'haver dipositat garanties —una fiança— en el moment de començar a exercir llur càrrec, de manera que no podien iniciar la seva funció sense que el jurament i la fermança no haguessin estat efectuats.

La purga de taula és un procediment que jutja els fets, les accions, les omissions, les negligències, les actuacions i les conductes dels funcionaris públics en l'exercici del seu càrrec i en el desenvolupament de les seves funcions, realitzats contra el sistema normatiu vigent al país, en perjudici del monarca i/o dels particulars. En la purga de taula no es jutjava mai la possible i/o presumpta conducta delictiva personal en afers particulars, que havien de ser tractats mitjançant la justícia ordinària. L'ordenació de Jaume II del 1311 fa una relació detallada

sinó que en aquest cas —d'acord amb allò instituït en la Constitució de l'observança o *Poc valdria*—, basant-se en el fet que es declaren nul·les *ipso facto* «qualsevol letres, provisions, manaments, comissió o comissions ab carta o sens carta» contràries a aquelles lleis, fetes pel mateix rei, pel primogènit o lloctinent, pel governador o portantveus del governador o per qualsevol altre oficial reial, s'impedeix de soca-rel l'actuació il·lícita, aturant-ne el curs, per a evitar així danys majors.

En matèria de dret, en cap altre país com a Catalunya el concepte de *pacte* com a fixació, objectivació i creació de normes queda reflectit de manera tan preeminent en el seu ordenament jurídic públic com a fonament de la legislació positiva i garantia del principi de legalitat, tant per al poble com per al sobirà. Formalment, tot el dret vigent a Catalunya, incloent-hi el públic, era o bé paccionat o bé consuetudinari, ja sia de manera directa, ja sia per implicació.

Sobre el dret consuetudinari¹² —el costum fa llei—, s'ha de dir que és la base material de tot el sistema jurídic del Principat, de manera que allò que era costum, s'acabava imposant, o bé reconegut pels tribunals, o bé recollit en les mateixes lleis. El costum general, en forma de llei paccionada tàcita, té la mateixa eficàcia i força d'obligatorietat que les lleis promulgades en corts. De la mateixa manera, el costum local s'assimila al privilegi contractual. Les corts reconeixen la supremacia del costum convertint-lo en norma legislativa. En concret, a les Corts de Montsó de 1470 es reconeixen determinades facultats als ens locals de les ciutats, viles i llocs, perquè prèviament el costum ja les havia

d'allò que haurà d'ésser objecte d'instrucció del sumari i jutjat mitjançant la purga de taula.

Aquesta relació de les matèries objecte de fiscalització és la següent:

- a) negligència en la custòdia i el manteniment de la jurisdicció i els drets regis;
- b) furt, frau monetari o una altra acció que ocasioni dany al rei i perjudici de llur jurisdicció;
- c) violació i manca d'observança de les constitucions, de les ordenacions de les Corts generals i de les lleis en general;
- d) prevaricació, concussió (abús, prevaricació), extorsió, suborn i qualsevol altre guany il·lícit;
- e) injúries a universitats (municipis), prelats, eclesiàstics, ciutadans homes rics, cavallers o persones d'altra condició,
- f) tots els altres fets que es puguin considerar delictius i que siguin realitzats en l'exercici del càrrec.

Quan els oficials tenien taula, havien de dipositar els salaris als jutges i els era prohibit sortir de la ciutat o vila on se celebrava el judici sense permís explícit en el decurs dels cinquanta dies següents. Els jutges convocaven, mitjançant crides, els possibles reclamants a presentar càrrecs durant el termini del mes següent.

Per descomptat, el «judici de taula» no havia de finalitzar sistemàticament amb la condemna dels funcionaris públics, sinó que més aviat s'esdevenia el contrari, car l'acabament normal era l'absolució i, per tant, el retorn a l'exercici del càrrec. Conclòs el procés, els oficials sotmesos a «inquisició» podien emprendre accions contra aquell que havia exercit l'acusació i no havia presentat proves, de manera que aquesta doctrina també representava un límit a l'abús de la denúncia sense fonament, per motius d'odi, animadversió i/o similars.

En tot cas, la condemna de tot oficial del qual s'acreditava la culpabilitat, comportava la impossibilitat de tornar a exercir qualsevol càrrec i ofici reial.

12. Ens diu Maspons: «El resum de la doctrina catalana sobre la força del costum és concretat en l'adagi popular que diu: “tractes rompen lleis”. Socarrats repeteix el mateix concepte amb aquestes paraules: [...] el costum té tanta força com el pacte. I el pacte és la màxima expressió de la llibertat civil, com ensenya un altre adagi que diu: “tracte és tracte”; és a dir, el pacte és llei» (Maspons, 2006, p. 35).

consagrat. Cal afegir que la fórmula corrent d'invocar la llei en les constitucions solia ser: «Desitjants que los Usatjes de Barcelona, Constitucions de Cathalunya, Capítols de Corts, Usos, Pràctiques e consuetuds [...]».

Sobre la prelació de les fonts de les normes que integraven el dret positiu a Catalunya, la jerarquia de les normes era la següent: lleis paccionades i costum general, dret comú, doctrina i equitat. Així, direm que estava encapçalada per les constitucions i altres drets i costums en sentit ampli, amb l'asimetria d'ambdós elements constitutius; regia el principi que la nova norma derogava l'anterior en allò en què eren incompatibles; la norma general no anul·lava la local o la particular si no en feia menció explícita; els privilegis no podien ésser perjudicats per altres privilegis, ni revocats sense una causa justa, i els pronunciaments judicials estaven per sobre de les disposicions de caràcter administratiu.

En l'esperit del dret català, la norma constitueix la garantia de tots els drets i, per tant, de la llibertat —que constitueix la raó de ser i el pressupòsit tàcit de tot el seu ordre institucional— que representa l'existència d'un judici equitatiu i que deriva de la manta vegades citada —sinònim, d'altra banda, de la seva altíssima importància— constitució *Poc valdria*, fonamentada en l'usatge *Alium namque*,^{13,14} «tenguessen justícia e jutjassen per dret», del qual es desprenen dos preceptes: el primer és que el rei, en acceptar la seva dignitat i jurar aquest usatge, s'obligava contractualment a fer justícia; el segon, que no n'hi ha prou que el príncep —i els seus oficials— apliqui la norma, sinó que ho ha de fer amb subjecció estricta a la llei, en un judici —amb cognició de causa— imparcial i just. L'esperit d'aquella doctrina és que ningú no podia veure alterada la seva situació jurídica si no era per ministeri de la llei general o en virtut d'una sentència judicial resultant d'un procés ajustat al dret.

L'esperit del dret públic català informa tota la cosa pública i és en aquest sentit que, ultra el que hem esmentat fins ara, cal destacar també altres característiques que ens interessa poder contextualitzar pel seu abast i pel seu contingut, com, per exemple, el caràcter representatiu i no deliberant del veguer i del batlle davant els òrgans col·legiats de l'ens local, atès que no intervenen en les reunions del consistori. També, i en el mateix sentit, cal remarcar que l'administrador en cap —conseller en cap, paer en cap, cònsol en cap, jurat en cap o procurador en cap— només intervenia —si més no, en el cas de Barcelona— en les votacions per a desfer un empat. Aquesta fórmula de separació de la part executiva i legislativa de la

13. «Si s'ha dit, amb justícia, que la constitució “Poc valria” representa, amb les altres del títol “De observar constitutions”, la culminació de l'edifici de la juridicitat catalana, es pot assegurar que l'usatge “Alium namque” n'és el fonament» (Ferro, 1999, p. 334).

14. Usatge *Alium namque*: «Altre noble, honest e profitós usatge meseren los sobredits prínceps, que ells tengueren, e lurs successors manaren tenir per tots temps, ço és que tenguessen cort e gran companya, e fessen condit, e donassen soldadas, e fessen esmenas, e tenguessen justitia e jutjassen per dret, mantenguessen lo opremut, e acorreguessen al assetjat, e quant volguessen menjar que fessen cornar, que tots nobles e no nobles, se venguessen dinar; e aquí partissen los vestiments que haurian, entre los magnats e enfre lur companya; e aquí manassen host ab què anassen a destruir Espanya (terra de moros), e aquí fessen cavallers novells» (Pau MOGAS LÓPEZ-NIETO, «Usatge “Alium namque”, el mandat dels prínceps al Principat de Catalunya», *Paüm'n* [blog]; <<https://paumogasln.blogspot.com/search?q=Alium+namque/>> [consulta: 21 febrer 2022]).

merament formal i representativa de l'ens local, és una de les altres característiques destacades d'aquest model de dret públic.

Cal subratllar també, pel que fa a la contractació de personal al servei de la cosa pública, que sobre aquest personal a Catalunya regia la norma que no es podien crear nous oficials sense una base legal, regla consagrada, essencialment, de cara als oficis locals. Així, els oficis públics estaven ocupats per oficials —el que avui dia són els membres de la funció pública—, la divisió dels quals l'hauríem de fer prenent en consideració quatre paràmetres diferents: *a)* per la tasca desenvolupada, trobem els encarregats de fer justícia i els de la resta de la cosa pública; *b)* pel rang, els oficials superiors —els que estaven en l'òrbita del sobirà i del lloctinent— i els inferiors, que eren tota la resta i que moltes vegades coincidien amb els oficials locals; *c)* per l'autoritat de qui depenien, els oficials reials i els oficials baronials; i *d)* per la relació contractual, els oficials ordinaris —els que, malgrat el decés de qui els havia designat, continuaven exercint llurs funcions— i els oficials delegats —els que avui dia serien els càrrecs de confiança—, que cessaven automàticament amb la desaparició de la persona que els havia delegat. Cal ressaltar que en aquests oficis la negligència era considerada delictes, per això estaven sotmesos a taula —depuració de responsabilitats, com explico més enrere, en la nota a peu de pàgina número 11.

És especialment rellevant la creació, per primera vegada en la història, d'un tribunal específic de garanties constitucionals. En defensa de la legalitat paccionada, es crea el Tribunal de Contrafaccions, institució que garanteix l'aplicació de les constitucions catalanes i resol de manera suprema davant qualsevol acció per part del rei, o dels oficials del rei, contrària a l'ordenament constitucional vigent. La Constitució de l'observança, que, com s'ha dit, és la culminació de l'estructura institucional de Catalunya, estableix el principi que el rei està sotmès a les constitucions catalanes. Però no va ser fins a les Corts de 1701-1702, que, ironies de la història, el rei Felipe IV —V de Castella— va aprovar la creació del Tribunal. El Tribunal de Contrafaccions va quedar configurat com un tribunal de garanties constitucionals i estava format de manera paritària pels representants del rei i els representants dels tres braços. Permetia així garantir l'ordenament jurídic amb la coparticipació de les institucions del Principat i dels oficials reials. Va assumir l'atribució que fins llavors havia pertangut en exclusiva a la Reial Audiència de Catalunya i fou abolit pel Decret de Nova Planta.

Com a recapitulació, citarem el que Víctor Ferro ens diu sobre el realisme jurídic i el positivisme històric a Catalunya:

[...] a Catalunya, tal cosa era lícita i tal altra prohibida i les coses s'havien de fer d'aquesta o d'aquella manera no en homenatge a la coherència teòrica sinó perquè en tal o tal altre moment així s'havia acordat, expressament o tàcita, entre la potestat suprema, d'una banda, i un individu, una corporació, un estament o tota la comunitat política, de l'altra. [...] Veiem així com, a Catalunya —que es va mantenir estrictament fidel a aquesta concepció mentre d'ella va dependre—, en qualsevol argumentació jurídica, fins a principis del segle XVIII, hom citava amb naturalitat i pertinença colpidores, disposicions que dataven de feia dos, tres, quatre, cinc i sis segles abans i que eren elements actius i fecunds del sistema jurídic vigent. [...] després de les grans reformes del regnat de Ferran el Catòlic, tots els conflictes es plantejaven —i es podien plantejar— en termes de dret i no pas de doctrina política (Ferro, 1999 [1987], p. 430-431).

3. EL DRET PÚBLICA CATALÀ EN ELS SEGLES XVIII, XIX I XX

Com ja hem posat de manifest, una cosa és el dret públic català propi i una altra de ben diferent és el dret públic fet a Catalunya dins el marc jurídic espanyol, així com la cultura jurídica dominant, que eren —llevat del cas de la República, quan hi ha un veritable intent de trencament amb el marc estatal—, i són, els de l'Estat espanyol, de manera que qualsevol intent de nous plantejaments i de doctrines innovadores s'havia —i s'ha— de contraposar a la continuïtat dels esquemes coneguts i s'ha d'enfrontar a la realitat del context jurídic dominant, sempre contrari a qualsevol interpretació diferent dels estàndards del model administratiu «normal» i distinta del discurs oficial. Afirmar el professor Xavier Arbós:

El dret positiu és ordenament, com és obvi, però viu a través dels juristes que l'interpreten, l'apliquen i n'orienten l'evolució. La doctrina acompanya els projectes, disposada a perfilar les institucions reivindicades i a redactar les normes que es volen aplicar un cop produït el canvi polític. El dret és la tecnologia de la governació, des de l'adveniment de l'Estat modern, i el saber jurídic (el «Dret», amb majúscula) és un recurs intel·lectual indispensable per al poder. En aquest sentit, el coneixement i les opinions dels juristes catalans són un element que cal tenir en compte pel que poden haver influït en la definició del dret públic propi (Arbós, 2010, p. 23-24).

Tampoc no podem ignorar una realitat, tan crua com es vulgui, que es reflecteix en una manca d'interès i un tarannà acomodatiu generalitzat que impediressin —i impedeixen— un desenvolupament cert i imaginatiu d'un dret públic propi, conseqüència d'una estesa mentalitat regionalista —o autonomista radical— en contraposició a la independentista espiritual —segons la definició de Josep Maria Casasús—,¹⁵ en el sentit que molt sovint el regionalista/autonomista oblida que és catalanista i s'abandona a allò que resulta més senzill, més còmode, sense complicar-se la vida. En el pròleg del llibre *Estudis per a una llei de governs locals de Catalunya, 2007-2011*, Enric Argullol ens diu:

[...] en comprendre tants aspectes de la ordenació del règim de les entitats locals apareixen diverses perspectives de manera que en ocasions domina la continuïtat dels esquemes coneguts, mentre en altres es fan propostes noves imaginatives. La primera nota és comprensible ja que el pes de la regulació local té arrels molt profundes, com posen de relleu les successives legislacions locals —o projectes normatius— al llarg dels segles XIX i XX. La segona característica és particularment interessant ja que trenca amb allò que podríem anomenar el pensament administrativament correcte. Anar per aquest camí, que té òbviament riscos, és més engrescador i concita la crítica i el debat més animat (Renyer, 2011, p. 30).

En aquesta mateixa línia, Víctor Ferro es mostra sorprès per la celeritat amb què els juristes del país abandonaren el dret públic propi aprofitant l'ensulsiada del marc jurídic

15. Josep Maria CASASÚS, «Bells “christmas” en català», *ARA*, 1 de desembre de 2016.

propiciada per la derrota del 1714. Segons el que es desprèn d'allò que aporta Ferro, aquesta avinentesa es dona a causa de dues circumstàncies cabdals: la primera és que intel·lectualment a Europa s'imposava un nou model absolutista —per tant, el dret públic català formava part d'un marc jurídic del passat—, i la segona és la manca d'interès pràctic i la comoditat que proporcionava no haver d'anar a contracorrent. Diu Ferro:

Sobta, però, de comprovar com, en un parell de generacions, s'evaporà el record d'unes institucions que semblaven arrelades en la mateixa entranya física de la terra, especialment en uns juristes que feien servir cada dia el recull de lleis del país i els autors que tan fidelment les havien glossades (Ferro, 1999, p. 456).

Més alarmant encara és l'estranya persistència d'aquell oblit i d'aquesta inhibició en qüestions de dret i institucions públiques un cop canviat aquest panorama ideològic i polític. Cert que les noves concepcions que el substituïren continuaven, amb uns altres punts de partida, la línia voluntarista i eren, per tant, alienes a la tradició institucional de Catalunya, i es movien, endemés, en el marc d'un Estat nou, molt més ample. Potser per això el particularisme jurídic i institucional de la Catalunya moderna s'ha concentrat en el dret privat i ha predominat llargament davant el problema del dret públic un desinterès entre cínic i malfiat (Ferro, 1999, p. 460).

És en el segle xx quan es produeixen tres parèntesis d'aquesta deriva general: el de la Mancomunitat, a partir del 1914, i el de la República, a partir del 1931, un període a tot estirar, essent generosos i sumant-los tots dos, de dinou anys, onze anys de la Mancomunitat de Catalunya (1914-1925) i vuit anys de la Generalitat republicana (1931-1939); i un darrer període d'una mica més de trenta anys que arrenca de la resta uració de la Generalitat efectuada pel règim del 1977 i que perviu fins avui, període, endemés, en el qual es promulguen les lleis de divisió i ordenació territorial —un veritable trencament amb el model vigent—. Dos intents més de desbordar el marc existent, malgrat els bons propòsits, van quedar en no res: el *Llibre blanc de la funció pública catalana*, el 2005, i la proposta ja esmentada i reflectida en el llibre *Estudis per a una Llei de governs locals de Catalunya 2007-2011*, el 2011. Malgrat tot i amb tot, es constata, malauradament, que la immensa majoria de juristes del país desconeixien, i desconeixen, l'existència d'un dret públic propi i, per tant, ni tan sols es plantegen, ni s'han plantejat mai, cap altra realitat que la del model imperant.

3.1. LA MANCOMUNITAT DE CATALUNYA

Mitjançant el Reial decret de 18 de desembre de 1913, sobre mancomunitats provincials, i a l'empara de la Llei provincial del 29 d'agost de 1882, es van regular i permetre la constitució i l'organització mancomunada dels poders i recursos econòmics de les diputacions provincials. Aquesta llei, que fou el resultat d'un llarg procés ple d'incidències —és un projecte que es planteja per primera vegada el 1908—, fou la que proporcionà els fonaments jurídic per a la constitució de la Mancomunitat de Catalunya el 6 d'abril de 1914.

És així com, dos-cents anys després de la pèrdua de les institucions catalanes, per primera vegada apareix una institució política de caràcter nacional amb l'objectiu nítid de recuperar aquell esperit del dret públic català: «[...] recuperar la capacitat de la gestió administrativa de les antigues Corts Catalanes».

És, doncs, després de dos-cents anys, la primera experiència de desenvolupament d'un determinat dret públic català —o, per a ser més rigorosos, d'un dret fet a Catalunya sotmès al marc jurídic del Regne d'Espanya— amb voluntat explícita d'enllaçar, en la mesura que es pugui, amb el llegat del veritable dret públic propi. Acollint-se, doncs, a l'esmentat Reial decret de 18 de desembre de 1913, les províncies de Barcelona, Girona, Lleida i Tarragona s'uneixen indefinidament per a constituir la Mancomunitat de Catalunya, que es regeix per les disposicions del seu estatut de constitució i pels acords de l'Assemblea, i del Consell, en exercici de les seves atribucions i per a finalitats exclusivament administratives.

Cal advertir que no es produeix una descentralització de l'estat a favor de la Mancomunitat, sinó que estem davant del que cal considerar com un inici de concentració regional de competències únicament a través de serveis i recursos propis, atès que passen a ésser atribucions de la Mancomunitat només tots els serveis i totes les funcions que la legislació provincial vigent permet establir i exercitar a les diputacions provincials, que són les que li deleguen. Això, afegit a grans dosis d'enginy, habilitat i innovació, és el que dona lloc que una «simple» concentració regional de competències acabi esdevenint una veritable obra de govern. Argullol ho expressa així:

Quan hom repassa les fites del catalanisme polític en la seva projecció institucional es constata el caràcter innovador de les propostes que finalment s'implanten. No ho dic tant com un elogi sinó com la constatació que s'ha buscat fórmules que no són la mera repetició d'aquelles que són conegudes en aquell moment (Argullol, 2015, p. 45).

Així, les competències sobre les quals la Mancomunitat podia desenvolupar la seva activitat eren les de cultura i instrucció, camins i ponts, obres hidràuliques i ferrocarrils, telèfons, agricultura i serveis forestals, beneficència i sanitat, política social i finances.

És, doncs, en aquestes àrees que es genera dret públic a través dels acords i les resolucions corresponents de caràcter administratiu, certament, però indefugiblement amb un marcat tarannà polític i com a resultat de la suma d'iniciativa, enginy, clarividència, decisió i valentia, així com d'elements propis de l'esperit, l'ideari —el catalanisme polític—, la filosofia, els principis i els homes que han estat a l'origen del procés de constitució de la institució. Clara Isabel Velasco ho il·lustra de la manera següent:

Hem emfasitzat que la Mancomunitat no tenia capacitat legislativa, però això no vol dir que estigués mancada d'una certa capacitat normativa. La seva capacitat de crear normes, no només de dictar simples actes administratius, sinó de dictar normes d'obligat compliment general, estava vinculada a l'exercici, a la gestió o a la posada en marxa dels serveis que fossin de la seva competència (Velasco, 2015, p. 89).

Es promulguen disposicions de caràcter normatiu que alteren el context existent i disposen la posada en marxa de polítiques, accions i actuacions que en la majoria dels casos retrobem en els fonaments de la Generalitat republicana i que en bona part perduren fins avui dia.¹⁶ Afirmar Arbós:

L'obra de la Mancomunitat es manté encara com una referència de gestió pública modernitzadora, i la força de l'impuls de vertebració del país encara perdura (Arbós, 2010, p. 32).

L'obra de la Mancomunitat va ser extraordinària, i el mèrit rau probablement en la capacitat d'utilitzar amb talent i empena un marc competencial migrat: diríem que es va saber exercir l'autogovern (Arbós, 2010, p. 39).

3.2. LA GENERALITAT DE L'ANY 1931

Amb la proclamació de la República Catalana, convertida posteriorment en Generalitat de Catalunya, es produeix un veritable acte revolucionari i de trencament amb l'ordenament vigent. En el decurs d'aquest curt període és on trobem una producció —i encara més intents de fer-ho— de dret públic català propi al marge del context jurídic precedent, malgrat que hom reconeix la influència d'aquest en la seva gènesi i que es pateix la preeminència d'aquest en la seva aplicació, una vegada passats els inevitables sedassos de les institucions i els tribunals espanyols.

De la producció normativa d'aquesta etapa, en destacaríem: el Decret de restabliment de la Generalitat de Catalunya, del 1931; l'Estatut d'autonomia del 1932 —mitjançant la llei que atorgava al Principat de Catalunya un règim d'autonomia, aprovada pel parlament espanyol el 9 de setembre de 1932—; l'Estatut interior de Catalunya, del 1933; la Llei municipal de Catalunya, del 1933; la Llei i el Decret de majoria d'edat, del 1934 i el 1936, respectivament; les lleis de pressupostos dels anys 1933, 1934 i 1936; la Llei de creació del Tribunal de Cassació de Catalunya, del 1934; la Llei de contractes de conreu, del 1934; la Llei de cooperatives, del 1934, i els decrets que establien la jornada de quaranta hores setmanals, del 1936.

La tesi de Maspons és que la proclamació de la República el 14 d'abril de 1931 és un veritable acte de sobirania, tal com posa de manifest en el valorat —tan enormement important com escassament conegut— dictamen del 12 de febrer de 1932, *La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola*:

16. Institucions i actuacions creades i desenvolupades per la Mancomunitat de Catalunya que perduren avui dia: l'Institut d'Estudis Catalans, l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, la Biblioteca de Catalunya, l'Escola Industrial, l'Escola Superior dels Bells Oficis, una profusa promulgació de polítiques educatives, una reeixida estratègia de polítiques socials i d'atenció a les persones, i una iniciativa cabdal en infraestructures viàries, xarxa de ferrocarrils, comunicacions —telèfon— i obres hidràuliques.

El decret del Govern provisional de la República Espanyola, de 9 de maig de 1931, els preceptes del qual *fixan el règimen provisional* de relació entre la República i la Generalitat, als seus articles 1 i 5 reconeix de competència exclusiva de Catalunya, la formulació i aprovació de l'Estatut que l'ha de fixar per al successiu.

No essent, doncs, Catalunya, un Estat vassall, ni un Estat protegit, té la plenitud de facultats que corresponen als que gaudeixen plena independència, que, en els termes de l'*Avis consultatif*, vol dir plena sobirania (Maspons, 2006b, p. 72-73).

A partir, doncs, de la proclamació de la República Catalana, tot el conjunt del dret eixit de les institucions catalanes és dret públic català. El mateix dictamen estableix doctrina i, com ja s'ha dit, són els juristes quan interpreten el dret positiu els que estableixen doctrina.

L'esmentat dictamen del 12 de febrer de 1932 centra tot el seu treball a demostrar jurídicament que Catalunya continua essent un estat que no ha deixat de ser-ho malgrat la caiguda del 1714. En paraules d'Hèctor López Bofill sobre aquest dictamen:

La seva tesi, en essència, és que la proclamació de la República Catalana el 14 d'abril pel President Francesc Macià confirma els atributs d'Estat del poder públic català, de manera que les relacions entre la República Catalana i la República Espanyola, com ho demostra l'anàlisi dels decrets aprovats pel govern català i pel govern espanyol en els dies successius, s'ajusta a la idea d'un pacte entre entitats sobiranes (López, 2006, p. 105).

Maspons i Anglasell ens diu que «Catalunya va ésser un Estat amb plena sobirania fins a 1714». El mateix Decret de Nova Planta del 1716 no pot evitar continuar reconeixent l'existència de Catalunya com a estat quan fa una referència constant al «Principado de Cataluña» —«Nueva Planta de la Real Audiencia del Principado de Cataluña»— o bé a les Constitucions catalanes, com he posat de manifest en altres treballs. Aquesta realitat ens porta directament al dia d'avui, passant per la restauració de la Generalitat l'any 1977 i pel dictamen esmentat de Francesc Maspons, tal com veurem més endavant.

Tot amb tot, el període fou curt i ple de vicissituds diverses —fets del 6 d'octubre de 1934, que originaren la suspensió de l'autonomia fins a principis del 1936, després de les eleccions generals del 16 de febrer, i esclat posterior de la Guerra Civil—, però el conjunt de la normativa aprovada fou en general força interessant i remarcable, digna d'un intens i acurat estudi que, malauradament i en sintonia amb el lament de Víctor Ferro, encara no s'ha produït de manera generalitzada. Ho constata contundentment Enric Argullol:

[...] la Universitat de Barcelona durant tot aquest període [la Mancomunitat de Catalunya] pel que fa a la Facultat de Dret estarà absent. Com també ho va estar durant el període de la Generalitat republicana. Hi ha una dada que és molt significativa: l'any 1939 el règim franquista va depurar a la Universitat de Barcelona 130 professors dels quals només 11 eren de la Facultat de Dret; d'aquests 11, 8 explicaven economia ja que no hi havia Facultat d'Economia en aquells moments. És una dada que posa molt de manifest que la Facultat de Dret, i d'alguna manera l'aparell jurídic, s'estava movent en unes coordenades molt distintes d'allò que estava passant en el país (Argullol, 2015, p. 53-54).

Entre la normativa promulgada que cal subratllar, en relació amb la cosa pública local, hi ha la Llei municipal de Catalunya, que fou una fita extraordinària, moderna i progressista i que, malgrat el seu curt període de vigència, va deixar una forta empremta que s'allarga en el temps i fins i tot arriba a influenciar el model municipal que es configura en la vigent Llei espanyola 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local (LRBRL), tal com posen de manifest Jaume Renyer i Josep M. Sabaté, que sobre aquesta llei subratllen:

El 26 de maig de 1933 el Govern de la Generalitat presentà al Parlament català el Projecte de Llei Municipal de Catalunya [...], resultat tant del desig de perfecció normativa, com de la necessitat de dotar d'uns mínims instruments d'actuació als municipis quan hom constitueix els elegits el gener de 1934. [...]

La Llei Municipal de Catalunya ultra reconèixer i afirmar l'autonomia dels municipis per al govern dels seus interessos, arribant a la seva màxima expressió amb l'establiment del règim de Carta (art. 59), i l'elecció democràtica dels ajuntaments, [...], és una llei flexible, adaptable a les diferents realitats municipals, amb un alt contingut social —estableix com a serveis mínims municipals l'assistència medico-farmacèutica a les famílies pobres, la creació d'institucions d'assistència social, la política social i especialment la millora de les condicions de vida de l'obrer [...], i que recull al mateix temps institucions tradicionals com el Consell Obert (art. 79) i institucions modernes com la fórmula d'empresa mixta per a la gestió de serveis municipalitzats (art. 188). La llei cerca també la tecnificació, la major capacitació i l'estabilitat dels funcionaris municipals, als quals dedica un bon nombre d'articles (Títol xv).

Pel que fa a l'organització municipal, hi destaca una concepció «parlamentària» de l'Ajuntament que combina la representativitat de l'òrgan col·legiat (Consell-Ple) i l'eficàcia dels poders executius atorgats a l'Alcalde i a la comissió executiva (la Comissió de Govern, preceptiva en els municipis de més de 10.000 habitants i facultativa per als de més de 5.000) (Fuentes, 2001, p. 37-38).

3.3. LA GENERALITAT DEL RÈGIM DEL 1977

Com ja s'ha posat de manifest, en els darrers tres-cents anys Catalunya no sols perd la seva tradició de gestió pública, sinó que, a més a més, la identifica i la pateix com un instrument de l'aparell repressor de l'Estat. En paral·lel, com també ja he blasmat, els juristes del país abandonen l'interès pel dret públic propi i abracen amb un entusiasme incomprendible el dret de l'ocupant. I, malgrat que en el darrer quart del segle xx l'estudi i el desenvolupament del dret públic a Catalunya han experimentat un increment notable, ja s'ha palesat que és un dret públic majoritàriament tributari del dret del Regne d'Espanya. Amb aquest escenari, no és estrany observar que tot l'interès pel dret públic sorgit de la nova etapa que s'enceta amb la restauració de la Generalitat l'any 1977 lamentablement no té gaire res a veure amb l'esperit del dret públic català.¹⁷

17. És evident que el Parlament de Catalunya duia a terme una activitat legislativa rellevant. Ara bé, quan es diu que no té gaire res a veure amb l'esperit del dret públic català, ens referim al fons d'aquest, car és

Podríem parlar, doncs, d'una oportunitat perduda, car el Reial decret llei 41/1977, de «restablecimiento provisional de la Generalidad de Catalunya», té dues grans virtuts: reconeix que la Generalitat de Catalunya «es una institució secular» i deroga la «Ley de la Jefatura del Estado de ocho de abril de mil novecientos treinta y ocho», de manera que dona valor jurídic a la continuïtat de la institució de la Generalitat dins la legalitat republicana del 1931. Valor jurídic que no decau perquè el Reial decret llei 41/1977 mai no ha estat derogat, sinó que simplement s'extingeix *de facto* perquè l'article 1 estableix:

Se restablece con carácter provisional la Generalidad de Cataluña, en el ámbito del presente Real Decreto-ley y hasta la entrada en vigor del régimen de autonomía que pueda aprobarse por las Cortes.

Això és en el moment en què s'aprova la Constitució. Per tant, desapareix l'efecte del Reial decret llei pel que fa a la Generalitat provisional, però es conserva ben vigent el valor jurídic de la legalitat i la legitimitat republicana, per la derogació explícita de la Llei franquista del 8 d'abril de 1937.

Restablir la Generalitat sota Tarradellas era restablir tot el que la Generalitat de la Catalunya republicana havia significat, també en la seva fundació el 14 d'abril de 1931 (López, 2006, p. 120).

Maspons, a través del seu ja esmentat dictamen del 12 de febrer de 1932, «La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola», insisteix en la significació que té la restauració de la Generalitat¹⁸ el 17 d'abril de 1931, després de la proclamació de la República Catalana tres dies abans, el 14 d'abril. És a dir, a través de la Generalitat i malgrat les diverses vicissituds esdevingudes al llarg de la història, el fet indiscutible és que la institució de govern del que fou l'Estat català continua ben vigent avui dia i plenament entroncada amb la legitimitat històrica.

La gran importància d'aquest dictamen, vist des d'ara i aquí, és que amb ell Maspons i Anglasesell posa sobre el tauler la baula que encadena la Generalitat actual amb la Generalitat anterior al 1714 i, per tant, ratifica la legitimitat i la validesa jurídica de Catalunya com a entitat sobirana, com a estat.

El restabliment de la Generalitat —va ser *restabliment*, no pas creació— fou el resultat d'un pacte entre el Govern espanyol i la Generalitat a l'exili que va significar l'únic reconeixement per l'Estat franquista o postfranquista d'una institució pròpia de la República.

ben clara l'existència d'una realitat: l'Administració pública catalana, a més a més d'haver d'estar subjecta a l'ordenament vigent, està impregnada, viciada i contaminada pel model i el tarannà jurídic espanyol, la qual cosa dificulta enormement tot intent de transformació real encaminada a la recuperació de l'esmentat esperit del dret públic català.

18. Diu Maspons en el seu dictamen: «[...] Govern que Catalunya es va donar mentre es pogué governar a si mateixa; la qual cosa vol dir que no expressa un nom nou, sense antecedents, sinó ben al contrari, un contingut real i definit, que és el de la Generalitat anterior a 1714, quan tenia i exercia totes les facultats que pertiquen a un Estat» (Maspons, 2006, p. 78).

Aquest pacte, d'acord amb el principi *pacta sunt servanda* i el que podríem dir-ne la «doctrina Maspons», s'hauria d'entendre com el fonament del restabliment de la democràcia a Catalunya. La Constitució, efectivament, no el modifica ni el deroga, per la qual cosa s'ha de considerar vigent. Un altre tema és que, de bon principi, els poders fàctics espanyols, amb el suport de les nostres pròpies llumeneres, s'hagin dedicat a enterrar aquesta idea de pacte. I així s'ha arribat al contrasentit jurídic de sotmetre al Tribunal Constitucional un estatut d'autonomia aprovat i votat pels catalans, i que aquest tribunal, a sobre, hagi dictat sentència, cosa que ha significat el trencament del pacte del 1977-1978 per la part espanyola i ha legitimat la unilateralitat catalana.

No obstant això, hem de tenir ben clar que ens movem sempre en el camp de la teoria i, a més a més, com les gasta l'Estat espanyol a l'hora d'interpretar la seva norma quan es tracta de Catalunya, com sabem, hem patit i patim: sempre amb criteris marxistes —de Groucho Marx, naturalment.¹⁹

En tot cas, ni la classe política, ni els professionals de les ciències jurídiques i polítiques, ni el món acadèmic, s'han interessat mai —o quasi mai— per estudiar, ni desenvolupar, cap altra possibilitat que no sigui estrictament la que es deriva del marc jurídic «normal» i del «pensament correcte» del regionalista radical, tot i el ventall d'enormes possibilitats que tant la restauració de la Generalitat l'any 1977 com l'Estatut d'autonomia de l'any 1979, i com, sobretot, l'Estatut de l'any 2006, obrien a la innovació i la implementació de noves eines i nous mecanismes de gestió en la cosa pública catalana, llevat d'alguna excepció com la interessant proposta de llei de governs locals de Catalunya, que, malgrat tot i potser per això, va quedar en un calaix.

Tant els estudis introductoris com tota la tasca desenvolupada en l'elaboració d'aquest projecte de llei es poden considerar unes de les úniques temptatives serioses d'un model alternatiu, malgrat la subjecció al marc normatiu indefugible. D'aquesta tasca —que fou recollida en una publicació—, el professor Argullol en precisa:

L'obra que el lector té a les mans conté aportacions importants per a un debat, sempre encès a Catalunya, sobre l'organització territorial i l'ordenació local, la significació de les quals no disminueix pel fet de no haver acabat el procés d'aprovació (Argullol, 2015, p. 30).

19. Encara que políticament potser no és correcte, permeteu-me la llicència de citar Groucho Marx mitjançant una versió lliure i personal d'una de les seves frases més cèlebres, ja que a la pràctica respon a la percepció generalitzada del que són la política i la justícia i, probablement, també sovint respon a la més crua realitat: «La política és l'art de buscar problemes allà on no n'hi ha, trobar-los —ni que sigui aparentment—, fer un diagnòstic fals o interessadament erroni, i aplicar-hi els remeis equivocats i perniciosos». I, posats a fer i en aquesta mateixa línia, pel que fa a interpretar normes i mostrar rigor en l'aplicació de principis, la frase següent també és ben escaient: «Aquests són els meus principis. Si no us agraden, en tinc uns altres».

4. EL DRET PÚBLIC CATALÀ EN EL SEGLE XXI

Més enllà de les pinzellades apuntades en el capítol anterior, parlar de dret públic català en aquest segle XXI és, sense cap mena de dubte, parlar del conjunt de normes jurídiques promulgades fins a la declaració amb què Catalunya es constitueix en una república de dret, democràtica i social, mitjançant la Llei 20/2017, del 8 de setembre, de transitorietat jurídica i fundacional de la República.

Aquest desplegament normatiu comença amb la Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, de 23 de gener de 2013, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, i la Resolució 306/XI, adoptada el 6 d'octubre de 2016, sobre l'orientació política general del Govern, que van afirmar el dret imprescriptible i inalienable de Catalunya a l'autodeterminació i van inaugurar un desplegament normatiu que va culminar amb la Llei 19/2017, del 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació, i la ja esmentada Llei 20/2017, del 8 de setembre, de transitorietat jurídica i fundacional de la República.

Al marge del Procés i pel que fa a la gestió del dia a dia, hi ha un aspecte que mai no s'ha considerat, però que en cap cas s'ha de menystenir, atès que obre vies inexplorades fins avui i que poden donar instruments per a treballar des del dret públic català en aquest segle XXI. Però per a això ens hem de remuntar a l'inefable Decret de Nova Planta. Efectivament, el Decret de Nova Planta del 1716 estableix el següent en la disposició cinquanta-sisena:

En todo lo demás, que no està prevenido en los Capítulos antecedentes de este Decreto, mando se observen las Constituciones, que antes havia en Cataluña, entendiendose, que son establecidas de nuevo por este Decreto, y que tienen la misma fuerza, y vigor, que lo individualmente mandado en èl.

Per tant, a la vista del que diu i atès que explícitament el Decret de Nova Planta mai no ha estat derogat, les Constitucions catalanes són, a grans trets, plenament vigents. Dit això, cal matisar les qüestions que s'exposen a continuació.

Evidentment, el Decret de Nova Planta destrossa el país en tots els sentits, institucionalment i socialment: elimina totes les institucions pròpies, els oficis i les relacions personals, socials i institucionals. Res de l'entramat polític i social del país resta indemne o al marge; per tant, podríem dir que «salvar» les Constitucions catalanes és pràcticament parlar per parlar. Ensenms, l'arribada de polítics, jutges i juristes castellans per a ocupar les noves institucions, i desplaçar els del país, fa inviable qualsevol aplicació d'aquestes constitucions.

Les Constitucions catalanes són el producte d'un model de país i, per tant, també d'un model institucional, de manera que no poden funcionar en un patró diferent i en unes institucions molt allunyades de l'esperit —l'esperit del dret públic català— que les va fer possibles. En conseqüència, que el Decret de Nova Planta incorpori com a part dispositiva les Constitucions catalanes, és quelcom que no ha tingut cap recorregut ni resultat pràctic fins avui.

No obstant això, la incorporació de les Constitucions catalanes al Decret de Nova Planta i el fet que aquest no hagi estat mai derogat de manera explícita —més enllà que les Constitucions regulen coses que ja no existeixen i que d'altres van quedar implícitament

derogades amb la codificació del segle XIX—, obren una important escletxa de caràcter teòric que, en tot cas, podria esdevenir pràctic si hi hagués voluntat per a investigar-ho, compromís per a fer-ho i interès per a desenvolupar-ho. Per exemple, Catalunya podria legislar en matèria administrativa, tributària i penal, i també sobre la condició de català o en dret marítim, però això, en les condicions actuals i amb els actors que gestionen l'autonomia, és lluny de poder-se fer realitat. En tot cas, queda dit per si mai algú s'atreveix a superar mentalment l'*autonomisme/autonòmic* i a reflexionar sobre un model de dret públic a partir del dret públic català.

5. ELS DOCTES CAPDAVANTERS DEL DRET PÚBLIC CATALÀ DEL SEGLE XX

Tot i el significatiu desinterès català pel dret públic en el decurs del segle XX, cal destacar dues figures cabdals, Francesc de Paula Maspons i Anglasesell i Víctor Ferro i Pomà, ambdós profusament citats en el present treball i ambdós extraordinaris coneixedors del dret públic català anterior al Decret de Nova Planta. Tant Maspons com Ferro tenen molt d'allò que cal i que és essencial en relació amb el dret públic català: independència espiritual. Per això rescaten de l'oblit la tradició jurídica ancestral, interpretant-la i mostrant-la a la llum pública i a l'abast de tots els que vulguin —vulguem— escoltar i seguir.

No es tracta de fer ara i aquí un panegíric d'aquests dos doctes doctors, car això és només un article introductori en aquesta matèria i, al mateix temps, la posada en marxa d'un instrument, *Quaderns Francesc Eiximenis*, al servei precisament d'aquesta matèria que no és altra que el dret públic català, i tampoc no escau perquè ara es tracta simplement de posar en el seu lloc, el lloc que els correspon, dos acadèmics que tenen la virtut de rescatar del passat aquesta valuosa eina, model jurídic d'unes prestacions extraordinàries, del qual lloen l'existència, n'actualitzen la vigència, aplanen el camí per a la seva pervivència i el fan visible. De manera que deixarem per a més endavant parlar àmpliament d'ambdues figures i ara ens conformarem amb una senzilla pinzellada de cada un, tot afegint que tant Maspons com Ferro compleixen amb escreix els principis, no escrits, de com ha d'actuar el català lleial «en tots els actes de la vida», i ells ho fan. Són conscients que és dur i demana sacrificis permanents, però ho fan, i tots els que ens en considerem tributaris i seguidors, els ho agraïm, infinitament i profunda.

5.1. FRANCESC MASPONS I ANGLASELL

De Francesc Maspons i Anglasesell (1872-1966), el professor associat de dret internacional públic del Departament de Dret i Economia Internacionals de la Universitat de Barcelona, Ferran Armengol, president, a més a més, del Col·lectiu Francesc Maspons i Anglasesell, en diu:

La reivindicació jurídica de Catalunya, és a dir, la reivindicació de la personalitat jurídica de Catalunya des de la perspectiva del dret, va ser, sens dubte, l'autèntic *leit motiv* de l'obra de Francesc Maspons i Anglasesell, present tant en els seus estudis de dret civil com de dret públic

català i dret internacional públic. Així, Maspons va destacar per la seva tasca de preservació del dret català i, a la vegada, fou un dels pioners de l'intervencionisme català internacional i un dels primers europeistes catalans (Armengol, 2006, p. 44).

Sense cap mena de dubte, si existís una galeria de patricis il·lustres de la nació, Francesc Maspons i Anglasesell hi ocuparia un lloc destacat. Es tracta d'una figura d'una dimensió extraordinària sense la qual seria difícil entendre d'on venim, i imprescindible per a saber on volem anar.

Francesc Maspons i Anglasesell es llicencià en dret a la Universitat de Barcelona i fou un gran especialista en dret català. Es doctorà en dret civil a la Universitat de Madrid. Posteriorment obtingué la càtedra de dret civil de la Universitat d'Oñati, a Guipúscoa. Fou un veritable home del seu temps, humanista i polifacètic, i és per això que la seva activitat va molt més enllà del món jurídic: fou president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya del 1918 al 1920; també fou president del Centre Excursionista de Catalunya del 1925 al 1931; el 1930 esdevingué el primer president de la Federació d'Entitats Excursionistes de Catalunya; el 1951 fou un dels fundadors de la Societat Catalana d'Economia, que presidí del 1955 al 1958; fou membre d'honor de l'Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid i de la Comissió Codificadora del Dret Català; fou president de la Federació Catalanoblear de Turisme; fou president de la cooperativa impulsora de la Ciutat del Repòs i de Vacances per a Obrers; va fundar i dirigir el setmanari *Claris* el 1932; tingué una activitat política particularment intensa i destacable a l'entorn de l'aprovació de l'Estatut d'autonomia del 1932; fou membre, entre els anys 1926 i 1933, del Comitè Assessor de les Minories Nacionals de la Societat de Nacions, fou vicepresident del Comitè Executiu del Congrés de Nacionalitats Minoritàries i també fou president de l'Associació Internacional per a l'Estudi dels Drets de les Minories, de la Haia; fou president de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, Econòmics i Socials; va exercir de periodista i va crear, impulsar i col·laborar activament en publicacions de tota mena... En fi, tenia un extens currículum que posa en valor la dimensió intel·lectual del personatge.

En l'àmbit jurídic i pel que fa al que aquí ens interessa, cal afegir que per encàrrec d'Enric Prat de la Riba creà i dirigí l'Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya, i que en el decurs de l'etapa de la Generalitat republicana fou un actiu divulgador del pensament jurídic autòcton, del qual la seva obra *L'esperit del dret públic català* (1932) és una de les més reeixides.

A *L'esperit del dret públic català* Maspons retrata el dret públic històric cercant en la doctrina de la immensa tradició i personalitat jurídica catalana i en els seus autors, els principis comuns que definien l'esperit del dret públic català, principis que considerava plenament vigents i congruents amb el constitucionalisme que s'anava instaurant a Europa i que, en definitiva, són plenament vigents, també, avui dia. Diu el Dr. Armengol:

Maspons no buscava la mera «resurrecció» de les normes antigues, sinó extreure'n l'esperit per a adaptar-les a les circumstàncies del moment, tal com es fa, sense anar més lluny, als països anglosaxons. En aquest sentit, cal tenir present, d'entrada, que el retrat del dret públic històric que fa Maspons és el d'un ordenament jurídic basat en els principis de justícia i llibertat dels ciutadans, que es poden considerar actualitzats en el reconeixement

constitucional dels drets fonamentals, si bé ens podem preguntar si els sistemes de protecció actuals són prou eficients o caldrien fórmules més simples. La idea de pacte o contracte entre els ciutadans i l'estat es pot actualitzar també, seguint les idees de Maspons, a través de l'aplicació del principi d'autodeterminació, que trasllada a la societat la decisió sobre la seva relació amb l'estat al qual pertany (Armengol, 2017, p. 42-43).

Cal reiterar, una vegada més, la importància del dictamen ja esmentat del 12 de febrer de 1932, *La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola*, document d'un valor extraordinari, com ja hem vist, mitjançant el qual el Dr. Maspons i Anglasesell fa visible una realitat molt oblidada, de manera interessada per alguns, inconscientment per altres, per ignorància per la resta: Catalunya és una nació mil·lenària que no mor el 1714.

Probablement, si heu arribat fins aquí, molts us deuen preguntar com és possible que un patrici d'aquestes dimensions sigui un perfecte desconegut per a la immensa majoria d'aquesta societat. La resposta es troba, una vegada més, en aquesta contaminació autonomista/regionalista, aquella dependència espiritual que hem patit i patim en tots els àmbits: institucions, universitats i societat. Parlar de Maspons és parlar de dret públic català, i això ni ha interessat ni interessa.

A la universitat no s'ha ensenyat, ni s'ensenyava, el dret públic català —llevat d'alguna honrosa excepció— i, per tant, no s'ha parlat de Maspons. És per això que el dret públic català no apareix enlloc i, com a conseqüència immediata, Francesc Maspons i Anglasesell no existeix. El resultat: els qui han de col·laborar a construir el país, que surten de la universitat, ho fan des d'una estructura jurídica de concepció espanyola, mentre que el que necessitem és gent preparada per a assumir la realitat jurídica pròpia, de concepció democràtica i de caràcter europeu.

En tot cas, esperem que per mitjà d'aquesta petita i molt breu pinzellada quedi constància, als efectes que correspongui i per al coneixement general, de qui era el Dr. Francesc Maspons i Anglasesell i de la dimensió dels seus postulats.

5.1.1. *Víctor Ferro i Pomà*

Per la seva banda, de Víctor Ferro i Pomà, la presidenta del Parlament de Catalunya, Núria de Gispert, expressa en el pròleg de la segona edició del llibre *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*:

En definitiva, convé posar en valor tots els qui, com Víctor Ferro, han viscut per salvar el nostre dret, públic i privat, per desenvolupar-lo, per difondre'l. Hem arribat on hem arribat i ens podem proposar horitzons de plenitud perquè hi ha hagut persones, amb noms i cognoms, abnegades, compromeses, conseqüents, que han sentit un deure de militància per un país que fou, és i serà, i que ara pot avançar molt, recuperant plenament la sobirania. Tant de bo que, perseverants en el camí de l'autoexigència, del sentit patriòtic i de la responsabilitat, sapiguem dotar-nos d'unes estructures públiques a l'altura del poble català, que mereix guanyar-se el futur. Aquesta seria, no en tinc cap dubte, la millor expressió de l'agraïment que li devem a Víctor Ferro (Ferro, 2015, p. XII).

El Dr. Víctor Ferro i Pomà (Barcelona, 1936 – Viladordis, 2007), jurista i historiador, es llicencia en dret el 1964 a la Universitat de la República Oriental de l'Uruguai, on la seva família s'havia exiliat, a causa de la Guerra Civil Espanyola, el 1941, després d'un periple que passa per Banyuls-sur-Mer primer, Asunción (Paraguai) després i Montevideo (Uruguai) finalment. Es doctora en dret i ciències socials a la mateixa universitat el 1967. Retorna a Catalunya, on obté la diplomatura de Ciències Empresarials el 1966. Entre el 1966 i el 1969 forma part de la Junta de Govern de l'Asociación Española de Diplomados. Entre el 1975 i el 1977 treballa com a funcionari de l'Organització de les Nacions Unides (ONU) a la seva seu de Nova York i des d'aleshores fins a la seva jubilació, a la seu de Viena de la mateixa entitat. Participa en diverses missions de l'ONU a Europa, Àsia i Amèrica. En la seva vessant de jurista reconegut, forma part del Comitè de Redacció de l'ONU en qualitat de traductor i revisor de textos jurídics. També col·laborà amb l'Organització de les Nacions Unides per a l'Agricultura i l'Alimentació (Food and Agriculture Organization, FAO), l'Oficina Internacional del Treball (Bureau International du Travail, BIT), l'Acord General sobre Aranzels Duaners i Comerç (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT), l'Organització Internacional del Treball (OIT), la Unió Internacional de Telecomunicacions (UIT) o l'Organització Mundial del Comerç (OMC), totes elles a Ginebra, llevat de la FAO, que tenia la seu a Roma. A Catalunya intervé activament en l'elaboració i la coordinació de la *Gran enciclopèdia catalana* i també en el *Diccionari d'història de Catalunya*, ambdues obres d'Edicions 62. Va ser professor d'arxivística, primer, i d'història del dret i de les institucions a la Universitat Pompeu Fabra des del 1992. El 2001 el Parlament de Catalunya li encarregà de prologar l'edició facsímil de les *Constitucions de Catalunya de 1495*, patrocinada pel mateix legislatiu.

D'aquesta resumida biografia, extreta de la segona edició del seu reconegut llibre *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta* (Barcelona: Societat Catalana d'Estudis Jurídics [Estudis]), ja es desprèn que estem davant d'un personatge d'una dimensió més que considerable, magnitud que culmina amb la magna obra suara citada. Es publica per primera vegada el 1987, es reimprimeix el 1993 i es reedita el 2015. L'any 1988 l'Institut d'Estudis Catalans va atorgar a aquest llibre el Premi Prat de la Riba.

En la I Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro, organitzada per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics i que va tenir lloc el 15 de febrer de 2018 a la seu de l'Institut d'Estudis Catalans, de la intervenció inaugural a càrrec del president de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, el Dr. Albert Lamarca i Marquès, és imprescindible manllevar el text següent:

Al llarg de tot el llibre, Ferro insisteix a dir-nos i recordar-nos allò que ja sabem i que sovint ens volen fer oblidar: l'existència de Catalunya com a nació va lligada al dret, al respecte a l'ideal de justícia. Així ho veiem en els primers usatges i en tot l'edifici institucional posterior. Les pàgines darreres del llibre són memorables, el zenit de tot el seu llibre, i hi ha frases de Ferro immarcescibles, com la seva obra. Per a un jurista del present, potser els capítols més interessants i brillants són els relatius al sistema parlamentari català, al funcionament de les Corts, i el titulat «El dret, la persona i l'autoritat», amb l'apartat fascinant «El principi de llibertat i l'imperi del dret. El procediment per directe». L'autor enllaça els vuit capítols de l'obra amb la idea del respecte dels catalans, en la història, pel dret, la llibertat, la persona.

Una continuïtat nacional en la manera de concebre el dret a Catalunya, en la seva utilitat en la vida social, no com un instrument de dominació o d'imposició, ans com un mitjà per a la llibertat individual i la convivència col·lectiva. I ho fa assenyalant tres carreus que són pilars de l'edifici sencer i s'encavalquen en una continuïtat de segles: l'usatge *Alium Namque*, la Constitució l'Observança i el Tribunal de Contrafaccions.

Del llibre i l'obra de Víctor Ferro se n'ha parlat molt i se n'ha fet moltes lloances, és cert, però mai no seran prou. I mai no en tindrem prou, de llegir i rellegir aquest tresor de la cultura catalana, de la història, de la literatura, del dret, de la societat, de l'economia, de la llengua, de la geografia, de tants aspectes del nostre passat que es projecten cap al futur. Manllevant les paraules del mateix Ferro, qualsevol nació eixordaria el món si tingués una obra com la seva (Lamarca, 2020, p. 13).

Perquè el que diu el Dr. Lamarca, no es podia dir ni més ben dit ni amb més autoritat. Aquesta citació és essencial per a entendre el personatge i la seva magna obra, un immens tresor que marca un abans i un després a aquells que hem tingut la sort i el privilegi de llegir-lo, estudiar-lo i disseccionar-lo.

6. FRANCESC EIXIMENIS

He començat aquest article amb Francesc Eiximenis i l'acabo amb Francesc Eiximenis, qui, com ja ha estat exposat, va néixer a Girona al voltant del 1330 —també ja he dit que algunes fonts situen el seu naixement al 1327— i va morir a Perpinyà el 1409. Fill d'una família acomodada i amb una bona connexió amb la casa reial, ingressà de ben jovenet a l'orde dels franciscans, on fou ordenat franciscà menor com a sotsdiaca el 22 de desembre de 1352. Assolí una àmplia formació universitària en un llarg periple tant per la Corona d'Aragó com per Europa, on participà activament en la vida intel·lectual de les universitats de París, Oxford, Cambridge, Colònia i Roma. En tot cas, de tots aquests llocs, el que més el va marcar intel·lectualment i va influir en el seu pensament fou Oxford. Finalment, el 1374 es doctorà a Tolosa de Llenguadoc, tot i que, si som més puristes, direm que, de fet, es va graduar com a mestre en Teologia, que era el grau màxim que es podia obtenir a les universitats de l'època.

És ben palès que l'extensa obra d'Eiximenis està impregnada dels principis de la doctrina cristiana en tots els àmbits de la vida civil, amb una clara identificació conceptual entre societat civil i Església, producte de la ideologia religiosa que imperava en aquell temps. I és ben cert que la interrelació Església-estat ho dominava tot, de manera que és inevitable i natural que la lectura d'Eiximenis ens pugui provocar un cert distanciament en relació amb les seves afirmacions i tesis, acostumats i instal·lats com estem ara en el laïcisme com un dels principis bàsics de la democràcia. Ara bé, salvada aquest reacció natural, la lectura apropiada i crítica ens transporta a una virtut immutable en el temps, «l'art medieval de governar», del qual hem d'extreure la comprensió de com s'ha de fer això de governar amb els valors, amb els principis morals i fins i tot amb la «litúrgia». Governar és l'exercici de concebre i gestionar valors, creences i principis morals de la bona convivència, d'elaborar i aplicar polítiques des d'aquests valors, de renovar i actualitzar les institucions per a fer-les símbol

i personificació d'aquests valors, i de construir un protocol cívic, formal i democràtic que solemnitzi, visualitzi i difongui veritablement i efectiva aquests valors.

Francesc Eiximenis defineix en el *Regiment de la cosa pública* els cinc fonaments que considera essencials per al bon govern, dels quals hom pot deduir que l'erudit franciscà menor basa i estableix tot el seu pensament sociopolític sobre el sistema pactista. Aquests cinc fonaments són els que tot seguit s'exposen:

a) *Primer: intel·ligència i estima per la cosa pública.* En les seves paraules, són la llei cristiana basada en l'amor i la caritat. Aquests conceptes, però, segona la terminologia, el coneixement i les paraules d'avui dia, cal interpretar-les com a estima i intel·ligència. En paraules de Lluís Brines en la introducció del *Regiment de la cosa pública*:

D'aquesta primacia de la llei cristiana deriven una sèrie de corollaris, explicitats en el capítol VII del *Regiment*. L'amor és ací sinònim de caritat, d'acord amb la importància i primacia d'aquesta virtut en el pensament franciscà. La unitat i la concòrdia són molt afins, i es refereixen a la unitat i a la concòrdia dels integrants de la cosa pública. Caldria fins i tot pensar que Eiximenis entenia l'amor com amor a la cosa pública (Brines, 2009, p. 31).

b) *Segon: eficiència, eficàcia, principi de legalitat i igualtat davant la llei.*

[...] que siga ordenada i regida per nobles i profitoses lleis i que siguen observades per tots. [...] Aquesta primacia de la llei es refereix a les limitacions concretes que té el Governant, és a dir, el príncep, en la seua actuació, i que correspondrien a les dos grans limitacions que suposava el pactisme respecte de l'actuació dels governants. En primer lloc, l'obediència i el respecte que aquest havia d'observar en relació amb els pactes i costums antics fixats en forma de llei o de fur (Brines, 2009, p. 31).

c) *Tercer: justícia.* En el pensament d'Eiximenis, la justícia adquireix un valor altíssim i es contraposa a la cobdícia, la mesquineria, la corrupció, la iniquitat i la injustícia.

El tercer fonament principal de la cosa pública és que siga regida per una justícia recta, [...]. La justícia és una virtut tal que, satisfet en primer lloc el profit de la cosa pública, dóna a cadascú allò que és seu (Eiximenis, 2009, p. 129).

[...] sense justícia la cosa pública no pot ser mai ben regida ni governada (Eiximenis, 2009, p. 130).

d) *Quart: lleialtat.* Eiximenis ho exposa en el capítol XIII del llibre, quan manifesta que el quart fonament de la cosa pública és la «fidelitat mantinguda entre els homens». Per a Brines, aquest concepte és una de les exaltacions del pactisme més clares de tot el llibre:

En l'exposició d'aquest concepte figuren les més clares i expressives exaltacions pactistes de tot el *Regiment de la cosa pública*, ja que el pactisme s'entén com la forma més clara on s'observa la fidelitat entre les parts, que culmina en l'afirmació del capítol xv del

Regiment: «Els prínceps han de pensar que Déu no ha fet el poble per a ells, sinó que ells han estat disposats per Déu per a la salvació del poble» (Brines, 2009, p. 33).

e) *Cinquè: bons actors en la funció pública*. El cinquè i darrer fonament de la cosa pública, que s'exposa en el capítol XVI, és «que sigui regida per bons consells»:

I afegir que «només en uns pocs hòmens està l'abundància de bons consells», i que «per tractar coses importants, grans i perilloses, no ha de ser consultada una gran quantitat de gent». Sens dubte, ací pensa clarament, com en tants altres passatges del seu pensament sociopolític, en la realitat catalanoaragonesa (Brines, 2009, p. 33).

No m'estendré més. Ja hi haurà oportunitat d'ampliar amb profusió aquest i molts altres temes que queden pendents. No obstant això, amb aquesta pinzellada ja podem entreveure quina és la dimensió d'aquest, també poc conegut, insigne personatge de la tradició jurídica i del bon govern a Catalunya.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARBÓS MARÍN, Xavier. «Els inicis del dret públic contemporani a Catalunya». *Revista Catalana de Dret Públic* [Barcelona], núm. 41 (2010), p. 21-58.
- ARGULLOL I MURGADAS, Enric. «El debat jurídic sobre el procés de la Mancomunitat de Catalunya». A: *Mancomunitat de Catalunya: Marc jurídic*. Lleida: Consorci Universitat Internacional Menéndez Pelayo Barcelona, Diputació de Barcelona i Pagès, 2015, p. 43-57.
- ARMENGOL FERRER, Ferran. «La personalitat i l'obra de Maspons i Anglasesell». A: *República catalana, Generalitat de Catalunya i República Espanyola: A l'entorn de «La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola» de Francesc Maspons Anglasesell*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Presidència. Secretaria de Coordinació Interdepartamental, 2006, p. 37-58 (Història i Pensament; 2).
- «L'esperit del dret públic català: Francesc Maspons i Anglasesell i el dret públic català». A: SERRANO DAURA, Josep (coord.). *Francesc Maspons i Anglasesell (1872-1996): Homenatge*. Barcelona: Societat Catalana d'Estudis Jurídics, 2017, p. 25-43 (Miscel·lània; 2).
- BRINES, Lluís. «Introducció». A: EIXIMENIS, Francesc. *Regiment de la cosa pública*. Alzira: Bromera, 2009, p. 7-50 (Els Nostres Autors; 57) [ed. or.: València, 1499].
- CASASÚS, Josep Maria. «Bells “christmas” en català». *ARA*, 1 de desembre de 2016.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. José. «El juicio de residencia en Castilla a través de la doctrina jurídica de la Edad Moderna». *Historia. Instituciones. Documentos* [Universidad de Sevilla], núm. 25 (1998).
- DURAN, Lluís. «Context històric». A: *República catalana, Generalitat de Catalunya i República Espanyola: A l'entorn de «La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola» de Francesc Maspons Anglasesell*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Presidència. Secretaria de Coordinació Interdepartamental, 2006 (Història i Pensament; 2).
- FALCÓN Y TELLA, M. José. *La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- FERRO [I POMÀ], Víctor. *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Vic: Eumo, 1999 [1a ed.: 1987].

- FERRO POMÀ, Víctor. *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Barcelona: Societat Catalana d'Estudis Jurídics i Eumo, 2015 (Estudis; 2) [2a ed.: desembre 2015].
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; GIFREU I FONT, Judith; RENYER I ALIMBAU, Jaume; SABATÉ I VIDAL, Josep Maria. *Introducció al dret local i urbanístic de Catalunya: In memoriam de Màrius Viadel i Martín*. Barcelona: Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona i Tirant lo Blanc, 2001.
- EIXIMENIS, Francesc. *Regiment de la cosa pública*. Introducció de Lluís Brines. Versió i notes de Josep Palomero. Alzira: Bromera, 2009 (Els Nostres Autors; 57) [ed. or.: València, 1499].
- GLOTZ, Gustave. *La cité grecque*. París: Albin Michel, 1968 (L'Évolution de l'Humanité; XIV).
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert. «Víctor Ferro, un jurista català per a eixordar el món». A: *I Jornada de dret públic català Víctor Ferro Pomà*. Vol. I. Barcelona: [Societat Catalana d'Estudis Jurídics], 2020, p. 11-13.
- LALINDE ABADIA, Jesús. «La purga de taula» [separata]. A: *Homenaje a Jaime Vicens Vives*. Vol. I. Barcelona: A. Núñez - Impresor, 1965, p. 499-523.
- LLUCIÀ I SABARICH, Isidre. «Purgar taula: el present d'una institució històrica». *Revista de Dret Històric Català* [Barcelona: Societat Catalana d'Estudis Jurídics], vol. 16 (2017), p. 151-175.
- *Postulats per a un nou model de política local a Catalunya. Esperit del dret públic català aplicat*. Tesi doctoral. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2017.
- LÓPEZ BOFILL, Hèctor. «Vigència del Dictamen». A: *República catalana, Generalitat de Catalunya i República Espanyola: A l'entorn de «La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola» de Francesc Maspons Anglasesell*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Presidència. Secretaria de Coordinació Interdepartamental, 2006, p. 103-127 (Història i Pensament; 2).
- MASPONS I ANGLASELL, F[rancesc]. *L'esperit del dret públic català: Vist a través dels textos legals i la jurisprudència*. Edició facsímil. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2006a [1a ed.: Barcelona: Barcino, 1932 (Assaigs i Monografies de l'Editorial Barcino; 1)].
- MASPONS I ANGLASELL, Francesc. *República catalana, Generalitat de Catalunya i República Espanyola: A l'entorn de «La Generalitat de Catalunya i la República Espanyola» de Francesc Maspons Anglasesell*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Presidència. Secretaria de Coordinació Interdepartamental, 2006b (Història i Pensament; 2).
- *Els catalans a Ginebra: La reivindicació de Catalunya al món*. Edició i introducció a cura de Lolo Garcia. Valls: Cossetània, 2016.
- MOGAS LÓPEZ-NIETO, Pau. «Usatge “Alium namque”, el mandat dels prínceps al Principat de Catalunya”. *Paüm'n* [blog]: <<https://paumogasln.blogspot.com/search?q=Alium+namque/>> [consulta: 21 febrer 2022].
- NIETO, Alejandro. «Problemas capitales del derecho disciplinario». *Revista de Administración Pública* [Madrid], núm. 63 (1970), p. 39-84.
- RENYER I ALIMBAU, Jaume; FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; SOTO VALLE, Juan Ignacio; FORCADELL I ESTELLER, Xavier. *Estudis per a una Llei de governs locals de Catalunya*. Pròleg d'Enric Argullol i Murgadas. València: Tirant lo Blanch, 2011.
- SERRANO DAURA, Josep. *Senyoriu i municipi a la Catalunya Nova (segles XII-XIX): Comandes de Miravet, d'Orta, d'Ascó i de Vilalba i baronies de Flix i d'Entença*. Vol. II. Barcelona: Fundació Noguera, 2000 (Estudis; 26).
- SOLDEVILA, Ferran. *Història de Catalunya*. Vol. I. Barcelona: Alpha, SA, 1934 [2a ed. rev. i aug.: 1963].
- *Història de Catalunya*. Vol. III. Barcelona: Alpha, SA, 1935 [2a ed. rev. i aug.: 1963].
- VELASCO RICO, Clara Isabel. «Les competències de la Mancomunitat de Catalunya». A: *Mancomunitat de Catalunya: Marc jurídic*. Lleida: Consorci Universitat Internacional Menéndez Pelayo Barcelona, Diputació de Barcelona i Pagès, 2015, p. 73-91.

EL PROCÉS I EL XOC INSTITUCIONAL: UNA ANÀLISI DES DE LA POLÍTICA I EL DRET

Damià del Clot i Trias
Universitat de Barcelona

1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ. COM ENFRONTAR-SE AMB UN PROBLEMA POLÍTIC

Per a desenvolupar el plantejament principal de la conferència m'ajudaré de tres grans preguntes que jo mateix respondré i que, alhora, coincidiran amb els tres grans blocs del que serà la conferència.

a) Com és possible que en un estat democràtic i de dret no es pugui obrir una negociació entre dos governs per tal de donar sortida a una demanda política que ha estat avalada per diverses majories parlamentàries, per moviments socials, per la societat civil i per diversos governs d'una regió? I com és possible que aquesta mateixa demanda hagi pogut exercir-se en altres estats dins d'aquest mateix marc jurídic i polític que és la UE, i que a l'Estat espanyol no se'n pugui ni tan sols parlar?

b) Com és possible que no només no se'n pugui parlar, sinó que, a més, si s'exerceix de forma unilateral, s'acabi criminalitzant tot el moviment social i polític que li dona suport? Com es fa per criminalitzar, aplicar el dret penal de l'enemic, a tot un moviment social (entitats cíviqes, partits polítics, líders polítics i socials...) com a via per a solucionar un conflicte constitucional?

c) Un cop posada en funcionament l'estratègia de la repressió política, la situació política a Catalunya i a l'Estat espanyol (parlo de l'exercici de drets fonamentals: llibertat d'expressió, manifestació, reunió, dret a la integritat física, drets processals..., i drets polítics o vinculats a l'exercici de la política) és millor o és pitjor que a l'inici del Procés (juny 2010, STC 31/2010)?

Aquestes són les tres grans preguntes que conformen, alhora, els primers tres grans blocs de la conferència. Toca, ara, endinsar-nos en les respostes.

1.1. ARGUMENTS PER A DONAR RESPOSTA A LA PRIMERA DE LES PREGUNTES

En relació amb la primera de les preguntes, relativa a per què no s'ha pogut obrir un diàleg per a trobar una sortida política a un conflicte polític, com sí que ha estat possible a Escòcia entre l'estat matriu (Regne Unit) i una de les seves regions, cal tenir en compte unes variables que es donen a l'Estat espanyol i que no s'han donat al Regne Unit. Molt succintament, són les següents:

- Incapacitat per a detectar una crisi constitucional de naturalesa política.
- Formació, a l'Estat espanyol l'any 2011, d'un govern poc polític i molt tecnocràtic.
- Obsessió per la retòrica legalista com a forma d'encarar una problemàtica política.
- Solució judicial a una problemàtica política o, en altres paraules, tendència a la querulància.

Em proposo ara desenvolupar aquestes variables que, insisteixo, s'han donat i es troben en la base de la crisi constitucional espanyola.

La primera gran variable que explica la repressió de l'independentisme català per part de l'Estat espanyol és la no identificació del conflicte polític. Quan aquest esclata el juny del 2010 amb la publicació de la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, o Sentència de l'Estatut, les elits polítiques espanyoles són incapaces de connectar la crisi amb el debat territorial encetat l'any 2006. Dit d'una altra manera, quan des de la cuina del Govern de l'Estat espanyol es procedeix a un exercici de ponderació dels vectors del conflicte, es fa des d'una òptica que no és política, sinó *judicialista*: pròpia d'un marc judicial.¹

1.2. ARGUMENTS PER A DONAR RESPOSTA A LA SEGONA DE LES PREGUNTES

Sembla que l'Estat espanyol es faci la pregunta següent: aquesta demanda política és o no legal? És o no contrària al marc constitucional d'acord amb la interpretació de la Constitució espanyola (CE) que fa el Tribunal Constitucional (TC)? I, si és contrària, cal afrontar la problemàtica des de la justícia constitucional (amb aplicació, per exemple, de l'art. 161.2 CE) o bé des de la justícia penal? Ergo: es procedeix a formular una operativa mental pròpia dels operadors judicials (advocats, jutges i fiscals).

En aquest sentit, l'Estat busca quins són els béns jurídics que ha de protegir (en aquest cas, la unitat de l'Estat i el principi de sobirania). A continuació, subsumeix la reivindicació política dins un marc normatiu (constitucional, primer; penal, després). I, finalment, teixeix un escut legal que li impossibilita fer cap moviment polític, atès que posa la llei per davant de la política. La llei deixa poc marge. La política, que ofereix un espai de debat i de diàleg, de confrontació d'idees, d'imposicions i cessions, de consensos i dissensos, queda arraconada.

La segona gran variable transita sobre el perquè d'aquesta forma de governar o d'entendre l'exercici de la funció pública governamental. O, expressada en forma de pregunta, per què el Govern espanyol afronta la crisi constitucional des de la lògica del dret, la retòrica del jurista i la dinàmica del plet judicial?

En aquesta forma d'entendre la política hi té molt a veure el disseny de govern (tant de l'executiu com del *sottogoverno*, i la cuina de les decisions polítiques) del Partit Popular (únic interlocutor durant la major part del procés sobiranista).

És pertinent recordar que el periodista Enric Juliana va fer famosa l'expressió «Brigada Aranzadi» per a referir-se als advocats de l'Estat² que es van incorporar a l'executiu

1. Vegeu, en aquest sentit, dos articles publicats per Ignacio SÁNCHEZ-CUENCA, «Una democracia legalista», *La Vanguardia*, 9 de juny de 2018, i «Querulancia», *La Vanguardia*, 8 de febrer de 2020.

2. Vegeu Enric JULIANA, «La Brigada Aranzadi», *La Vanguardia*, 29 de setembre de 2014. Juliana fa referència a un col·loqui sobre Catalunya celebrat a la Casa Amèrica. En el col·loqui, Miguel Herrero de Miñón es dirigeix a Jaime Renovales, llavors secretari de la Presidència del Govern, per a dir-li: «El problema de Cataluña es político y no se va a resolver con el Aranzadi en la mano».

de Mariano Rajoy l'any 2011 (Soraya Sáenz de Santamaría, Dolores de Cospedal i tota la generació coneguda com «la Gloriosa»). Han estat el periodisme i la sociologia els que s'han encarregat de traçar el perfil d'aquesta classe política que ha liderat el comandament de l'Estat durant tot el Procés. En aquest sentit, resulta pertinent fixar els trets característics de la Brigada Aranzadi:

- Terreny de joc: procés judicial.
- Obediència a l'autoritat (visió acrítica de l'autoritat: no la qüestionen, l'obeeixen).
- Enorme sentit de l'estabilitat institucional (conservadorisme en estat pur, allèrgia als canvis com els que proposa l'independentisme).
- Visió dual de la política (ells/nosaltres; demandants/demandats; amic/enemic).
- Enrocament en posicions de confort (aplicació de solucions tradicionals a problemàtiques complexes: per exemple, el procés judicial).

Això ens porta a la tercera de les variables: obsessió per una retòrica legalista on s'invoquen constantment la llei i l'estat de dret.

Escriu Amando de Miguel (*Sociología del franquismo*, 1975) que l'obsessió (retòrica, no pas de compliment) per la legalitat data de l'etapa tecnocràtica del règim franquista.³ La tecnocràcia va ser una etapa de govern en què les carteres ministerials van ser ocupades per economistes prestigiosos i persones amb una alta preparació tècnica, com els advocats de l'Estat. La formació de jurista va ser la preferida. Això explica, segons Amando de Miguel, «el to juridicista de les intervencions dels polítics en els debats a les Corts, la contínua referència a l'ideal de l'estat de dret i l'obsessió legalista en els plantejaments de reforma política» (De Miguel, 1975: 38-39).

Un antecedent clar d'aquesta figura és Torcuato Fernández Miranda, un dels artífexs de la Llei per a la reforma política, que va inspirar el trànsit de la dictadura a la democràcia, «de la Ley a la Ley». Aquesta és la cultura política que s'ha heretat avui i que ha persistit i persisteix en els governants espanyols.

Hi ha dues frases pronunciades pels dos presidents del Govern espanyol (els dos interlocutors que hi ha hagut durant el Procés) que defineixen perfectament aquesta voluntat d'encarar el conflicte polític: la primera ve a tomb arran de la necessitat de celebrar un referèndum que permeti superar la situació de bloqueig en què es trobava la política espanyola abans del referèndum unilateral d'independència de l'1 d'octubre de 2017. La resposta de Mariano Rajoy fou: «Ni quiero ni puedo».⁴ La segona és sobre l'existència d'una taula de diàleg per a resoldre el conflicte entre Catalunya i l'Estat espanyol. La resposta de Pedro Sánchez va ser: «Diálogo y ley: primero ley y después diálogo...».

Arribats a aquest punt, anem al nucli fonamental que configura la resposta a la segona de les preguntes que formulàvem a l'inici: si no estem davant d'un conflicte polític, ens

3. Amando de MIGUEL, *Sociología del franquismo*, Madrid, Euros, 1975, p. 110.

4. A l'expressió «ni quiero ni puedo autorizar un referéndum en Cataluña», pronunciada per Mariano Rajoy el desembre del 2013, s'hi ha de sumar la de «ni quiero, ni me lo creo, ni se va a producir un referéndum», expressada en una trobada del Cercle d'Economia celebrada a Sitges el maig del 2017.

enfrentem a una problemàtica de naturalesa jurisdiccional. O, feta la pregunta d'una altra manera, com es fa per passar de no voler negociar a voler reprimir, o a voler criminalitzar, una minoria política que demana poder exercir el dret a decidir (votar en un referèndum sobre el seu futur polític, com va fer, per exemple, el 2006 amb la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya)?

L'Estat espanyol ha considerat que la demanda impulsada pel Parlament de Catalunya d'ençà del 2010 i per una gran majoria social transformada en un gran moviment social que s'expressa col·lectivament al carrer amb manifestacions massives (mai violentes), que ha tingut reflex en una majoria parlamentària d'ençà de la STC 31/2010, que ha formalitzat aquesta voluntat política mitjançant nombroses resolucions parlamentàries, que ha demanat diàleg, que ha sol·licitat formalment el traspàs de la competència estatal per celebrar un referèndum, que acumula una història política de reivindicació de l'exercici d'un dret col·lectiu com és el dret a l'autodeterminació i que ha demostrat una clara voluntat de votar, primer en consultes municipalistes, després el 9 de novembre (9-N) i finalment l'1 d'octubre (1-O), ha de tenir una resposta judicial.

1.3. ARGUMENTS PER A DONAR RESPOSTA A LA TERCERA DE LES PREGUNTES

Per a enfrontar-nos a la tercera de les preguntes, que requereix bàsicament analitzar com s'ha arribat a la criminalització del moviment independentista, cal estudiar el xoc institucional que va tenir lloc entre les institucions d'autogovern de la Generalitat de Catalunya (bàsicament, Govern i Parlament) i dues institucions de l'Estat (el TC i el Tribunal Suprem [TS]) durant tot el temps que ha durat el procés independentista, també dit, simplement, el Procés.⁵ Per a fer-ho, em referiré a tres grans etapes i en cadascuna d'elles proposaré un títol.

1.3.1. *Franquisme (1939-1976): forja de la cultura de l'excepcionalitat*

Per què faig un exercici de retrospectiva històrica fins a situar el xoc institucional en temps del franquisme? Moltes de les qüestions que arrenen durant el franquisme tornen a ressorgir (amb les mutacions que implica un sistema democràtic) durant el procés sobiranista. O bé: molts dels déficits i les mancances del disseny institucional que la Transició no resol, queden paleses durant el procés sobiranista.

Quan culmina l'aixecament del 18 de juliol de 1936, les elits del règim busquen la formació d'un *nou estat*. Aquest *nou estat* ha d'estar tan allunyat com sigui possible del que han significat els valors de la Segona República (parlamentarisme, pluralisme polític, sistema

5. Per a copsar l'enfrontament entre les institucions de la Generalitat i el TC, vegeu Eduard ROIG, «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54 (juny 2017), p. 24-61.

de partits i descentralització territorial de l'Estat). Ha de ser feixista tant en el fons com en la forma:⁶

— Origen bèl·lic, atès que sorgeix d'una guerra civil ultraviolenta (càstig contra la població no combatent, militarització dels espais civils, expulsió de l'enemic, voluntat d'extermini de les minories).

— Forjat en un partit únic mitjançant un lideratge carismàtic.

— Exhibició de la impunitat, menyspreu per la mort i ostentació de la violència.

— Reglamentació de tots els espais vitals com a forma de control social.

Per a aconseguir aquest estat feixista, el primer que fan les elits intel·lectuals és canviar tots els referents intel·lectuals (depuració sobretot en el camp de la universitat)⁷ i començar a bastir un nou corpus jurídic i teòric que ajudi a legitimar el nou règim.⁸ El que busquen aquestes elits són referents intel·lectuals que legitimin una violència exercida de manera massiva, capaç de forjar lleialtats, d'estigmatitzar els dissidents i de paraitzar accions oposidores.

Com ho fa? El franquisme mira aleshores cap a Alemanya, on d'alguna manera s'està forjant aquest nou estat. Tres són els referents més coneguts: Carl Schmitt en l'àmbit de la filosofia del dret i del dret polític,⁹ Karl Larenz en l'àmbit del dret penal i Edmund Mezger en l'àmbit de la criminalística.

El règim crea els seus propis intel·lectuals a través d'una institució que esdevé fonamental en la formació de quadres del moviment (Instituto de Estudios Políticos) i de la publicació de la *Revista de Estudios Políticos*.¹⁰ És el cas de Francisco Javier Conde, que serà un dels importadors i traductors de l'obra de Carl Schmitt.¹¹ O de Luis Sánchez Agesta, que agafarà el relleu de Conde a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. També destacaran les figures de Luis Legaz Lacambra i Luis del Valle en l'àmbit de la filosofia del dret. Finalment, seran rellevants els noms d'Isaías Sánchez Tejerina, Eugenio Cuello Calón i Juan del Rosal en l'àmbit del dret penal franquista.¹²

6. Javier RODRIGO, «Violencia y fascistización en la España sublevada», a Francisco MORENTE (ed.), *España en la crisis europea de entreguerras: República, fascismo y Guerra Civil*, Madrid, Catarata, 2011, p. 81.

7. Jaume CLARET, *El atroz desmoche: La destrucción de la universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, Crítica, 2006.

8. Sebastián MARTÍN, «Los juristas en la génesis del franquismo ¿Un contraste posible?», a Italo BIROCCHI i Luca LOSCHIAVO, *Il giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, RomaTrE Press, 2015, p. 395.

9. Per a copsar el predicament de Carl Schmitt en les elits polítiques i els cervells jurídics del nacionalisme espanyol, vegeu Miguel SARALEGUI, *Carl Schmitt. Pensador español*, Madrid, Trotta, 2016. Sobre la rellevància actual de Carl Schmitt en un context polític i social més ampli, vegeu Chantal MOUFFE (comp.), *El desafío de Carl Schmitt*, Buenos Aires, Prometeo, 2012.

10. Nicolás SESMA, «Sociología del Instituto de Estudios Políticos. El "grupo de élite" intelectual al servicio del partido único y el estado franquista (1939-1969)», a Miguel Á. RUIZ CARNICER (ed.), *Falange: Las culturas políticas del fascismo en la España de Franco (1936-1975)*, Saragossa, Institución Fernando el Católico, 2013.

11. José Antonio LÓPEZ GARCÍA, «La presencia de Carl Schmitt en España», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 91 (gener-març 1996), p. 140.

12. Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ, «Universidad y Guerra Civil», a *Lección inaugural del curso académico 2009-2010*, Huelva, Universidad de Huelva, 2009.

Però el que m'interessa especialment destacar d'aquest període històric és la utilització de la judicatura per part del règim per a fer possibles tres objectius que durant la fase del Procés es tornaran a repetir:

- La repressió de la dissidència política.
- La defensa de la unitat nacional utilitzant tots els mitjans possibles (polítics, policials i legals).
- La creació d'una cultura de l'excepcionalitat.

Per a aconseguir aquests tres objectius, la judicatura esdevé un pilar fonamental (per a ser jutge s'havia de formalitzar el jurament d'«incondicional adhesión al Caudillo de España»). També hi ha una obsessió malaltissa per transformar el règim en un estat de dret que cerca la legitimitat a partir de la juridificació de tots els espais de convivència social. El franquisme es dedica a confeccionar lleis, normes jurídiques (només allò legal és legítim) que busquen construir un entramat legal per a combatre l'enemic.¹³ En posarem alguns exemples:

- Llei de policia, de 8 de març de 1941, que divideix els cossos de seguretat de l'Estat en dos: Cos General de Policia i Cos de Policia Armada i de Trànsit (militarització de les forces policials).

- Llei de vigilància i seguretat, de 29 de març de 1941, que en la seva exposició de motius fa referència a la «vigilància de l'enemic».

- Llei de responsabilitats polítiques, de 9 de febrer de 1939, amb la qual es buscava eliminar civilment i econòmicament els vençuts i depurar responsabilitats en la jurisdicció militar.

- Llei per a la repressió de la maçoneria i el comunisme, d'1 de març de 1940, que esdevé una de les primeres normes que implementen el dret penal de l'enemic.

- I, finalment, el Codi de justícia militar de 1890, vigent fins al 17 de juliol de 1945, que implicava, entre altres qüestions, les següents: la hiperextensió del fur militar per a enjudiciar conductes civils i polítiques; la reducció dels terminis processals i la disminució de les garanties de defensa dels processats, i la tipificació com a delictes de rebel·lió d'un ventall molt ampli de conductes polítiques i socials que incomoden el règim.

En darrer terme, l'element que més ens interessa per a entendre la cultura de l'excepcionalitat i de repressió de la dissidència: la proliferació de jurisdiccions especials.¹⁴

13. Ignacio TÉBAR, *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Alacant, Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2017, p. 13. De manera succinta, ens referirem al dret penal de l'enemic —seguint Ignacio Tébar— com el dret penal caracteritzat per tres grans elements: *a*) un ampli avançament de la punibilitat; *b*) previsió de penes de presó desproporcionadament elevades; *c*) relativització o inclús supressió de determinades garanties processals. Altres elements que definirien el dret penal de l'enemic serien: *a*) el fet que no combat un enemic recognoscible, sinó que es transforma en una guerra contra criminals que han estat definits prèviament com a enemics de la societat mitjançant un procés de demonització a través del llenguatge i les imatges, i per això també s'anomena *dret penal simbòlic*; *b*) d'acord amb aquesta consideració com a element simbòlic, la base de la tipificació penal ja no és el fet (delicte comès), sinó la caracterització de l'autor com a individu que pertany a la categoria dels enemics. És, per tant, un dret penal d'autor. Vegeu Manuel CANCIO MELIÀ i Gunther JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

14. Vegeu Manuel ÁLVARO DUEÑAS, «Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo»: *La Jurisdicción*

Aquestes jurisdiccions especials van permetre l'aplicació del dret penal de l'enemic a través d'una xarxa de tribunals i confidents amb una clara estructura inquisitorial: consells de guerra, comissions de depuració, alcaldies, La Falange, la Guàrdia Civil, l'Església, delators particulars, etcètera.¹⁵ Convé, encara que només sigui a títol d'exemple, destacar les següents:

- Jurisdicció militar per a jutjar conductes de naturalesa civil.
- Tribunal de Responsabilitats Polítiques.
- Tribunal de Repressió de la Maçoneria i el Comunisme.
- Tribunal d'Ordre Públic, cap al final del franquisme, que va derivar en el que avui coneixem com a Audiència Nacional.

1.3.2. *Transició (1976-1981): construcció d'una democràcia legalista*

La Transició és una obra d'alta enginyeria política concebuda per a passar d'un règim dictatorial a un règim democràtic. No es fa mitjançant una ruptura, sinó que abraça el continuisme, sobretot en àmbits molt sensibles, com l'alta judicatura. Aquest continuisme representarà la construcció d'una democràcia legalista que té les característiques que passem a exposar:

- Manté una particularitat heretada del franquisme com és la immunitat dels agents polítics, econòmics i judicials que van participar activament en les atrocitats del règim.

- No condemna el règim anterior, sinó que s'intenta assolir la seva impunitat mantenint actives les xarxes de lleialtats polítiques forjades durant la dictadura.

- Gestiona la por,¹⁶ i aquesta gestió de la por afecta la judicatura. La judicatura havia assolit molt poder durant el règim i en l'imaginari col·lectiu era un estament amb prestigi i força; ningú, doncs, gosava posar-lo en dubte ni transformar-lo en enemic.

- No depura l'alta judicatura vinculada al franquisme.¹⁷ I, per consegüent, estableix la continuïtat d'un col·lectiu de marcat signe conservador i autoritari, i amb una forta servitud al poder polític, sobretot en l'espai de centredreta, que manté una actitud acrítica amb la llei a la qual diu que serveix (canvia les lleis fonamentals del franquisme per la Constitució), aïllat de la realitat social a la qual ha de servir i amb una notable manca de sensibilitat envers el dret internacional i un tancament cap al dret intern.

Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; Julio AROSTEGUI, «Opresión y pseudo-juridicidad, de nuevo sobre la naturaleza del franquismo», *Bulletin d'Histoire Contemporaine d'Espagne*, núm. 24 (desembre 1996).

15. Guillermo PORTILLA, *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares, 2010.

16. Sophie BABY, *El mito de la transición pacífica: Violencia y política en España (1975-1982)*, Madrid, Akal, 2018.

17. Paloma AGUILAR, «Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina», *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, vol. 71, núm. 2 (maig-agost 2013); Juan José del ÁGUILA, *El TOP, la represión de la libertad (1963-1977)*, Barcelona, Planeta, 2001.

1.3.3. *Procés (2010-actualitat): ressorgiment de la cultura de la confrontació i la repressió*

En aquesta etapa es produeix un xoc entre institucions de diferent naturalesa. Per la part catalana, les institucions que impulsen el procés sobiranista són el Govern i el Parlament. Tenen una finalitat que en aquest marc d'anàlisi es pot resumir com de diferent naturalesa política:

- El Govern dirigeix la política de la Generalitat i té bàsicament potestats executives.
- El Parlament té funcions legislatives, però també de control i d'impuls del Govern.

Per la part espanyola, el TC i a partir del 2017 el TS tenen una clara naturalesa jurisdiccional:

- El TC té funcions de control de la constitucionalitat de les normes i els conflictes territorials en el marc competencial.
- El TS té funcions jurisdiccionals i ocupa el vèrtex del poder judicial.

La segona disfunció que es produeix es dona entre institucions que responen als diferents mandats o lògiques:

- En un sistema parlamentari, el govern i el parlament responen a una voluntat popular expressada a les urnes en el marc d'una competició de partits que lluiten per imposar un programa electoral.

- El TC i el TS són institucions concebudes per a exercir una funció jurisdiccional: interpretar les lleis i dictar i executar sentències.

2. EL XOC INSTITUCIONAL. CONTEXT, ACTORS I CONSEQÜÈNCIES

A continuació entrem de ple en el xoc institucional a partir de les principals resolucions del TC, que han condicionat la vida política catalana i espanyola d'ençà que el juny del 2010 es va publicar la Sentència de l'Estatut. Per consegüent, resulta pertinent seguir un ordre cronològic i començar per aquesta resolució.

2.1. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 31/2010. LA NEGACIÓ DE LA POLÍTICA COM A MECANISME DE RESOLUCIÓ DE CONFLICTES POLÍTICS

Pel que fa al context polític i social d'aquesta sentència, hi ha una dada que avui pot passar desapercibuda: en el seu moment, la STC 31/2010 va ser considerada la sentència més important de la democràcia espanyola i la que més bibliografia juridicoconstitucional i política havia generat.¹⁸ Aquesta resolució va ser precedida per diverses circumstàncies

18. D'aquesta bibliografia que va generar la STC 31/2010, destaco les obres següents: Enoch ALBERTÍ, «La Sentència 31/2010: valoració general del seu impacte sobre l'Estatut i l'estat de les autonomies», *Revista Catalana de Dret Públic* (Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms), núm. extra. 1 (2010), *Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*; Miguel Á. APARICIO,

polítiques que interessa destacar:

— Una forta campanya anticatalana que va provocar fins a set recursos d'inconstitucionalitat.

— Una agra disputa entre el Partit Popular (PP) i el Partit Socialista Obrer Espanyol (PSOE) per a alterar la composició del TC via recusacions de magistrats (Pablo Pérez Tremps, Jorge Rodríguez Zapata, etc.).

— Posteriorment, dues recusacions creuades: el PP va recusar María Emilia Casas (presidenta) i, a conseqüència d'aquest fet, tant el PP com el PSOE van acabar plantejant la recusació de quatre magistrats més; el PSOE va recusar Roberto García-Calvo i Jorge Rodríguez-Zapata, i el PP, Manuel Aragón i Pascual Sala.

— Reducció del plenari a cinc magistrats, per la qual cosa els magistrats que eren objecte de recusació forçosament havien de deliberar sobre la seva pròpia recusació, atès que l'article 14 de la Llei orgànica 6/2007, del 24 de maig, de reforma de la Llei orgànica 2/1979, del 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), preveu que ho facin dos terços.

Enmig de tot aquest ball de recusacions, l'any 2007 s'aprova la LOTC, concebuda per a dues finalitats que posen en guàrdia el PP: allargar el mandat de la presidència de la institució fins que no hi hagi relleu i propiciar la participació de les comunitats autònomes via Senat en el nomenament dels magistrats del TC. Mentrestant es produeix, a més, la mort del magistrat Roberto García-Calvo, que deixa el plenari, finalment, amb deu magistrats (quatre amb el mandat caducat) i el vot de qualitat de la presidenta.

Pel que fa a les conseqüències, el TC va dictar una resolució de to marcadament preventiu: planteja supòsits de situacions hipotèticament contràries a la Constitució per a, després, fer una interpretació preventiva que eviti aquesta situació hipotètica. Alhora, el TC va demostrar una total manca de deferència envers la presumpció de constitucionalitat d'una norma pactada entre parlaments i sotmesa a referèndum.¹⁹ Tanmateix, la resolució presentava un abús de la tècnica de la «interpretació conforme»: un article pot considerar-se que ha superat el control de constitucionalitat si és interpretat conforme a la doctrina que exposa el TC en la pròpia sentència. I el resultat final de la sentència és que es va dictar per sis vots a favor i quatre en contra. I els quatre vots particulars són especialment extensos i durs contra la sentència principal.

«Alguna consideració sobre la Sentència 31/2010 i el rol atribuït al Tribunal Constitucional», *Revista Catalana de Dret Públic* (Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic), núm. extra. 1 (2010), *Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*; Mercè BARCELÓ, «Breus consideracions sobre la STC 31/2010», *Revista Catalana de Dret Públic* (Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic), núm. extra. 1 (2010), *Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*; Javier PÉREZ ROYO, «La STC 31/2010 i la confirmació de la jurisprudència constitucional a la configuració d'un Estat compost a Espanya: elements de continuïtat i ruptura, i incidència en les perspectives d'evolució de l'Estat autòmic», *Revista Catalana de Dret Públic* (Barcelona), núm. 43 (2011).

19. Vegeu els dos articles que aleshores va escriure el professor Enoch ALBERTÍ, «Una sentència cuestionada», *El Periódico*, 30 de juny de 2010, i «La sentencia y sus circunstancias», *El País*, 9 de juliol de 2010.

Però la conseqüència més important és que amb la STC 31/2010 el PP va obtenir un èxit en la judicialització d'un conflicte polític que està en la llavor del desenvolupament o, més ben dit, del no desenvolupament de la constitució territorial. I, de retruc, de la crisi constitucional motivada pel dèficit d'acomodació de Catalunya dins l'Estat espanyol.

Com a colofó, la STC 31/2010 és la demostració que la politització de la justícia (primer) i la judicialització de la política (després) donen rèdits electorals. I la confirmació que el TC no és aliè a la política: quan és cridat a participar-hi, lluny d'inhibir-se, és capaç de liderar una resposta judicial a una problemàtica constitucional amb una clara dimensió política. I, en darrer terme, la STC 31/2010 és la negació del pacte entre institucions i, de retruc, el menysteniment de la política com a via de solució de crisis polítiques.²⁰

2.2. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 42/2014. EL CONTROL DE LA POLÍTICA

Aquesta sentència és la porta d'entrada al xoc institucional directe entre les principals institucions de la Generalitat i el TC. En el seu origen hi ha la impugnació de la Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, que s'aprova el gener de 2013.

Pel que fa al context polític (que marcarà tot el procés fins al 2017: aplicació del 155 CE i entrada de la jurisdicció penal), cal dir que en el bienni 2011-2012 succeeixen fets molt rellevants en termes polítics, que tindran conseqüències en termes de politització de la justícia primer i de judicialització de la política després:

— Guanya les eleccions el PP, que passa a ser, en teoria, l'interlocutor de les institucions catalanes durant el procés que s'ha engegat amb la STC 31/2010.

— Es confecciona un govern que es bateja des del periodisme com la «Brigada Aranzadi» per a referir-se als advocats de l'Estat (Soraya Sáenz de Santamaría, Dolores de Cospedal i tota la generació coneguda com «la Gloriosa»).

— Es produeixen dues renovacions de màxima rellevància judicial: del Consell General del Poder Judicial (CGPJ) i del TC. No comentaré la del CGPJ (que és un dels òrgans que nomena dos magistrats del TC), però sí la del TC: en la renovació que es produeix, es nomena president de la institució Francisco Pérez de los Cobos, militant del PP en el moment del seu nomenament.²¹

20. Javier PÉREZ ROYO, «El pacto constituyente y el Estatut», *El Periódico* (Barcelona), 29 de novembre de 2009. El mateix Pérez Royo veu en la Sentència del TC no només el trencament del pacte constituent; també hi veu una congelació de l'exercici del dret a l'autonomia i el cop d'efecte del gir sobiranista de gran part de la societat catalana.

21. «El presidente del Tribunal Constitucional defiende su militancia en el PP», *El País*, 19 de juliol de 2013. Aquesta circumstància va rebre nombroses crítiques, de les quals destaquem la feta per José Antonio Zarzalejos a les pàgines de *La Vanguardia*: «Un home que, per ineptitud o despropòsit —seu o dels que el van proposar— va oblidar o va ocultar la militància en la formació conservadora en la seva compareixença d'idoneïtat davant les cambres, omissió més rellevant que el fet per si mateix de pagar una quota d'afiliació

— Es produeix la recusació de Pérez de los Cobos, sobretot en el marc de la impugnació de la Resolució 5/X del Parlament. Malgrat tenir més arguments a favor que la de Pérez Tremps, és desestimada.²² El nomenament de Pérez de los Cobos confirma l'aposta per la politització de la justícia constitucional. Cal tenir present que en el TC també hi havia Andrés Ollero, que havia estat diputat al Congrés pel PP del 1986 al 2003. O Pedro González Trevijano, que era l'enllaç entre la Universitat Rey Juan Carlos i el PP. O Santiago Martínez-Vares García, col·laborador habitual de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES).

Però per què és important aquesta STC 42/2014? Doncs perquè hi ha un canvi de parer radical del TC en relació amb els efectes jurídics de les declaracions polítiques.²³ Fins a la STC 42/2014, el TC havia desestimat les impugnacions de resolucions amb contingut declaratiu polític. No havia entrat en el fons i havia garantit el debat polític, invocant bàsicament el principi constitucional del pluralisme polític i la consideració jurisprudencial que la democràcia espanyola era una democràcia no militant (que en termes polítics significava que sense armes es pot parlar de tot).

Hi ha una frase que per si mateixa té la capacitat de resumir la sentència: «Lo jurídico no se agota en lo vinculante». El TC, per a entrar a valorar els efectes jurídics de les resolucions polítiques, arriba a reconèixer que les resolucions no tenen efectes vinculants, però sí que en té el que es pugui arribar a derivar d'una resolució. La Sentència també és vista com una finestra d'oportunitat. Es parla, per primera vegada, del dret a decidir com a aspiració legítima dels catalans i les catalanes, però s'imposa un perímetre per al seu exercici: ha d'anar vinculat a una reforma constitucional.

política». Vegeu José Antonio ZARZALEJOS, «Un tribunal caducado», *La Vanguardia*, 23 de juliol de 2013 (la traducció és nostra).

22. Un cop revelada la militància de Pérez de los Cobos, el Govern de la Generalitat va recusar el president del Tribunal Constitucional emparant-se, entre altres arguments, en la doctrina Pérez Tremps; recusacions que, tot sigui dit de passada, no van prosperar. La premsa incidia sobre la jurisprudència a la carta que s'obria amb l'estimació de la recusació de Pérez Tremps en el plet estatutari i, ara, la desestimació de Pérez de los Cobos contradient-se en la seva pròpia jurisprudència. «El TC, presa de sus contradicciones», *La Vanguardia*, 22 de juliol de 2013. Val a dir que les recusacions del president del TC, Pérez de los Cobos, es van plantejar en el procés derivat de la impugnació de la Resolució 5/X, de 23 de gener de 2013, les quals van ser rebutjades mitjançant la Interlocutòria 180/2013, de 17 de setembre. Un segon intent va ser el que va derivar en el procés d'impugnació de la Llei 10/2014, de 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i altres formes de participació. L'impacte mediàtic del posicionament del TC —no unitari, atès que dos dels nou magistrats van avalar la recusació—, contrari a la recusació formulada pel Govern de la Generalitat, resultava justificat: «El TC blindo a su presidente para los recursos contra la Generalitat», *La Vanguardia*, 18 de setembre de 2013. Vegeu com afectava el blindatge de Pérez de los Cobos: «La Generalitat recusa Pérez de los Cobos en 24 litigis», *El Periódico*, 31 de juliol de 2013; «Vint-i-quatre duels», *El Punt Avui*, 31 de juliol de 2013.

23. Sobre l'anàlisi i la transcendència de la STC 41/2014, vegeu l'*Informe sobre la Sentència del Tribunal Constitucional, de 25 de març de 2014, relativa a la Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya*, emès l'1 d'abril de 2014 per l'Institut d'Estudis Autònoms de Catalunya. Vegeu altres arguments contraris a la decisió del Tribunal Constitucional d'admetre el recurs a Joan VINTRÓ, «El Tribunal Constitucional y el derecho a decidir de Cataluña: una reflexión sobre la STC de 25 de marzo de 2014» (en línia), *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 2014.

2.3. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 259/2015

Aquesta sentència té l'origen en la Resolució 1/XI del Parlament de Catalunya, del 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític a Catalunya. Aquesta és una resolució pactada entre els grups parlamentaris de Junts pel Sí (JxSí) i de la Candidatura d'Unitat Popular – Crida Constituent (CUP) (fa referència al mandat sorgit de les eleccions del 27 de setembre de 2015, llegit en clau parlamentària, i no en clau plebiscitària) i expressa una clara voluntat d'enfrontament amb l'ordenament jurídic constitucional. Tanmateix, hi ha un clar decantament cap a una opció unilateral d'independència (procés constituent no subordinat) i la Resolució haurà de desplegar els seus efectes al marge o en contra del marc jurídic espanyol. Es parla clarament de la constitució d'una República Catalana i d'aprovar el marc normatiu que faci possible aquest escenari polític. I es prioritza el principi democràtic per damunt del principi de legalitat.

La STC 295/2015 es convertirà en un punt de partida.²⁴ Aprofitant la reforma de la LOTC (que atorga funcions executives al TC), serà la primera sentència que permetrà la tramitació d'incidents d'execució per obrir la via penal. Hi haurà un canvi de perspectiva respecte del TC: el fons de l'assumpte ja no serà important. El que serà rellevant serà l'aplicació de l'article 161.2 CE, que permetrà la suspensió immediata de l'acord o la norma objecte d'impugnació (activació de les prerrogatives de la reforma del TC).

Aquesta sentència tindrà greus conseqüències polítiques i jurídiques:

— Declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat de la Resolució 1/XI en tot el seu conjunt (fins aleshores havia estat parcial), tot i que hi ha aspectes de la Resolució que són perfectament constitucionals (dret a l'habitatge, educació...).

— Sorgeix un gran interrogant: com que es declara la Resolució nul·la i inconstitucional en la seva totalitat, fins a quin punt el Parlament i la Generalitat poden desplegar accions que presentin punts de connexió amb les resolucions aprovades i declarades contràries a la CE?

— El TC acaba fixant unes línies clares per al debat polític: s'ha de fer dins els límits que marca la CE. Aquest és el perímetre del debat. I això comporta un clar fonamentalisme constitucional, vinculat especialment al principi de legalitat i que no té en compte altres principis de naturalesa parlamentària, com el principi democràtic o el pluralisme polític.

— Limitació absoluta del dret fonamental a la participació política (art. 23 CE) i a la iniciativa política, que és la raó de ser de l'activitat parlamentària (tant dels diputats i les diputades, com del Parlament).

La diferència entre la STC 42/2014 i la STC 259/2015 és fonamental: en la primera hi havia un esforç d'interpretació que deixava un espai per al diàleg entre institucions; la segona

24. Per a una anàlisi de la STC 259/2015, vegeu Gerard MARTÍN, «Anàlisi de la Sentència del Tribunal Constitucional 259/2015, relativa a la Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI, de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015», *Activitat Parlamentària*, núm. 29 (2016).

tanca aquesta porta i ho fia tot a l'enfrontament judicial. A partir d'aquesta sentència, el TC es consolida com un actor polític fonamental, ja que passa a ser el principal i únic interlocutor de les institucions de la Generalitat.

2.4. LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 185/2016 I 215/2016

Ambdues sentències venen a resoldre les impugnacions presentades en relació amb la Llei orgànica 15/2015, del 16 d'octubre, de reforma de la LOTC, per a l'execució de les resolucions del TC com a garantia de l'estat de dret.

Aquesta reforma és una resposta clara del Govern del PP que dota el TC d'eines per a poder fer front a la unilateralitat propulsada per les institucions de la Generalitat (s'explicita en el mateix preàmbul de la Llei). Però també és una clara manifestació de la guerra judicial (*lawfare*) que es concretarà quan la jurisdicció constitucional deixi pas a la jurisdicció penal: ús indegut d'instruments jurídics per a finalitats de persecució política o de destrucció de la imatge pública (d'un polític, d'un partit polític o d'un moviment social), en la recerca de la inhabilitació de l'adversari o enemic.²⁵

Alhora, la LO 15/2015 esdevé una manifestació més de la politització de la justícia (el TC és cridat a manifestar-se sobre la seva pròpia reforma) i la judicialització de la política (es dota el TC de més eines per a combatre les iniciatives polítiques). Fins i tot Juan Francisco López Aguilar defineix el TC sorgit de la reforma com a «Tribunal administrativo y sancionador de Orden Público».²⁶ Finalment, de les STC 185/2016 i 215/2016 convé ressaltar que és el primer cop que es presenten tres vots particulars —els de Juan Antonio Xiol Ríos, Fernando Valdés Dal-Ré i Adela Asúa Batarrita— que trenquen la unanimitat del TC en qüestions relatives al Procés.

Si ens situem en l'àmbit de les conseqüències polítiques i jurídiques de la reforma del TC, ens interessa posar de manifest el següent:

— Faculta el Tribunal, davant d'una situació d'incompliment d'una resolució, per a requerir a institucions i autoritats el mandat de les quals provingui d'unes eleccions, el compliment de les resolucions dictades pel TC en el termini que fixi el mateix Tribunal.

— Transcorregut aquest termini —no diu quin—, si el TC continua apreciament incompliment de les resolucions, pot adoptar un seguit de mesures: en aquest cas, multa de

25. En un article publicat la vigília de les eleccions del 27 de setembre, el periodista Enric Juliana avançava que la intel·ligència judicial espanyola ja no en tenia prou amb l'article 155 CE i la Llei de seguretat nacional: en volia més. Juliana tancava la seva columna així: «La Brigada Aranzadi propone ahora otorgar funciones de policía al Tribunal Constitucional. Que sean los magistrados quienes decapiten al presidente de la Generalitat». Vegeu ENRIC JULIANA, «¡Brigada Aranzadi!», *La Vanguardia*, 2 de setembre de 2015. En la proposta s'albira un doble objectiu: 1) facilitar la feina del TC perquè pugui executar les seves pròpies sentències, i 2) fer un cop d'efecte per a activar les possibilitats del candidat del PP, Xavier Albiol, la vigília de les eleccions.

26. Juan F. LÓPEZ AGUILAR, «Cuestión catalana y crisis constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37 (2016), p. 304.

3.000 a 30.000 euros (que pot ser reiterada fins al compliment final de la resolució).

— Faculta el Tribunal per a suspendre de les funcions les autoritats responsables de l'incompliment durant el temps que aquest persisteixi.

— Faculta el Tribunal per a demanar l'execució substitutòria de les resolucions, amb possibilitat d'auxili del Govern de l'Estat espanyol.

— I, finalment, faculta el Tribunal per a «deduir testimoni» de particulars per a exigir-los la responsabilitat que pugui correspondre.

Aquesta última funció implica l'entrada en el procés sobiranista, per la via ràpida, del Ministeri Fiscal.

2.5. INTERLOCUTÒRIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 141/2016, 170/2016 I 24/2017

Pel que fa a la primera de les interlocutòries, la ITC 141/2016, està vinculada amb la Resolució 5/XI del Parlament de Catalunya, sobre la creació de la Comissió d'Estudi del Procés Constituent. Va ser objecte d'un incident d'execució de la STC 259/2015, del 2 de desembre, per part del Govern de l'Estat, prenent com a base els articles 87.1 i 92 LOTC. Però aquesta interlocutòria confirma allò més nociu de la sentència principal, la STC 259/2015: la limitació del debat polític a partir del fonamentalisme constitucional. Diu el TC que el Parlament pot crear la comissió que cregui convenient per a estudiar una reforma de la CE, però que el que no pot fer és aprofitar la comissió per a alterar continguts constitucionals de manera unilateral. A partir d'aquesta resolució, el TC identifica el Procés com un tot: ja no es para a analitzar allò que és constitucional i allò que queda al marge de la CE; el Procés és un tot que ha de ser anul·lat.

En relació amb la ITC 170/2016, té per objecte la Resolució 263/XI del Parlament de Catalunya, per la qual es ratifiquen l'informe i les conclusions de la Comissió d'Estudi del Procés Constituent. La novetat d'aquesta interlocutòria és que no es limita a anul·lar la Resolució 263/XI; a més, posa en coneixement de la Fiscalia General de l'Estat les actuacions portades a terme per la Mesa del Parlament i, molt especialment, per la seva presidenta. Per tant, és el primer trasllat de la jurisdicció constitucional a la jurisdicció penal.

I, pel que fa a la ITC 24/2017, impugna l'aprovació de la Resolució 306/XI del Parlament de Catalunya, sobre l'orientació política general del Govern de la Generalitat de Catalunya i la novetat més important de la qual és el retorn al dret a l'autodeterminació (vella aspiració de la cambrà catalana d'ençà de la primera resolució de l'any 1989) després d'haver reivindicat el dret a decidir.

Aquesta autodeterminació es portarà a terme amb la celebració d'un referèndum d'autodeterminació, de naturalesa vinculant i amb el qual s'interpel·larà, a partir d'una pregunta clara i amb una resposta binària, la ciutadania catalana sobre la independència de Catalunya. La data límit havia de ser el setembre del 2017. Hi ha una ambigüitat calculada: per una banda, es diu que es farà de manera unilateral; per l'altra, que s'intentarà pactar amb l'Estat. I val a dir que no està tan clar que aquesta resolució estigui tant al marge de l'ordenament jurídic constitucional.

Però les conseqüències són més que evidents. El TC recull en les interlocutòries el seguit d'advertències, fetes tant pels grups parlamentaris contraris al Procés com pel lletrat major de la cambra, que l'admissió a tràmit de la celebració del debat podria significar un incompliment de la STC 259/2015 i de la ITC 141/2016. L'admissió a tràmit significava que els membres de la Mesa facilitaven el debat i l'aprovació de la Resolució, una vulneració del seu deure d'impedir o paraitzar qualsevol iniciativa que tingués per objectiu alterar unilateralment el marc jurídic constitucional —l'efecte buscat per la Resolució 306/XI.

Per aquest motiu, el TC dona trasllat de la impugnació al Ministeri Fiscal perquè sigui aquest òrgan el que determini si aquest incompliment de la presidenta i dels membres de la Mesa que han votat ha facilitat el debat.

2.6. INTERLOCUTÒRIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 126/2017 I 144/2017

La ITC 126/2017 està directament connectada amb la impugnació de la Resolució 807/XI, que desplega el mandat de la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació. El Parlament de Catalunya nomena la Sindicatura Electoral que ha de vetllar pel referèndum de l'1-O (referèndum «Sí o Sí», expressat en el marc d'un debat de política general i com a qüestió de confiança vinculada a l'aprovació del pressupost del 2017). En aquest sentit, la ITC 126/2017 acorda la imposició de multes coercitives diàries: 12.000 euros als membres de la Sindicatura Electoral de Catalunya i 6.000 euros als presidents, secretaris i vocals de les sindicatures de demarcació (recorda l'aplicació de la Llei de responsabilitats polítiques franquista).

Però la ITC 126/2017 torna a presentar una discrepància en el plenari del Tribunal que impossibilita la unanimitat granítica que fins aleshores s'hi havia donat. Els vots particulars dels magistrats Fernando Valdés Dal-Ré i Juan Antonio Xiol Ríos i de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón fan referència a la manera d'executar les pròpies resolucions per part del TC. Concretament, afecten els aspectes següents:

— La pròpia naturalesa de la jurisdicció constitucional, que és essencialment arbitral i declarativa —li fan assolir un rol polític que desdibuixa la seva naturalesa d'òrgan constitucional.

— La tipologia d'obligació, el compliment de la qual es força mitjançant multes coercitives —adverteixen la preocupació expressada per la Comissió de Venècia sobre la reforma de la LOTC 15/2015, en el sentit que les multes assoleixen la funció d'una execució penal.

2.7. LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 89/2018 I 90/2018

El context d'aquestes dues sentències és l'aplicació, per primera vegada en la història de la CE del 1978, de l'article 155 CE. Aquest precepte esdevé un mecanisme de coerció estatal de caràcter extraordinari i, atès que és extraordinari, hauria d'haver estat objecte d'una

interpretació restrictiva que, com veurem, no es va produir en la seva aplicació.²⁷ Tampoc el TC no ha fet una lectura restrictiva, precisament d'acord amb el tenor de l'excepcionalitat que dimana de l'aplicació del precepte.

Al contrari, les STC 89/2019 i 90/2019 esdevenen l'aval per a una aplicació excessivament onerosa i desmesurada de l'article 155 CE, on tota mesura excepcional és possible sempre que sigui necessària —sense entrar a concretar en què consisteix aquesta necessitat— i estigui delimitada en el temps. És a dir, la necessitat i la temporalitat són els cànons de constitucionalitat de les mesures proposades pel Govern de l'Estat i aprovades en seu senatorial. El TC ho expressa amb la contundència següent, que ens interessa citar:

[...] en el seno del procedimiento previsto en el art. 155 CE, el Senado puede autorizar al Gobierno para disolver una asamblea autonómica, siempre que tal medida se presente como «necesaria», atendiendo a la situación creada. Lo que no podría en ningún caso es autorizarle para substituir permanentemente a la cámara autonómica en el ejercicio de sus funciones.

Tanmateix, el TC reconeix que aquesta mesura a la qual fa referència —dissolució anticipada del Parlament en exercici de les funcions manllevades al president de la Generalitat— comporta una afectació evident del principi d'autonomia, però ho admet amb l'argument següent:

Es también indiscutible que la medida supone una evidente afectación al autogobierno de la comunidad autónoma, en cuanto este tiene su sede esencial en la existencia de una asamblea democráticamente elegida (art. 152 CE). Sin embargo, ya hemos apreciado que el art. 155 CE puede comportar una alteración temporal del funcionamiento del sistema institucional autonómico.

Altra vegada és la temporalitat l'element que justifica la constitucionalitat de la mesura.²⁸

Però, més enllà d'aquests detalls, el que ens interessa remarcar de les dues resolucions és que el TC avala la interpretació extensiva d'un precepte constitucional que, atesa la seva naturalesa, hauria de ser interpretat de manera restrictiva. I que, una vegada més, com ja va passar amb la STC 31/2010, que està en l'inici d'aquesta crisi, el TC no dona cap importància al diàleg entre governs com a mesura per a resoldre conflictes de naturalesa política. Aquest, tal vegada, sigui el missatge més rellevant d'aquesta sentència: negar la política i imposar el criteri del dret en les relacions entre institucions.

27. Sobre les qüestions que suscita l'aplicació, fins aleshores desconeguda, de l'art. 155 CE, vegeu Enoch ALBERTÍ, «Qüestions constitucionals entorn de l'aplicació de l'article 155 CE al conflicte de Catalunya», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 27 (juny 2018); Joaquín URÍAS, «El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional», *Revista Catalana de Dret Públic* (núm. extra. 2), *Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya* (2019), p. 103.

28. Vegeu STC 89/2019, fonament jurídic 13a.

3. CONCLUSIONS

El 2010 el Tribunal Constitucional va dictar una sentència en què va limitar l'estat de les autonomies. Aquest va ser el punt de partida del Procés. Amb l'aplicació de l'article 155 CE i la benedicció del TC es liquidava l'autonomia catalana. El govern dels jutges acabava imposant la seva lògica conservadora, autoritària, centralista i predemocràtica.

Amb nou anys de diferència, s'ha reulat en matèria autonòmica —recentralització de competències— i s'ha situat l'exercici de drets fonamentals —limitació de llibertats bàsiques— en l'era anterior a la CE. El Codi penal i la llei mordassa s'han revelat eines poderoses de control de l'enemic polític. La CE s'ha imposat com el cànon de la correcció política, mentre que els fonamentalistes constitucionals s'afanyaven a crear-ne una de tàcita o d'alternativa des d'on traspasar el poder a l'alta judicatura i evitar ser controlats. L'alta judicatura ha abandonat la independència i ha passat a dependre dels dos grans partits polítics. Aquests, que prèviament van abdicar de la política, han fiat tota l'actuació al poder judicial, que té la capacitat d'interpretar les normes segons una conveniència partidista. Aquest és l'Estat que ha quedat després que el catalanisme, en les seves dues darreres expressions —nacionalisme i independentisme—, hagi intentat augmentar el seu poder polític, primer a través d'una reforma de l'Estatut i després preguntant a la ciutadania a través d'una consulta o un referèndum.

En aquest escenari, on queda la política?

Per a fer política cal un canvi de paradigma. No serà fàcil. Ni serà immediat. En la cultura política espanyola està massa arrelada la cultura del plet, que és l'antítesi de la política. La política és diàleg, transaccions, cessions i concessions; una manera de buscar el guany col·lectiu. El plet s'alimenta del binomi ells/nosaltres, on només un surt guanyador. I quan entren en joc raons d'estat —i es té la possibilitat de controlar l'aparell judicial i la capacitat d'interpretar les lleis o de fer-ne a mida—, interessa més el plet que la política. No és estrany que la retòrica de l'enemic formi part de la quotidianitat de les declaracions dels dirigents polítics espanyols, sobretot de la dreta i l'extrema dreta. Els èxits de la judicialització de la política són tan evidents, si més no en termes de repressió de l'enemic i de defensa de la unitat de la sobirania nacional, que difícilment sembla que hi hagi lloc per a la política.

O potser és que no interessa fer política. Aquesta és la realitat. No negaré que el panorama és desolador. Però tampoc no negaré que cal retornar a la política. Facilitar els espais, els discursos, els relats, les formes, els interessos. Recuperar la confiança. Començar per qüestions que uneixin, com la defensa dels drets fonamentals, però no oblidar les que reclamen mecanismes de democràcia directa, com un referèndum. Però cal, abans, abandonar la repressió. L'Estat espanyol només podrà fer política si abandona, una vegada per totes, les pulsions autoritàries, que en l'àmbit de la política nacional es denominen «crispació», però quan es dirigeixen a minories nacionals no són altra cosa que repressió. I la repressió ha fet de l'Estat espanyol un estat petit, on no hi ha espai ni per a la democràcia, ni per al pluralisme; ni, com s'ha dit, per a la política. Únicament hi té cabuda la llei.

BIBLIOGRAFIA

- ÁGUILA, Juan José del. *El TOP, la represión de la libertad (1963-1977)*. Barcelona: Planeta, 2001.
- AGUILAR, Paloma. «Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina». *Revista Internacional de Sociología* (RIS), vol. 71, núm. 2 (maig-agost 2013).
- ALBERTÍ, Enoch. «La Sentència 31/2010: valoració general del seu impacte sobre l'Estatut i l'estat de les autonomies». *Revista Catalana de Dret Públic* [Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms], núm. extra 1 (2010), *Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*.
- «Una sentencia cuestionada». *El Periódico*, 30 de juny de 2010.
- «La sentencia y sus circunstancias». *El País*, 9 de juliol de 2010.
- «Qüestions constitucionals entorn de l'aplicació de l'article 155 CE al conflicte de Catalunya». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 27 (juny 2018).
- ÁLVARO DUEÑAS, Manuel. «Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo»: *La Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- APARICIO, Miguel Á. «Alguna consideració sobre la Sentència 31/2010 i el rol atribuït al Tribunal Constitucional». *Revista Catalana de Dret Públic* [Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms], núm. extra. 1 (2010), *Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*.
- AROSTEGUI, Julio. «Opresión y pseudo-juridicidad, de nuevo sobre la naturaleza del franquismo». *Bulletin d'Histoire Contemporaine d'Espagne*, núm. 24 (desembre 1996).
- BABY, Sophie. *El mito de la transición pacífica: Violencia y política en España (1975-1982)*. Madrid: Akal, 2018.
- BARCELÓ, Mercè. «Breus consideracions sobre la STC 31/2010». *Revista Catalana de Dret Públic* [Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms], núm. extra. 1 (2010), *Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*.
- CANCIO MELIÀ, Manuel; JAKOBS, Gunther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- CLARET, Jaume. *El atroz desmoche: La destrucción de la universidad española por el franquismo, 1936-1945*. Barcelona: Crítica, 2006.
- «El presidente del Tribunal Constitucional defiende su militancia en el PP», *El País*, 19 de juliol de 2013.
- «El TC, presa de sus contradicciones», *La Vanguardia*, 22 de juliol de 2013.
- «El TC blinda a su presidente para los recursos contra la Generalitat», *La Vanguardia*, 18 de setembre de 2013.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. «Universidad y Guerra Civil». A: *Lección inaugural del curso académico 2009-2010*. Huelva: Universidad de Huelva, 2009.
- IEA. *Informe sobre la Sentència del Tribunal Constitucional, de 25 de març de 2014, relativa a la Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1 d'abril de 2014.
- JULIANA, Enric. «La Brigada Aranzadi». *La Vanguardia*, 29 de setembre de 2014.
- «¡Brigada Aranzadi!». *La Vanguardia*, 2 de setembre de 2015.
- «La Generalitat recusa Pérez de los Cobos en 2n litigis». *El Periódico*, 31 de juliol de 2013.
- LÓPEZ AGUILAR, Juan F. «Cuestión catalana y crisis constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37 (2016).

- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio. «La presencia de Carl Schmitt en España». *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 91 (gener-març 1996).
- MARTÍN, Gerard. «Anàlisi de la Sentència del Tribunal Constitucional 259/2015, relativa a la Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI, de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015». *Activitat Parlamentària*, núm. 29 (2016).
- MARTÍN, Sebastián. «Los juristas en la génesis del franquismo ¿Un contraste posible?». A: BIROCCHI, Italo; LOSCHIAVO, Luca. *Il giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*. Roma: RomaTrE Press, 2015.
- MIGUEL, Amando de. *Sociología del franquismo*. Madrid: Euros, 1975.
- MOUFFE, Chantal (comp.). *El desafío de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Prometeo, 2012.
- PÉREZ ROYO, Javier. «El pacto constituyente y el Estatut». *El Periódico* [Barcelona], 29 de novembre de 2009.
- «La STC 31/2010 i la confirmació de la jurisprudència constitucional a la configuració d'un Estat compost a Espanya: elements de continuïtat i ruptura, i incidència en les perspectives d'evolució de l'Estat autonòmic». *Revista Catalana de Dret Públic* [Barcelona], núm. 43 (2011).
- PORTILLA, Guillermo. *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*. Granada: Comares, 2010.
- RODRIGO, Javier. «Violencia y fascistización en la España sublevada». A: MORENTE, Francisco (ed.). *España en la crisis europea de entreguerras: República, fascismo y Guerra Civil*. Madrid: Catarata, 2011.
- ROIG, Eduard. «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54 (juny 2017).
- SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. «Una democracia legalista». *La Vanguardia*, 9 de juny de 2018.
- «Querulancia». *La Vanguardia*, 8 de febrer de 2020.
- SARALEGUI, Miguel. *Carl Schmitt. Pensador español*. Madrid: Trotta, 2016.
- SESMA, Nicolás. «Sociología del Instituto de Estudios Políticos. El "grupo de élite" intelectual al servicio del partido único y el estado franquista (1939-1969)». A: RUIZ CARNICER, Miguel Á. (ed.). *Falange: Las culturas políticas del fascismo en la España de Franco (1936-1975)*. Saragossa: Institución Fernando el Católico, 2013.
- TÉBAR, Ignacio. *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*. Alacant: Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2017, pàg. 13.
- URÍAS, Joaquín. «El artículo 155 CE: alcance y límites de una excepción constitucional». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. extra. 2 (2019), *Especial sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya*.
- «Vint-i-quatre duels». *El Punt Avui*, 31 de juliol de 2013.
- VINTRÓ, Joan. «El Tribunal Constitucional y el derecho a decidir de Cataluña: una reflexión sobre la STC de 25 de marzo de 2014» [en línia]. *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 2014.
- ZARZALEJOS, José Antonio. «Un tribunal caducado». *La Vanguardia*, 23 de juliol de 2013.

L'ARTICLE 161.2 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA I EL TRENCAMENT DEL PRINCIPI D'IGUALTAT D'ARMES PROPI DE L'ESTAT DE DRET. DEL PLA IBARRETXE AL PROCÉS SOBIRANISTA CATALÀ

Joan Lluís Pérez Francesch

1. PLANTEJAMENT

L'objecte d'aquest treball és posar de manifest el desequilibri existent entre les parts processals quan el Govern central al·lega l'article 161.2 de la Constitució espanyola (CE) en les seves impugnacions davant el Tribunal Constitucional (TC), la qual cosa provoca la suspensió automàtica de l'actuació de la comunitat autònoma. Entenem que aquest disseny vulnera un dels elements característics de l'estat de dret: el *principi d'igualtat d'armes*. De fet, l'apel·lació a l'article 161.2 CE s'ha convertit en recurrent, de manera que provocarà la suspensió immediata (tot i que temporalment o provisionalment) de qualsevol actuació autonòmica, sense que hi hagi res semblant a l'inrevés, quan la impugnació prové dels òrgans autonòmics.

L'esmentat article 161.2 CE diu:

El Govern podrà impugnar davant el Tribunal Constitucional les disposicions i resolucions adoptades pels òrgans de les comunitats autònomes. La impugnació provocarà la suspensió de la disposició o de la resolució recorreguda, però el Tribunal, en el seu cas, haurà de ratificar-la o alçar-la en un termini no superior als cinc mesos.

La situació que estem comentant repercuteix en la comprensió de l'estat de les autonomies, ja que s'atribueix al Govern central una posició de supremacia i de privilegi enfront de qualsevol activitat autonòmica, a la manera d'un «defensor de la Constitució».

El cas més extrem del que estem comentant és la conceptualització de l'article 161.2 CE com una mesura en mans del Govern central que li permet suspendre automàticament i mantenir —a la pràctica, en la majoria d'ocasions—, d'acord amb el Tribunal Constitucional, una suspensió de l'activitat normativa autonòmica. Quan es tracta del recurs d'inconstitucionalitat, degrada l'important paper del legislador autonòmic, a qui converteix en una mena de titular d'una potestat quasi reglamentària o, en tot cas, en un legislador de segona categoria respecte del legislador estatal. La concepció que traspua aquest plantejament s'observa, per exemple, en el que manifesten els signants d'un vot particular en la Interlocutòria del Tribunal Constitucional (ITC) 30/2003, de 28 de gener, quan afirmen que la Constitució

[...] está partiendo de una supremacía lógica del todo (el Estado, la nación española —art. 2 CE— políticamente dirigida por el Gobierno —art. 97 CE—) sobre

las partes integrantes de este todo (art. 2CE), en el marco de la sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE).¹

El cas és encara més escandalós en un sistema que no té un recurs previ d'inconstitucionalitat per a aquests supòsits, per a no dir que s'allunya molt dels criteris propis d'un «federalisme cooperatiu» o de la presumpció de constitucionalitat de les actuacions dels poders públics.

D'altra banda, el desenvolupament pluriforme de l'article 161.2 CE, en la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTC) ha comportat una àmplia regulació preventiva, tant com a element del recurs d'inconstitucionalitat (art. 30 LOTC) com a element del conflicte de competències (art. 64.2 i 65.2 LOTC), però també en la creació d'un procediment nou i autònom concretat en el títol v de la LOTC. En aquest darrer cas, s'ha creat una notable confusió amb un procediment davant el TC que no té directament un substrat constitucional, sinó que apareix com un calaix de sastre que permet al Govern central impugnar qualsevol cosa que faci una comunitat autònoma.

Ens trobem amb un fre absolut abans de poder desplegar cap efecte, com es pot veure en diverses impugnacions de resolucions del Govern de la Generalitat i del Parlament de Catalunya durant els anys del procés sobiranista que em semblen com a mínim dubtosament compatibles amb una concepció de la democràcia deliberativa i no militant, a banda que mostren una nul·la deferència envers el legislador democràtic. Al perill de desvirtuar la llei s'afegeix el de la prepotència del Govern espanyol en tots els procediments esmentats — recurs d'inconstitucionalitat, conflictes positius de competències i impugnacions del títol v de la LOTC—, en què, per contra, a parer nostre, s'hauria de partir de la *presumpció de legitimitat de les normes i de tota l'activitat dels poders públics*. En el fons, entenem que no estem només davant d'un problema processal, sinó davant d'un problema polític que pot repercutir negativament en la construcció de l'estat de les autonomies perquè desvirtua el principi autòndic. Des de concepcions polítiques centralistes o patriòtiques espanyoles, es pot arribar a frenar —encara que sigui temporalment— la diversitat de la producció normativa i tota l'actuació autòndica.

En efecte, si en el camí recorregut després dels més de quaranta anys de vigència de la Constitució del 1978 s'ha anat reconeixent progressivament un paper més estructural a les comunitats autòndomes (art. 2 CE), entenem que podria ser positiu, per a aconseguir

1. Vegeu Juan Luis REQUEJO PAGÉS, «Aspectos jurisprudenciales en la aplicación del artículo 161.2 CE (Votos particulares a los AATC 30/2003, de 28 de enero, y 264/2003, de 15 de julio)», a *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales: Seminario*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autòndics, 2005, p. 194. Aquest autor es mostra crític amb l'ús de l'article 161.2 CE fins al punt que arriba a considerar que pot trastocar les bases de l'estat autòndic. Un altre autor molt crític és Enrique LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *La impugnación de las disposiciones y resoluciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional: Estudio del artículo 161.2 de la Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005, que considera que es tracta d'una de les inconsistències del sistema espanyol de justícia constitucional.

una major integració d'aquestes, revisar el paper del Govern espanyol davant del Tribunal Constitucional per tal de possibilitar unes actuacions més equilibrades, deferents i, sobretot, més compatibles amb la diversitat d'opcions polítiques. Si passa altrament, un ús excessiu o abusi de les previsions de l'article 161.2 CE i el seu desenvolupament legislatiu podrien provocar unes conseqüències negatives en el règim d'autogovern de les comunitats autònomes, així com en el principi d'autonomia, «principi constitucional que no pot ser matisat o minorat, fins a la seva pràctica i completa dissolució, en nom dels “interessos generals de l'Estat”».²

2. SENTIT DE L'ARTICLE 161.2 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA. LA INFLUÈNCIA ITALIANA?

S'ha destacat que l'article 161.2 CE està inspirat en el control polític i el dret de veto del Govern central davant les lleis regionals de l'inicial article 127 de la Constitució italiana. No obstant això, cal recordar la reforma d'aquest text constitucional de l'any 2001, en què desapareix aquest veto. Actualment, doncs, a Itàlia no es dona el «diàleg previ» entre l'estat i la regió: la impugnació d'una llei o, si escau, d'una norma infralegal per motius sempre competencials davant la cort constitucional per part del Govern central, pot significar la suspensió temporal d'aquella només si així s'al·lega en matèria jurisdiccional.

Tanmateix, cal tenir en compte la influència de la Constitució italiana tant en l'elaboració del text constitucional espanyol³ com, posteriorment, en la LOTC.⁴ La redacció

2. Andrés Eduardo NAVARRO MUNUERA, «La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el artículo 161.2 de la Constitución», *Revista de Administración Pública*, núm. 14 (1987), p. 211.

3. L'article 143 de l'Avantprojecte constitucional establia que els textos aprovats per les assemblees dels territoris autònoms havien de comunicar-se al Govern de l'Estat, el qual en el termini d'un mes podia sol·licitar a aquella assemblea una segona deliberació del text. En aquest cas, l'aprovació final de la llei territorial requeria la votació favorable de la majoria absoluta de la cambra. Es tractava, per tant, d'un veto suspensiu en mans del Govern, que podia ser superat per la cambra territorial per majoria absoluta. Certament, és un antecedent que mostra canvis en la regulació final del text constitucional. Per tant, cal recordar que el text aprovat per la Ponència Constitucional és el producte d'una transacció entre diverses perspectives i que s'ha aconseguit que, en lloc d'un veto governamental suspensiu previ, ara aquesta facultat suspensiva, encara que temporal, es derivi al Tribunal Constitucional després d'una demanda inicial del Govern.

4. El caràcter de control polític que representa l'ús de l'article 161.2 CE ha estat destacat per Enrique ÁLVAREZ CONDE, *El régimen político español*, 4a ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 570, i recordat per Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, *El Gobierno*, 3a ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 106-107. La suspensió automàtica ha estat considerada per Andrés Eduardo NAVARRO MUNUERA, «La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas», p. 227, com «la consagración y consolidación de un derecho de veto suspensivo dilatorio y provisional respecto de las normas y actos autonómicos a favor del Gobierno, como mecanismo de tutela o control del Estado sobre las Comunidades Autónomas, aunque insertado en el seno de una institución impugnatoria jurisdiccional, pero acentuando el elemento de control político sobre la naturaleza esencialmente jurídica de tal instituto contemplado en el artículo 161.2 de la Constitución». En un sentit similar s'expressa Leopoldo TOLIVAR ALAS, *El control del Estado sobre las comunidades autónomas*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981. No obstant això, s'ha destacat —des d'una altra òptica— que, gràcies que la

actual de l'article 161.2 CE va ser introduïda per la Ponència Constitucional i inicialment el termini de suspensió era de sis mesos, però en el Senat es va reduir i va quedar en el termini actual de cinc. D'altra banda, després de l'informe de la Ponència va desaparèixer la previsió de l'avantprojecte constitucional que establia el control de les lleis de les comunitats autònomes pel Govern central, en un sentit coincident amb l'esmentat de la Constitució italiana.⁵ Per tant, el constituent espanyol es va separar explícitament del model italià i va rebutjar l'esmentat control previ i d'oportunitat en mans del Govern central. A canvi, es va admetre la introducció de la suspensió automàtica de l'eficàcia de les disposicions i resolucions de les comunitats autònomes durant un termini màxim de cinc mesos, pel sol fet de la seva impugnació davant el Tribunal Constitucional. En aquestes circumstàncies, els partits nacionalistes no van posar el crit al cel i ho van acceptar com un mal menor.

Cal tenir en compte també que una posició de privilegi processal tan forta com la que aquí estudiem no és comuna en el dret comparat. Tant als Estats Units d'Amèrica com a Alemanya, Àustria i també a Itàlia ara, com hem vist, destaca la simetria entre els diferents poders, els centrals i els territorials, a l'hora d'impugnar normes. Per això podem dir que l'article 161.2 CE es mou en els debats constituents com una reacció a la moderació del contingut aprovat com a article 155 CE, i això, en sentit literal, no en la interpretació que s'efectuà a finals del 2017 enfront de l'autonomia catalana.

En tot cas, com s'ha destacat anteriorment, la LOTC fa una interpretació expansiva del que disposa l'article 161.2 CE en obrir les portes a un nou procediment davant el TC, regulat en el títol v de la LOTC. Algunes de les característiques d'aquest nou procediment van plantejar dificultats de comprensió perquè concebre una impugnació per inconstitucionalitat sense relació amb qüestions competencials no és fàcil.⁶ També va estranyar el fet que es

Constitució no introdueix controls polítics explícits sobre les comunitats autònomes, aquestes poden dur a terme la seva activitat sense impediments, almenys fins que no sigui impugnada pel Govern espanyol. Aquesta perspectiva es pot observar a Óscar ALZAGA, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, Ed. del Foro, 1978, p. 932-933; Tomás Ramón FERNÁNDEZ, «Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la Constitución», *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político* (UNED), 1979, p. 7-15; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 151. Vegeu també Ramon RIU FORTUNY, «Naturaleza y extensión de la medida prevista en el artículo 161.2 CE y su desarrollo en la LOTC: estado de la cuestión», a *La suspensión de las leyes autonómicas*, p. 102 i seg., on es descriuen els treballs del constituent i la projecció expansiva del precepte, i esp. p. 277, on es qualifica com «la consagración y consolidación de un derecho de veto suspensivo dilatorio y provisional respecto de las normas y actos autonómicos a favor del Gobierno, como mecanismo de tutela o control del Estado sobre las Comunidades Autónomas, aunque insertado en el seno de una institución impugnatoria jurisdiccional, pero acentuando el elemento de control político sobre la naturaleza esencialmente jurídica de tal instituto contemplado en el artículo 161.2 de la Constitución».

5. Sobre el procés d'elaboració de l'article 161.2 CE, vegeu Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «El sistema de conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12 (1984), p. 141 i seg. Sobre l'article 161.2 CE com a fonament del títol v de la LOTC, vegeu Pedro J. TENORIO SÁNCHEZ, «Impugnación por el Gobierno de disposiciones y actos de las comunidades autónomas por motivos de inconstitucionalidad no competenciales», *Revista de Derecho Político*, núm. 60 (2004), p. 7-128.

6. Fernando Díez MORENO, «El control constitucional de la potestad normativa de las Comunidades

permetés la impugnació de disposicions i resolucions de les comunitats autònomes per qualsevol motiu, ja que això pot comportar que la impugnació sigui per raons tant de constitucionalitat com de mera legalitat, i en aquest segon cas el procediment contenciós administratiu és redundant.⁷

Per la seva banda, Fernando Garrido Falla va posar de manifest la singularitat de l'efecte suspensiu en mans del Govern central, que va concebre com una excepció a la regla general que els recursos no suspenen l'aplicació de les decisions i les normes, ja que atribueix a aquell una posició dominant i privilegiada davant l'altra part del procés.⁸ Luis López Guerra⁹ va destacar que el procediment del títol v de la LOTC, que dona substantivitat a un procediment en desenvolupament de l'article 161.2 CE, hauria de ser l'únic en què s'apliquessin els efectes suspensius del precepte esmentat, els quals, per tant, no s'haurien d'aplicar en els recursos d'inconstitucionalitat o en els conflictes de competència. Francisco Rubio Llorente i Manuel Aragón Reyes van arribar a sostenir la inconstitucionalitat del títol v de la LOTC, ja que entenien que introduïa una competència nova del TC que no tenia suport constitucional en l'article 161.1 CE. Aquests darrers autors afirmen:

La crítica que el título v nos merece es tanto más severa en tanto que, además de su incorrección jurídica, no viene, por otra parte, a resolver ningún problema político importante, ya que el ratio de la suspensión automática prevista en el artículo 161.2 de la Constitución, es decir, la necesidad del estado de poseer un medio que le permita paralizar inmediatamente una actuación inconstitucional de cualquier comunidad autónoma (sin tener que acudir a la vía, más lenta, más grave y completamente excepcional del artículo 155), está ampliamente cubierta por la Ley Orgánica al haber previsto tal suspensión automática en casos de conflictos de competencia, únicos supuestos en los que cabe imaginar que pudieran producirse graves extralimitaciones en la actuación de una comunidad autónoma que requiriesen urgente remedio.¹⁰

Manuel Aragón va matisar després la seva posició, que va considerar una mesura de tancament en mans del Govern central per a impugnar per la via ràpida les actuacions

Autónomas», a *El Tribunal Constitucional*, vol. 1, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 729, afirma que «lo que ya no resulta congruente es que el Tribunal Constitucional deba conocer de las impugnaciones de normas que no tienen rango de ley y que no se refieren al orden de competencias, y además tener que tramitarlas (artículo 77) como conflictos positivos de competencias» perquè la instància adequada és la jurisdicció contenciosa administrativa.

7. Luis LÓPEZ GUERRA, «Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia», a Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La jurisdicción constitucional en España: La Ley orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, p. 193-215, esp. p. 213.

8. Fernando GARRIDO FALLA, «Comentario al art. 161.2 CE», a Fernando GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 2a ed., Madrid, Civitas, 1985, p. 2638.

9. Luis LÓPEZ GUERRA, «Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia», p. 213.

10. Francisco RUBIO LLORENTE i Manuel ARAGÓN REYES, «La jurisdicción constitucional», a E. GARCÍA DE ENTERRÍA i A. PREDIERI (dir.), *La Constitución española de 1978: Estudio sistemático*, Madrid, Civitas, 1980, p. 851 i seg.

autonòmiques no subsumibles en el recurs d'inconstitucionalitat ni en el conflicte de competències.¹¹

No obstant això, la introducció del procediment esmentat va ser avalat per Eduardo García de Enterría, que va sostenir que era

[...] un tipo de conflicto singularizado para adoptar la forma impugnatoria, que no contradice el reparto general de controles sobre las comunidades autónomas que la propia Constitución establece en su artículo 153, ya que el artículo 161.2 incorpora una regla especial frente a la general del artículo 153, regla especial sólo utilizable por el Estado.¹²

García de Enterría entenia que l'ús d'aquest procediment havia de ser limitat al supòsit en què l'Estat entengués que podria afectar «los límites constitucionales de la autonomía», concepte que no deixa de ser imprecís, però que resumeix en termes generals si més no la recerca de sentit del present recurs. Per la seva banda, Germán Fernández Farreres conclou:

[...] a pesar del empeño de parte de la doctrina, ni la negación de la sustantividad de la impugnación prevista en el artículo 161.2 de la Constitución ni la pretendida inconstitucionalidad del título v, ni, en última instancia, el intento de limitar el objeto de la impugnación, lograron impedir la consolidación del nuevo proceso.¹³

En qualsevol cas, Leopoldo Tolivar destaca el caràcter preventiu del procediment, el qual atorga un privilegi al Govern central no només perquè és l'únic que pot iniciar-lo, sinó perquè el sol fet d'exercir aquesta legitimació activa ja provoca la suspensió de la disposició o resolució autonòmica. Per això aquest autor alerta que «comporta una dilación que normalmente beneficia al Gobierno y perjudica la Comunidad Autónoma».¹⁴

Un cop consolidat el procediment en la LOTC l'any 1979, la conveniència del seu manteniment planteja dubtes en una situació de major desenvolupament de l'estat autonòmic. Aquell advertiment d'una excessiva asimetria entre les parts continua tenint avui plena

11. Cfr. Manuel ARAGÓN REYES, «Comentario al artículo 161 CE», a O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. v, Madrid, Cortes Generales i Edersa, 1999, p. 247-251.

12. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», a *El Tribunal Constitucional*, p. 52.

13. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «Artículo 76», a J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional i Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 1219-1233, esp. p. 1223.

14. Leopoldo TOLIVAR ALIAS, *El control del Estado sobre las comunidades autónomas*, p. 171, en general es mostra crític amb la introducció d'aquest procediment, que considera més propi de la jurisdicció contenciosa administrativa. El mateix Leopoldo TOLIVAR ALIAS, «Un supuesto excepcional de control: el número 2 del artículo 161 de la Constitución española», a *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 2678-2679, sosté que estem davant del control governamental més important, tot i que provisional i dilatori, i en recomana un ús prudent.

vigència i manté l'amenaça d'una poca cooperació entre els poders centrals i autonòmics.¹⁵ A banda de casos puntuals, van arribar el Pla Ibarretxe i, després, el procés sobiranista català. L'article 161.2 CE —en totes les seves formulacions— va acomplir la funció preventiva i condicionadora de les decisions del Tribunal Constitucional. Fins i tot es va veure completat el 2015 per una reforma de la LOTC específica per a frenar qualsevol iniciativa catalana en la lògica del Procés i va acabar amb l'aplicació pràctica de l'article 155 CE a Catalunya, amb la qual cosa va perfeccionar-se aleshores l'operació de convertir el Tribunal Constitucional en un braç executor de les decisions polítiques del Govern central.¹⁶

3. LA CONSAGRACIÓ DEL PROCEDIMENT DEL TÍTOL V DE LA LLEI ORGÀNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El títol v de la LOTC conté només dos articles:

Article 76

Dins dels dos mesos següents a la data de la seva publicació o, en defecte de la mateixa, des que arriba al seu coneixement, el Govern podrà impugnar davant el Tribunal Constitucional les disposicions normatives sense força de llei i resolucions emanades de qualsevol òrgan de les comunitats autònomes.

Article 77

La impugnació regulada en aquest títol, sigui quin sigui el motiu en què es basi, s'ha de formular i substanciar pel procediment previst en els articles 62 a 67 d'aquesta Llei. La formulació de la impugnació comunicada pel Tribunal produirà la suspensió de la disposició o resolució recorreguda fins que el Tribunal resolgui ratificar-la o aixecar-la en un termini no superior a cinc mesos, llevat que, amb anterioritat, hagués dictat sentència.

Recordem: la dada més significativa del procediment del títol v de la LOTC és que el Govern central gaudeix de legitimació activa per a impugnar qualsevol activitat infralegal, normativa o no, d'una comunitat autònoma per motiu d'una inconstitucionalitat no competencial. Aquesta impugnació s'ha de presentar dins del termini de dos mesos i té l'efecte de suspendre immediatament la disposició o resolució afectada, suspensió que haurà de ser

15. FRANCISCO CAAMAÑO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, CEC, 1994, p. 177, sosté que el «Tribunal Constitucional se convertiría en juez de las disposiciones infralegales autonómicas al servicio exclusivo del Gobierno de la Nación y en concurrencia con los jueces del orden contencioso en el ejercicio de esta particular competencia jurisdiccional».

16. GERARD MARTÍN ALONSO, «L'article 155 CE: tres aspectes rellevants de l'experiència de la seva aplicació a Catalunya», *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 25 de setembre de 2019, <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2019/09/25/larticle-155-ce-tres-aspectes-rellevants-de-lexperiencia-de-la-seva-aplicacio-a-catalunya-gerard-martin-i-alonso/>> (consulta: 27 juliol 2020).

ratificada o aixecada pel TC en un termini no superior als cinc mesos. El procediment remet als tràmits del conflicte positiu de competència i es configura en la pràctica com una impugnació residual d'altres procediments, com el recurs d'inconstitucionalitat o els conflictes positius de competència, tots en mans del Govern espanyol per a activar-los. Aquest posseeix, així, instruments importants per a frenar l'activitat normativa (legal i infralegal) de les comunitats autònomes en la seva integritat, en una asimetria processal que expressa una concepció de la Constitució en la part relativa al funcionament de l'estat de les autonomies que dota els òrgans centrals d'uns poders privilegiats i «preventius». D'aquesta manera, es manifesta una concepció de l'organització territorial de l'Estat espanyol gens deferent amb les comunitats autònomes.

Pel que fa al procediment impugnatiu del títol v de la LOTC, hem de destacar que s'ha fet servir en casos realment diversos i de manera no sempre clara.¹⁷ Si la seva introducció com a via processal pròpia és objectable, com acabem de veure, el seu ús variat i de vegades barrejat amb altres procediments repercuteix, al meu parer, en una valoració jurídica poc positiva —producte de la interpretació expansiva de l'article 161.2 CE i d'una lògica discutible que atribueix al Govern central un paper que no ha de desenvolupar necessàriament en un estat compost—, llevat que el que es pretengui sigui simplement mantenir un mecanisme de control polític preventiu de caràcter exorbitant.

Com ha afirmat Andrés Pascual Medrano, el legislador orgànic dota el precepte constitucional esmentat d'«una proyección completa, máxima [...], de manera que parece claro que no se quería dejar escapar la posible aplicación de la facultad de control otorgada por el 161.2 en ningún supuesto, por residual o excepcional que el mismo fuera en la práctica».¹⁸

4. ELS ACTES DE TRÀMIT I LA SEVA IDONEÏTAT PER A SER IMPUGNATS PER MITJÀ DEL PROCEDIMENT DEL TÍTOL V DE LA LLEI ORGÀNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. REFERÈNCIA ESPECIAL A LA INTERLOCUTÒRIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 135/2004, DE 20 D'ABRIL (PLA IBARRETXE)

Els actes de tràmit han estat objecte de discussió en relació amb el fet de ser susceptibles d'impugnació. Sobre aquest punt, segons la jurisprudència hem de diferenciar entre els actes de tràmit que formen part d'un procediment administratiu o constitucional¹⁹ i els que ho

17. Exemples que es poden veure a Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, «El procedimiento de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley previsto en el art. 161. CE y en el título v de la LOTC», *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72 (gener-agost 2008), p. 407-413, en temes més propis de la conflictivitat contenciosa administrativa: personal, senyals de trànsit, impugnació d'un nomenament de president de Navarra, conveni administratiu, subvencions, etc.

18. Andrés PASCUAL MEDRANO, *La suspensión de actos y normas de las comunidades autónomas en la jurisdicción constitucional: El artículo 161.2 de la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 160.

19. El TC ha admès pacíficament conflictes de competència i recursos d'empara enfront d'actes de tràmit. I la jurisdicció contenciosa administrativa no hi planteja problemes.

serien del procediment legislatiu, distinció que em sembla especialment clau després de la interlocutòria del ple del TC per la qual s'inadmet el recurs plantejat pel Govern central davant de l'anomenat Pla Ibarretxe.

Efectivament, si bé en la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 44/1986, de 17 d'abril, es va admetre la impugnació contra la resolució del president de la Generalitat de Catalunya que aprovava el conveni de cooperació subscrit amb el president del Consell Regional de Múrcia, i en la STC 16/1984, de 6 de febrer, el TC va admetre la proposta de nomenament de president autonòmic com un acte de tràmit impugnable per mitjà del procediment del títol v de la LOTC, a diferència dels supòsits anteriors ara cal destacar el cas de la impugnació de l'anomenat Pla Ibarretxe, que va donar lloc a l'esmentada ITC 135/2004, del Ple del Tribunal Constitucional, de 20 d'abril de 2004, per la qual no es va admetre el recurs plantejat pel Govern central.²⁰ El recurs es va formalitzar com una impugnació mitjançant el procediment regulat en l'article 161.2 CE i el títol v de la LOTC (art. 76-77).²¹

Aquesta impugnació va obrir un debat acadèmic i polític sobre la idoneïtat de fer servir aquesta via processal perquè, lluny d'esperar que la seva tramitació pels òrgans legislatius competents (Parlament basc i Corts Generals) donés un resultat determinat, l'ansietat del Govern central —en aquell moment, en mans del Partit Popular (PP)— per a impedir la seva tramitació el portà a una impugnació que, com es veurà més endavant, no donà cap fruit. S'hi acusa el Govern basc d'exercir competències que no té, ja que, segons l'article 46 de l'Estatut d'autonomia basc, el que aquest regula és una iniciativa de reforma estatutària, mentre que el que realment entén que s'està fent és una reforma constitucional encoberta, concepte que serà molt recurrent també davant la reforma estatutària catalana el 2010. A més, argumenta que en el text aprovat s'assignen al País Basc com a competències aspectes sobre els quals no pot decidir si no hi ha prèviament una reforma constitucional... Es posa èmfasi en la ruptura amb la Constitució i en el fet que el Govern central té el deure d'intervenir.²²

La impugnació del Govern, com ja hem indicat, té per objecte el que considera que són «resolucions» d'òrgans de la comunitat autònoma del País Basc —el Consell de Govern i la Mesa del Parlament—, ja que entén que tots dos produeixen efectes jurídics. Es reconeix que són actes de tràmit, però es considera que en si mateixos són perfectament impugnables.

El Govern central afirma, en un to realment apocalíptic, que no es pretén impedir un debat, sinó defensar la democràcia i els valors constitucionals, i sol·licita que el TC admeti

20. És il·lustrativa la concepció —no seguida per la interlocutòria referenciada— subjacent en el treball de Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre la viabilidad de la impugnación jurisdiccional del “Plan Ibarretxe”», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14 (2n semestre 2004), p. 117-132, esp. el seu apartat de conclusió: «Los acuerdos objeto de estudio implican una suplantación deliberada y flagrante del poder constituyente que debe ser frenada “a radice” por la vía del artículo 161.2 de la Constitución».

21. Vegeu-ne una síntesi a Manuel TEROL BECERRA, «Crónica político-constitucional del año 2004», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73 (2005), p. 210-217. Vegeu també José Manuel CASTELLS, «País Vasco», a Joaquín TORNOS MAS (dir.), *Informe comunidades autónomas 2004*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, 2005, p. 515-517.

22. També des de l'àmbit socialista l'oposició és frontal; vegeu, per exemple: Diego LÓPEZ GARRIDO, «El “Plan Ibarretxe” no se puede negociar», *El País*, 14 de novembre de 2003.

a tràmit la impugnació, anul·li l'acord del Govern basc del 25 d'octubre pel qual s'aprova aquest pla, així com el del 4 de novembre de la Mesa del Parlament basc, i procedeixi a la seva suspensió immediata.

Per a l'advocat de l'Estat, es tracta de resolucions que en si mateixes són objectes idonis d'impugnació: «Gairebé es podria dir gràficament, encara que no amb total exactitud jurídica, que la infracció crea la resolució». Nega el caràcter preventiu de la impugnació, que per a ell és una mesura que pretén impedir que es reformi la Constitució per mitjans no prevists en aquesta, i analitza per separat cadascun dels dos acords. El del Govern basc culmina, al seu parer, un procediment administratiu d'elaboració de projectes de llei que presenta efectes jurídics, ja que predetermina el treball parlamentari. Entén que l'acord de la Mesa del Parlament vulnera, també, el dret de representació política de l'article 23.2 CE que exerceixen els diputats, perquè qualifica el text com una reforma de l'Estatut que s'haurà de seguir pel procediment legislatiu ordinari però amb les particularitats d'aquell (és a dir, amb ambigüitat per a poder reaccionar davant de futures impugnacions).

El Parlament i el Govern bascos coincideixen en les seves alegacions. L'argumentació més important és que no es pot impugnar una cosa que no està aprovada, no és ferma i, en conseqüència, no es pot recórrer, llevat que s'actui de manera inconstitucional, com si fos un recurs previ. S'arriba a afirmar que ens trobem davant d'«un judici preventiu d'inconstitucionalitat», prematur i no reparador, com hauria de ser. Al seu parer, la via de l'article 161. 2 CE (i del títol v de la LOTC) no permet impugnar actes de tràmit d'un procediment legislatiu, que no modifiquen l'ordenament, i és inacceptable que es pretengui la suspensió d'un procediment i d'un debat parlamentari. Els acords impugnats, tant el del Govern basc com el de la Mesa del Parlament basc, no són, així, resolucions.

El Tribunal no dona la raó als demandants en un plantejament que és cridaner si el contrastem amb el del procés català. Entrant ja en els fonaments jurídics, destacarem que el TC afirma que el criteri de l'advocat de l'Estat, segons el qual «la infracció crea la resolució», és inadmissible, ja que és «exactament el contrari: només si prèviament són resolucions o disposicions poden, després, ser qualificades d'infraccions constitucionals, ja que el simple enunciat d'una proposició contrària a la Constitució no constitueix objecte d'enjudiciament per aquest Tribunal» (fonament jurídic [FJ] 2n ITC 135/2004). El Tribunal entén que són actes de tràmit integrants d'un procediment legislatiu, és a dir, actes que formen part del procediment de reforma de l'Estatut d'autonomia, d'acord amb l'article 46 de l'Estatut d'autonomia basc. Per tant, no poden ser considerats «resolucions» i, en conseqüència, no poden impugnar-se per la via de l'article 161.2 CE i el títol v de la LOTC. Les disposicions infralegals i les resolucions objecte de la impugnació han de ser manifestacions de la voluntat institucional de la comunitat autònoma. En el fonament jurídic sisè de la ITC 135/2004 el TC sosté la competència del Govern basc per a acordar l'inici del procediment de reforma estatutària, sense que sigui rellevant que el resultat final pugui ser inconstitucional, ja que no hi ha una via preventiva de control de la constitucionalitat. L'Acord de la Mesa no pot ser tampoc objecte d'impugnació per aquesta via, ja que desenvolupa els seus efectes en el si del procediment parlamentari —una altra possibilitat seria que un o diversos diputats presentessin un recurs d'empara—. En definitiva, el TC conclou:

La impugnación del título v queda descartada, por principio, si pretende dirigirse contra el acto de trámite antes de que el procedimiento concluya, pues, según se ha dicho, el título v, en un entendimiento sistemático de la ley en la que se incluye, establece un procedimiento de control de constitucionalidad de disposiciones y resoluciones imputables a la comunidad autónoma por conducto de los órganos expresivos de su voluntad institucional, supuesto en el que manifestamente no pueden comprenderse los actos que se insertan en un procedimiento de gestación (incierto) de esa voluntad. Y debe también excluirse una vez finalizado el procedimiento, si éste lo hace con una norma con rango de ley.

Els vots particulars dissidents són receptius, en termes generals, a les al·legacions de l'advocat de l'Estat. En primer lloc, el qui aleshores era president del Tribunal Constitucional, Manuel Jiménez de Parga, sosté que la proposta ha de ser paralitzada, ja que és un frau procedimental per a reformar la Constitució. A més, sosté que el concepte de resolució comprèn actes de tràmit. El segon vot particular és el del magistrat Pablo Cachón Villar, que insisteix que la proposta de reforma desconeix el bloc de la constitucionalitat i s'extralimita en les seves competències perquè es tracta d'una reforma encoberta —o per un procediment no adequat— de modificació de la Constitució. Un tercer vot particular és el signat pels magistrats Guillermo Jiménez Sánchez, Roberto García-Calvo i Montiel i Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, els quals sostenen que no s'hauria d'haver obert el tràmit d'admissió perquè, quan s'utilitzi la via processal de l'article 161.2 CE i el títol v de la LOTC, aquella ha de donar-se sempre. Sostenen que, a més, en la mateixa línia estrictament processal, el recurs s'hauria d'haver admès a tràmit i el procediment s'hauria d'haver acabat per mitjà d'una sentència.

En aquesta perspectiva, l'estat de les autonomies es concep com un estat compost, en el qual els poders centrals tenen una missió de salvaguarda o de garantia de la unitat i per això estan dotats de facultats extraordinàries com la via processal utilitzada aquí, i els ens autonòmics són subordinats a aquest i, fins i tot, secundaris. En general, els vots particulars reflecteixen una concepció de l'organització territorial de l'Estat diversa de la que es planteja en la decisió majoritària de la interlocutòria que ens ocupa, en la lògica d'encarregar al Govern central la defensa de la Constitució i situant el Tribunal Constitucional en el joc polític (segons l'expressió dels mateixos magistrats signants de l'últim vot particular).

A Madrid, les eleccions del 14 de març de 2004 canvien la majoria parlamentària i es constitueix un govern de signe socialista, que afavoreix que la tramitació del Pla Ibarretxe arribi al Congrés dels Diputats. Després del nou escenari obert pel canvi en el Govern central i per la inadmissió del recurs, el Parlament Basc va discutir i aprovar el text en una comissió i després va aprovar-lo el Ple el 30 de desembre de 2004. La tramitació del Pla Ibarretxe arriba, doncs, al Congrés dels Diputats.²³ L'1 de febrer de 2005 el lehendakari Ibarretxe defensa en

23. Sobre la conveniència de donar entrada al Pla Ibarretxe en el Congrés, admetre'l a tràmit i fer-ne un debat, vegeu José Antonio MARTÍN PALLÍN, «La fuerza de la democracia», *El Periódico*, 31 de gener de 2005. Va ser objecte de discussió si la tramitació parlamentària al Congrés dels Diputats es podia tancar amb un debat de totalitat o de presa en consideració, sense més. L'opinió contrària sostenia que s'havia d'iniciar un

el Ple del Congrés la proposta de nou estatut d'Euskadi després que el Parlament Basc el designi únic integrant de la delegació autonòmica. El 2 de febrer de 2005 es rebutja prendre'l en consideració després d'un debat de totalitat en el Ple del Congrés amb els vots en contra conjuntament del Partit Socialista Obrer Espanyol (PSOE) i del PP, de manera que s'acorda retornar el text al Parlament Basc. Davant d'aquest rebuig, el lehendakari convoca eleccions autonòmiques per al 17 d'abril de 2005, les quals donen una nova victòria relativa al Partit Nacionalista Basc (PNB) i es reedita el tripartit Partit Nacionalista Basc-Eusko Alkartasuna-Izquierda Unida (PNB-EA-IU) al Govern Basc... El Pla Ibarretxe desapareix, però, del mapa polític.

L'actuació del Tribunal Constitucional en aquesta època contrasta amb la posició que adopta en el cas de les actuacions governamentals i parlamentàries en el marc del procés sobiranista català, com veurem a continuació.

5. EL PROCÉS SOBIRANISTA CATALÀ DAVANT L'ARTICLE 161.2 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA

L'anomenat Procés es fa començar habitualment a partir de l'etapa del dret a decidir, un període que va des de les eleccions autonòmiques del 2012 fins a les celebrades el 27 de setembre de 2015. El debat polític es configura en un primer moment com a defensa del «pacte fiscal», se situa després en el «dret a decidir» i la voluntat de celebrar una consulta sobre el futur polític de Catalunya que ha anat explicitant una tensió progressiva amb l'Estat espanyol, i s'ubica definitivament en els conceptes de sobirania i d'independència entre el 2015 i el 2017. Ens trobem davant un «procés» d'acceleració ràpida, que posa fi al sistema de partits dels darrers anys i fins i tot a alguns partits polítics concrets.

Tot el que comentem aquí comença el 2010 amb la Sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC). Podem dir que el Tribunal

procés de negociació, d'acord amb el caràcter pactat dels estatuts d'autonomia de l'article 151 CE. L'Acord de la Mesa de la Cambra de 25 de gener de 2005 va desestimar la sol·licitud de reconsideració formulada contra l'acord anterior, de 19 de gener del mateix any, pel qual es qualifica, s'admet a tràmit i es decideix la tramitació de la proposta d'acord amb l'apartat II de la Resolució de la Presidència del Congrés dels Diputats sobre el procediment que cal seguir per a la tramitació de la reforma dels estatuts d'autonomia, de 16 de març de 1993, la qual inclou un debat de totalitat en la fase de presa en consideració per a tot tipus de reforma d'estatuts d'autonomia, amb independència de la via d'aprovació. Contra aquell acord van interposar un recurs d'empara dos diputats del PNB, un d'EA i un de Nafarroa-Bai (Grup Mixt) per reivindicar el caràcter pactat de la reforma d'acord amb l'article 151.1 CE, per la qual cosa es vulnerava, segons la seva opinió, el dret a la representació i la participació política. Pel que fa a això, el TC considera (FJ 4t i 5è) que no s'ha vulnerat l'article 23.2 CE i que el reglament de la cambra i l'acord impugnat ja regulen d'una manera paccionada el procediment de reforma, de manera que sosté que cal diferenciar entre elaboració i reforma dels estatuts d'autonomia aprovats d'acord amb l'article 151.1 CE. S'inadmet a tràmit el recurs d'empara mitjançant la Interlocutòria 45/2005, de 31 de gener. Vegeu Javier PÉREZ ROYO, «El paralelismo de las formas», *El País*, 25 de gener de 2005, i Marc CARRILLO, «El Estatuto Vasco en el Congreso», *El País*, 5 de febrer de 2005, contraris a la decisió del TC.

Constitucional, de dubtosa legitimitat, durant tres anys d'intrigues i tensions es va carregar de soca-rel un procés estatutari formalment impecable, amb la qual cosa va destruir l'obra de tres cambres parlamentàries i una votació popular directa, totes favorables al text aprovat. La STC 31/2010 (la més important, que respon al recurs del PP, perquè en total es van presentar set recursos d'inconstitucionalitat) mostra la dificultat de l'encaix de Catalunya amb Espanya estatutàriament i constitucionalment.

Convergència i Unió (CiU) torna al Govern arran de les eleccions al Parlament de Catalunya del 2012. L'11 de setembre de 2012 una gran manifestació reivindica «Catalunya, nou estat d'Europa». Artur Mas es reuneix amb Mariano Rajoy el 20 de setembre, però no arriben a cap acord sobre la proposta de «pacte fiscal» que va rebre el suport del Parlament de Catalunya, i el dia 28 Artur Mas dissol el Parlament per tal de convocar unes eleccions per al 25 de novembre en les quals CiU defensa la celebració d'un referèndum sobre el futur polític de Catalunya.

A partir de la gran manifestació de l'11 de setembre de 2012 i les eleccions autonòmiques del 2012,²⁴ s'obre una nova etapa en les relacions entre Catalunya i el conjunt de l'Estat espanyol. Els ponts institucionals comencen a esquerdar-se i la crisi econòmica, amb les corresponents retallades i limitacions financeres de la Generalitat, crispen els ànims i es culpa el Govern de Madrid, en mans del PP, de fer una política de recentralització. En tot cas, hi ha una decantació del catalanisme polític cap a plantejaments independentistes. En aquestes circumstàncies, el professor Javier Pérez Royo,²⁵ un dels pocs constitucionalistes espanyols comprensius amb els plantejaments que emergeixen de la majoria parlamentària catalana, en un article publicat al diari afirma que no es pot demanar als catalans que tinguin una voluntat diferent de la que tenen. I continua dient que és inequívoc el rebuig al binomi Constitució-Estatut d'autonomia com a fórmula per a resoldre la integració de Catalunya en el si de l'Estat després de la sentència de l'Estatut. Segons ell, s'ha trencat el que conformen aquestes dues normes jurídiques tan transcendents:

Es legal, pero no tiene legitimidad para ordenar la convivencia en el interior de Cataluña y las relaciones entre Cataluña y España. Y no tiene legitimidad porque los destinatarios de dicho bloque de constitucionalidad en Cataluña no lo quieren. Y así lo han dicho mediante el ejercicio del derecho de manifestación y en dos elecciones consecutivas, con un mensaje cada vez más rotundo.

Juan José López Burniol també va escriure, a *La Vanguardia*, que s'havia trencat el bloc de la constitucionalitat, com demostren els resultats de les eleccions del 25 de novembre.²⁶

En aquest context, destaca l'aprovació de la Resolució 5/X del Parlament de Catalunya, per la qual s'aprova la Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya, del

24. CiU passarà de 60 a 52 diputats i cercarà una estabilitat amb ERC.

25. Javier PÉREZ ROYO, «Quiebra de la Constitución», *El País*, 4 de gener de 2013. Posteriorment, també de Javier PÉREZ ROYO, «Sin Constitución territorial», *El País*, 24 de gener de 2014.

26. Juan José LÓPEZ BURNIOL, «El derecho a decidir (2)», *La Vanguardia*, 9 de febrer de 2013.

23 de gener de 2013.²⁷ Aquesta declaració parlamentària proclama la sobirania del poble de Catalunya, però no comporta l'exercici d'aquesta sobirania. A més, hem de recordar que no és la primera declaració en aquest sentit. Es proclamen la sobirania del poble de Catalunya, com a subjecte polític i jurídic sobirà que és; la legitimitat democràtica del dret a decidir, el diàleg i la negociació amb l'Estat, amb les institucions europees i amb el conjunt de la comunitat internacional, i el respecte dels marcs legals existents, com a aspectes més destacats del que ara ens interessa. Es tracta d'una declaració institucional, programàtica, sense un valor jurídic immediat.²⁸ Finalment, la Declaració fou aprovada per vuitanta-cinc vots a favor i va rebre el suport de CiU, Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA), cinc diputats del Partit dels Socialistes de Catalunya (PSC) i un diputat de la Candidatura d'Unitat Popular (CUP); van votar-hi en contra quaranta-un diputats, corresponents al PSC, el Partit Popular de Catalunya (PPC) i Ciutadans (C's); i dos diputats de la CUP van abstenir-se de votar. Però des del Govern central no hi ha ni la més mínima deferència envers el Parlament, i la Resolució és impugnada sense contemplacions mitjançant el procediment del títol v de la LOTC. El centre de gravetat pel que fa a les tensions amb la Generalitat de Catalunya se situa a partir d'ara en el Tribunal Constitucional. Hem de recordar l'asimetria processal existent entre els òrgans centrals i els autonòmics mitjançant la interpretació àmplia que s'ha fet en la LOTC de l'article 161.2 CE, ja que fins i tot s'ha establert en el títol v de la LOTC un procediment específic per a impugnar, sempre amb suspensió automàtica, qualsevol actuació autonòmica. Per tant, la mera impugnació per part del Govern central comportarà la suspensió automàtica de la declaració autonòmica durant cinc mesos, que després el TC podrà mantenir o aixecar.²⁹

Aquesta declaració va ser aprovada per vuitanta-cinc dels cent trenta-cinc diputats del Parlament. Després dels preceptius informes en contra de l'Advocacia de l'Estat i del Consell d'Estat, el Govern central decideix impugnar la Declaració el 8 de març de 2013 mitjançant la via establerta en l'article 161.2 CE i el títol v de la LOTC. Entén que té efectes *ad extra* i que afecta tant articles nuclears com els articles 1.2, 2, 9 i 168 CE. El sentit de la impugnació del Govern, que comporta la suspensió immediata de la Declaració, és, a parer meu, de tipus «preventiu» —la qual cosa ja hem dit abans que no es preveu ni en la Constitució ni en la Llei

27. Vegeu una explicació d'aquesta declaració a Joan VINTRÓ, «La Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic», *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 7 de febrer de 2013, <<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/02/07/la-declaracio-de-sobirania-i-del-dret-a-decidir-del-poble-de-catalunya-un-apunt-juridic-joan-vintro/>> (consulta: 9 juliol 2020).

28. Vegeu l'editorial «Matisos a una declaració», *La Vanguardia*, 27 de gener de 2013, p. 20. El dret a decidir seria una manera d'apel·lar a l'autodeterminació. La sobirania del poble de Catalunya com a ens polític i jurídic entra en conflicte amb el que disposa la Constitució espanyola (art. 1.2 CE), però el text és una mera declaració programàtica sense efectes jurídics, tot i el gran valor simbòlic que té. Pel que fa a la celebració d'una consulta a Catalunya, no és un problema jurídic, sinó polític (tot i que no és interpretat així des del Govern de Madrid, malgrat que el TC afirmarà que si hi ha acord, es pot fer). Per a més informació, vegeu *Anuari Polític de Catalunya* (Barcelona, ICPS), núm. 7 (2013), p. 34 i seg.

29. Em remeto al meu treball: Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, *La impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley*, Barcelona, ICPS, 2007 (Working Papers; 263).

orgànica del Tribunal Constitucional—, ja que el Govern central entén que hi ha una finalitat que és inconstitucional. Sobta que es pugui considerar que un parlament, en ple ús de les seves competències, no pugui fer declaracions que expressin lliurement el que la majoria de diputats vota i que, a més, es consideri inconstitucional l'inici d'un camí en el qual encara no s'ha fet ni un sol pas. Torna a aparèixer el *constitucionalisme inquisitoria*, el nom en va de la Constitució, com a document que impedeix l'exercici de la llibertat d'expressió, la inviolabilitat parlamentària o, simplement, fer política, la qual cosa és, al meu parer, una neciesa.³⁰

En tot cas, en aquest període que analitzem ha estat cabdal la reivindicació de la celebració d'un referèndum a Catalunya. Aquest objectiu no s'ha pogut acomplir —només el procés participatiu del 9 de novembre (9-N) el 2014 i després el referèndum de l'1 d'octubre de 2017 (1-O)—. En tot cas, en relació amb la hipòtesi de celebrar una consulta, ens plantejem des d'aquí la pregunta següent, que desitgem que no sigui pura retòrica: pot l'Estat espanyol ignorar permanentment la voluntat d'una part dels seus ciutadans, que mai no tindran la representativitat suficient perquè triomfi una reforma constitucional? Com afirmà el professor Rubio Llorente en un article publicat el 2012 al diari El País,³¹

[...] es deber del Gobierno contribuir a la búsqueda de vías que permitan llevarla a cabo [la consulta] de la manera menos traumática para todos; sin violar la Constitución, pero sin negar tampoco la posibilidad de reformarla si es necesario hacerlo [...].

Si una minoría territorializada, es decir, no dispersa por todo el territorio del Estado, como sucede en algunos países del Este de Europa, sino concentrada en una parte definida, delimitada administrativamente y con las dimensiones y recursos necesarios para constituirse en Estado, desea la independencia, el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que pueden ser eliminados. Si la Constitución lo impide habrá que reformarla, pero antes de llegar a ese extremo, hay que averiguar la existencia, y solidez de esa supuesta voluntad. Una doctrina que hoy pocos niegan y cuya expresión más conocida puede encontrarse en el famoso dictamen que la Corte Suprema de Canadá emitió en 1999 sobre la legitimidad de la celebración de un referéndum en Quebec (que, dicho sea de paso, los independentistas perdieron por poco más de 50.000 votos).

Però l'immobilisme de l'Estat espanyol i la impossibilitat de plantejar la reforma constitucional provoquen un descàndid de la Constitució —convertida en un dogma de fe (inspirat per la doctrina de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales [FAES]) segons

30. Vegeu Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, «Dret a decidir i constitucionalisme inquisitorial», *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 27 de maig de 2013, <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/05/27/dret-a-decidir-i-constitucionalisme-inquisitorial-joan-lluis-perez-francesch/>> (consulta: 7 juliol 2016). Vegeu també un comentari crític de la impugnació a Pere SOL, Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH i Josep PAGÈS, «La democràcia vigilada», *Ara*, 10 de maig de 2013.

31. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 8 d'octubre de 2012. Recentment, en aquesta línia vegeu Jorge CAGIAO Y CONDE i Gennaro FERRAIUOLO (2016), *El encaje constitucional del derecho a decidir: Un enfoque polémico*, Madrid, Libros de la Catarata, 2016.

el qual tota proposta de consulta a Catalunya ha de ser prohibida i qualsevol iniciativa catalana, condemnada al bagul dels records, o bé s'ha de passar la «patata calenta» a un cada vegada més desprestigiat Tribunal Constitucional— a una part important de la societat catalana.³² El Parlament de Catalunya defensa els seus punts de vista fins i tot recusant membres del TC, com el seu president.³³

El TC actua de manera implacable. La STC 42/2014, de 25 de març, entén per unanimitat que l'apartat primer de la Declaració és inconstitucional perquè afirma que Catalunya és un subjecte polític sobirà, la qual cosa contradiu el principi de sobirania nacional i d'unitat de la nació espanyola. El TC, però, sosté que el «dret a decidir», que es pot concretar en una consulta, sempre que sigui acordada amb l'Estat, és una conseqüència de l'activitat política i, per tant, té encaix constitucional. El dret a decidir comporta una consulta que no pot ser exercici del dret d'autodeterminació, però no és considerada inconstitucional *ex radice*, sinó que, a parer del TC, dins de l'ordenament constitucional hi ha marge per a celebrar-la. El TC apel·la així a la necessitat de fer política, que ha de conduir a la possibilitat de celebrar un referèndum si es considera convenient (FJ 3r ITC 135/2004).

El debat de política general celebrat entre el 25 i el 27 de novembre de 2013 conclougué l'aprovació de la Resolució del dret a decidir del poble de Catalunya, que instà el Parlament a portar una petició al Congrés per a poder celebrar una consulta. Aquesta resolució fou aprovada per vuitanta-sis vots a favor i quaranta-set en contra. En aquest context, podem destacar, a banda dels intents reiterats per a flexibilitzar la llei reguladora del referèndum, la Proposta de resolució que va ser rebutjada al Congrés dels Diputats el 26 de febrer de 2013, la qual instava el Govern espanyol a iniciar un diàleg amb el Govern de la Generalitat per a possibilitar la celebració d'una consulta a la ciutadania de Catalunya sobre el seu futur. Al vot favorable de CiU i d'ICV-EUiA s'afegí el dels diputats del PSC (menys un), que votaren per primer cop de manera diferent de la resta dels seus companys del Grup Socialista al Congrés.³⁴ Es visualitzà de manera explícita un xoc de trens, de voluntats, entre la majoria parlamentària al Congrés dels Diputats i la majoria parlamentària catalana.

32. La campanya en contra dels independentistes és mediàtica, jurídica —procés penal del 9-N— i inclou pressions a la Fiscalia, l'aparició d'escàndols com les escoltes il·legals dutes a terme per l'empresa Método 3, l'abonament de sospites de corrupció sobre alguns líders polítics catalans sense tenir-ne proves, incompareixença amb informes i documents no signats que imputen delictes a polítics catalans, etc. La campanya, ben orquestrada, pot haver fet entrar en funcionament fins i tot el Centre Nacional d'Intel·ligència i alguns grups policials especialitzats. Les gravacions de les converses entre el ministre de l'Interior i el director de l'Oficina Antifrau, filtrades abans de les eleccions generals del 26 de juny de 2016, han protagonitzat un dels darrers episodis. Les difamacions mediàtiques com les produïdes pel diari *El Mundo* pocs dies abans de les eleccions del 25 de novembre de 2012 curtcircuitaren il·legítimament el procés electoral, sense que ningú institucionalment assumís cap responsabilitat. Són interessants en aquest sentit, entre d'altres, les declaracions d'Ernesto Ekaizer a Catalunya Ràdio el 22 d'octubre de 2014 sobre les clavegueres de l'Estat.

33. El TC rebutja la recusació del seu president amb nou vots a favor i dos en contra (18 de setembre de 2013).

34. Vegeu Josep RAMONEDA, «El voto de la discordia», *El País*, 27 de febrer de 2013. Aquest autor afirma: «La fractura parlamentària socialista es síntoma de varios de los problemas que acechan a España: la crisis del régimen surgido de la Transición, la crisis de la izquierda y la crisis de la política».

La Proposició de Llei, avalada per una majoria del Parlament de Catalunya, en la qual es demanava la delegació a la Generalitat de la competència per a autoritzar, convocar i celebrar un referèndum sobre el futur polític de Catalunya (d'acord amb les previsions de l'article 150.2 CE), obtingué un resultat negatiu en la votació al Congrés dels Diputats (299 vots en contra, 47 a favor i 1 abstenció).

El 13 de març de 2013 el Ple del Parlament de Catalunya va aprovar —per 104 vots a favor (77 %),³⁵ dels 135 possibles— una segona declaració a favor del dret a decidir. El PSC, trencat en la declaració anterior, impulsà ara aquesta, que instava el Govern de la Generalitat a dialogar amb el Govern central per a poder pactar una consulta legal. La voluntat política de convocar una consulta a Catalunya, expressada en la seu parlamentària catalana, quedava així definida nítidament. En un gest insòlit, el TC sol·licità a la cambra catalana que aclarís quina de les dues declaracions estava vigent i si una era continuació de l'altra. De fet, la segona declaració no parlava de sobirania, sinó de fer una consulta; sembla, doncs, que aquesta «cessió del problema» que li havia endossat el Govern, estava desconcertant el TC. La resposta del Parlament de Catalunya va ser que eren declaracions institucionals diferents, complementàries, i que, en tot cas, la seva naturalesa era política, de manera que no podia haver-hi controvèrsia constitucional. No obstant això, l'estratègia del Govern central va ser estendre la impugnació a qualsevol actuació que es fes des del Govern o el Parlament catalans, com va passar amb la creació governamental del Consell Assessor per a la Transició Nacional el febrer del 2013, al qual s'encarregaren estudis i dictàmens.³⁶

Amb un dictamen favorable del Consell de Garanties Estatutàries (CGE)³⁷ —quatre dels nou vocals del qual van formalitzar un vot particular que discrepava de la majoria—, el 19 de setembre de 2014 el Parlament aconseguí aprovar la Llei 10/2014, del 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana, per una majoria de cent quatre vots dels cent trenta-cinc del Parlament (amb el suport de CiU, ERC, ICV-EUiA i, també, del PSC). El dissabte 27 de setembre el president Artur Mas va signar el decret de convocatòria de la consulta. El dilluns següent, 29 de setembre, en una convocatòria d'urgència, el Tribunal Constitucional va admetre a tràmit els recursos presentats pel Govern espanyol —que es reuní el diumenge 28— per a aturar la Llei i la convocatòria de la

35. El text és el mateix que un que, a instàncies del PSC, es va rebutjar al Congrés dels Diputats i va propiciar una diferència de vot dels diputats del PSC integrats en el si del Grup Socialista al Congrés. Els 104 vots a favor eren de CiU, ERC, PSC i ICV-EUiA; els 27 en contra eren de PP i Ciutadans, i va haver-hi 3 abstencions de la CUP.

36. Vegeu els informes realitzats a: <http://presidencia.gencat.cat/ca/ambits_d_actuacio/consells-assessors/consell_assessor_per_a_la_transicio_nacional_catn/informes_publicats/> (consulta: 17 juliol 2016). El nomenament del Comissionat per a la Transició Nacional també va ser impugnat via conflicte de competències el 26 de juny de 2015. L'anomenat Procés va requerir des d'aleshores actuar amb l'estratègia que no s'impugnassin totes les decisions catalanes, com sí que va passar amb la iniciativa sorgida el juliol del 2013 del Pacte Nacional del Dret a Decidir, que recollia entitats de la societat civil. Podeu consultar: <www.dretadecidir.cat/> (consulta: 17 juliol 2016). El suport a aquesta iniciativa es reflectí en el document de bases aprovat al Parlament per CiU, ERC, ICV-EUiA i el PSC (104 vots a favor, 27 en contra i 2 abstencions).

37. Vegeu la referència de la nota 46.

consulta,³⁸ de manera que el Govern català es veié obligat a aturar la consulta. Però el Govern català presentà una nova estratègia per a poder salvar la consulta del 9-N: convertir-la en un «procés participatiu», una consulta oficiosa, amb el suport de ciutadans voluntaris. Aquesta reconversió també va ser impugnada pel Govern central, de manera que es va aplicar, com sempre, la suspensió automàtica de la convocatòria.

Des del punt de vista de la participació popular,³⁹ el 9-N

[...] va ser un èxit per als qui l'havien convocat, sobretot pel Govern i molt especialment per Artur Mas. Malgrat totes les dificultats, advertiments i incerteses, hi va haver 2.344.828 participants, dels quals 1.897.274 van dipositar una papereta amb el doble «sí».⁴⁰

La convocatòria del procés participatiu va ser impugnada pel Govern central i posteriorment va ser suspesa pel TC, i els màxims representants governamentals catalans de fer-la possible⁴¹ van ser acusats per la via penal per la Fiscalia General de l'Estat després de no poques tensions internes.⁴² El paper actiu d'entitats de la societat civil com l'Assemblea Nacional Catalana (ANC), Òmnium Cultural i l'Associació de Municipis per la Independència (AMI), i dels mateixos partits que impulsaven la convocatòria, va ser rellevant també per a la celebració d'aquesta.⁴³

Totes les cinc possibilitats per a fer una consulta que l'Institut d'Estudis Autònoms havia anunciat com a possibles, havien estat infructuoses:⁴⁴ la reforma constitucional,

38. El recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei de consultes va ser presentat el 29 de setembre de 2014, suspesa la vigència de la Llei, i va ser resolt mitjançant la STC 31/2015, de 25 de febrer de 2015, en la qual el TC afirma que la consulta que es propugna és realment un referèndum encobert. El Decret de convocatòria va ser impugnat també el 29 de setembre, acte que donà lloc a la STC 32/2015, de 25 de febrer de 2015.

39. El 9 de novembre es van constituir 6.695 meses de participació en els diversos municipis de Catalunya i en algunes ciutats d'altres països, on es van registrar al final de tot el procés (que es va allargar, en una pràctica insòlita, fins al 25 de novembre) 2.344.828 ciutadans residents majors de setze anys. D'aquests, 1.897.274 van votar afirmativament a les dues preguntes formulades, 234.848 van votar afirmativament a la primera pregunta («vol que Catalunya esdevingui un Estat?») i negativament a la segona («vol que aquest Estat sigui independent?»), i la resta (212.706) van votar «no» a les dues preguntes o van votar en blanc o altres opcions considerades nul·les. Vegeu tota la informació al web <www.participa2014.cat/> (consulta: 14 juliol 2016).

40. Salvador CARDÚS, «De la mobilització a la política institucional», *Anuari Polític de Catalunya* (Barcelona, ICPS), núm. 8 (2014), p. 12.

41. El president, Artur Mas, la vicepresidenta, Joana Ortega, la consellera d'Ensenyament, Irene Rigau, i el conseller de la Presidència, Joaquim Homs.

42. Vegeu Enric JULIANA, «La querella que Maquiavelo no suscribiría», *La Vanguardia*, 18 de desembre de 2014, <www.lavanguardia.com/politica/20141118/54419421626/la-querella-que-maquiavelo-no-suscribiria.html> (consulta: 16 juliol 2020).

43. Dins el procés sobiranista, la Llei 16/2014, del 4 de desembre, d'acció exterior i relacions amb la Unió Europea, crea el Consell de la Diplomàcia Pública Catalana (DIPLOCAT) amb la voluntat de donar a conèixer el Procés fora de Catalunya.

44. Vegeu l'argumentació favorable a la celebració d'una consulta a Joan Lluís PÉREZ FRANCESCH, «La consulta y la Constitución», *Agenda Pública*, 16 de febrer de 2014, <www.eldiario.es/agendapublica/reforma-constitucional/consulta-Constitucion_0_229577279.html> (consulta: 16 juliol 2020), i Joan Lluís PÉREZ

l'article 150.2 CE, la Llei de consultes via referèndum, la Llei de consultes no referendàries i el referèndum consultiu de l'article 92.1 CE.⁴⁵ La mateixa Llei de consultes catalana va ser considerada constitucional i estatutàriament legítima pel CGE,⁴⁶ mentre que després el TC afirmà en la seva sentència que no hi ha consultes diferenciades (pel cens, per l'òrgan convocant) que no siguin referèndum, amb la qual cosa assumia l'opinió minoritària en el CGE.

Després del 9-N⁴⁷ es prepararen unes noves eleccions, enteses pels sectors sobiranistes com a «plebiscitàries», que tingueren lloc el 27 de setembre de 2015. La candidatura sobiranista integrada per Convergència Democràtica de Catalunya (CDC) i ERC amb el nom de Junts pel Sí obtingué un èxit notable, però no assolí la majoria absoluta, la qual cosa comportà cercar aliances amb la CUP per a formar una majoria estable, que s'endugué el lideratge d'Artur Mas. L'escenari del 2015 era molt diferent del del 2012, quan d'alguna manera començà tot el debat entorn del dret a decidir i els partits es començaren a posicionar. La mateixa federació de Convergència i Unió s'havia presentat a les eleccions del novembre del 2012 situant-se al capdavant d'un procés sobiranista que reivindicava el «dret a decidir» del poble de Catalunya, tot i les fortes tensions internes existents. No es promou un projecte diàfanament independentista, com sí que era Esquerra Republicana de Catalunya, amb qui va signar un acord de governabilitat amb la mirada posada en la celebració, en el termini màxim de dos anys, d'una consulta o un referèndum sobre la independència. La resta de partits catalans es van situar en oposició oberta al Procés (C's i PP), o bé demanant un acord amb el Govern central (PSC, UDC), o bé amb una ambigüitat considerable (ICV-EUiA).

El 25 de febrer de 2015 es van conèixer les sentències del TC 31/2015 i 32/2015, que anul·laven determinats preceptes de la Llei de consultes i el Decret de convocatòria de la consulta referendària del 9 de novembre de 2014 —substituïda en el seu moment per l'anomenat «procés participatiu del 9-N»—. Aquest darrer, tot i que es tractava d'una activitat no convocada formalment, però que requeria actes de preparació i de desenvolupament, també

FRANCESCH, «Catalunya quiere ser reconocida como sujeto político», *Mundiario*, 16 d'agost de 2014, <www.mundiario.com/articulo/politica/agostidad/20140816210401021341.html> (consulta: 16 juliol 2020).

45. <www.ara.cat/dossier/Cinc-vies-legals-consulta_0_872312791.html> Vegeu Gerard MARTÍN, «La consulta al poble de Catalunya sobre el seu futur polític col·lectiu: anàlisi dels procediments legals a què es pot recórrer i algunes reflexions», *Activitat Parlamentària*, núm. 26, <www.raco.cat/index.php/ActivitatParlamentaria/article/viewFile/273786/361908> (consulta: 16 juliol 2020). Vegeu l'informe a: <http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/transicio_nacional/iea/assessorament_govern/documents/informe_consultes_cat.pdf> (consulta: 14 juliol 2020).

46. Vegeu el Dictamen 19/2014, de 19 d'agost, sobre la Proposició de llei de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana. L'opinió majoritària entén que és possible fer una consulta a Catalunya sobre el seu futur polític emparada per aquesta llei, atès que es tracta d'una consulta no referendària, mentre que la minoria considera que, pel tipus de consulta que és, s'està situant en el camp del referèndum i, per tant, excedeix la competència de la Generalitat de Catalunya segons l'EAC.

47. Les eleccions al Parlament Europeu del mes de maig van donar un nou impuls a les forces defensores de la consulta del 9 de novembre: ERC se situà com a primera força (amb el 23,7% dels vots), CiU va obtenir el segon lloc (amb el 21,8%) i ICV-EUiA es va col·locar en la quarta posició (amb el 10,3%).

va ser impugnada pel Govern central i resolt en la STC 138/2015, d'11 de juny de 2015,⁴⁸ en la qual el TC obligà la Generalitat a cessar les activitats preparatòries.

El 9 de novembre de 2015 s'aprovà la Resolució 1/XI del Parlament de Catalunya, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015, una resolució que va ser pactada per Junts pel Sí i la CUP. La Resolució incloïa el compromís d'adoptar les mesures necessàries per a assolir aquest objectiu, entre les quals cal destacar, d'una banda, la tramitació de tres lleis —a saber: la del procés constituent, la de seguretat social i la d'hisenda pública—, i, de l'altra, el compromís polític de no supeditació a les decisions de les institucions de l'Estat espanyol i, en particular, del TC. D'aquesta manera, el Parlament instava el futur Govern a complir exclusivament els mandats emanats de la cambra catalana i a iniciar negociacions per tal de fer efectiva la creació d'un estat català independent en forma de república. La resta de grups s'oposaren a la proposta de Junts pel Sí i la CUP des de diverses perspectives. Finalment, el debat acabà amb la votació de la Resolució, que va ser aprovada amb els vots a favor de Junts pel Sí i la CUP (72) i els vots en contra de la resta de formacions (63).

L'11 de novembre el Govern de l'Estat presentà davant el TC una impugnació del títol v de la LOTC contra aquesta resolució, anomenada col·loquialment «de desconexió», amb la consegüent suspensió automàtica. La STC 259/2015, de 2 de desembre,⁴⁹ declarà la inconstitucionalitat i la nul·litat de la resolució parlamentària, ja que entenia que atemptava contra el principi de la sobirania nacional de tot el poble espanyol perquè «declara solemnemente el inici del proceso de creación de un estado catalán independiente en forma de república», una unilateralitat que segons el TC tenia un vici d'incompetència.

Tanmateix, cal destacar que arran de la STC 259/2015 s'aplicà la normativa aprovada poc abans, de manera que, en aplicació de la reforma operada per la LOTC («Llei orgànica 15/2015, de 16 d'octubre, de reforma de la Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional, per a l'execució de les resolucions del Tribunal Constitucional com a garantia de l'estat de dret»), es va permetre obrir la via penal contra els membres de les institucions de la Generalitat que despleguessin actuacions destinades a impulsar el procés sobiranista. La STC 259/2015 destaca també perquè va ser una sentència dictada amb una celeritat no vista mai abans. Hem de tenir en compte que la Resolució 1/XI del Parlament va ser adoptada el 9 de novembre de 2015 i la impugnació feta per l'Advocacia de l'Estat va ser admesa a tràmit pel TC només dos dies després, l'11 de novembre. Compartim amb Gerard Martín la idea que en la tramitació d'una activitat processal d'aquesta naturalesa «[...] hi intervenen diversos òrgans estatals caracteritzats per la seva notable càrrega de treball i per la subjecció a rigorosos protocols procedimentals que no faciliten l'agilitat en la presa de decisions [...]».⁵⁰

48. Podeu consultar la informació a <www.vilaweb.cat/noticia/4368218/20150611/tc-declara-unanimitat-inconstitucionals-actes-preparar-proces-participatiu-9-n.html> (consulta: 11 juliol 2016).

49. STC 259/2015, de 2 de desembre, disponible en línia a <www.boe.es/boe/dias/2016/01/12/pdfs/BOE-A-2016-308.pdf> (consulta: 14 juliol 2020).

50. Gerard MARTÍN, «Anàlisi de la Sentència del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de desembre, relativa a la Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI, de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés

La reforma de la LOTC del 2015 perseguia garantir l'executivitat de les decisions del mateix TC especialment mitjançant l'incident d'execució de sentència, que permet al tàndem Govern-TC actuar ràpidament. El canvi fonamental era que a partir d'aquest moment ja no s'interposarien recursos per a impugnar actes concrets a fi de reclamar-ne la declaració d'inconstitucionalitat i la nul·litat posterior. La nova normativa impulsava el Govern espanyol a optar per la via dels incidents d'execució, cosa que, com afirma Eduard Roig, «marca clarament el canvi de perspectiva del Tribunal»,⁵¹ cada vegada més decantat a aparèixer com una corretja de transmissió de les decisions del Govern.

La Resolució 5/XI, de 20 de gener de 2016, de creació de comissions parlamentàries, va derivar en la creació de la Comissió d'Estudi del Procés Constituent i va significar la impugnació d'una resolució parlamentària fent ús de la nova reforma de la LOTC per la via de l'incident d'execució, fet que va desembocar en la ITC 141/2016, de 19 de juliol. Ara el procés sobiranista era vist pel TC des d'una perspectiva global, i no com una concatenació successiva d'actuacions concretes i aïllades.

Hi ha dos altres incidents d'execució de sentència que també cal destacar: el de la Resolució 263/XI i el de la ITC 170/2016, de 15 de novembre. La Resolució 263/XI ratificava l'informe i les conclusions de la Comissió d'Estudi del Procés Constituent. Les conclusions són les mateixes sobre les quals el Tribunal ja s'havia pronunciat en termes d'inconstitucionalitat en la ITC 141/2016. D'altra banda, l'incident d'execució de la Resolució 306/XI i la ITC 24/2017, de 14 de febrer, afecten la Resolució 306/XI del Parlament de Catalunya, sobre l'orientació política general del Govern. La ITC 24/2017 fa diversos advertiments a la Generalitat i especialment a la presidenta del Parlament, atès que és responsabilitat seva —diu la ITC en el seu FJ 9è— «[...] impedir y paralizar cualquier iniciativa que suponga alterar unilateralmente el marco constitucional o incumplir las resoluciones de este Tribunal».

Les dues lleis que pretenien articular la fase final del Procés van ser objecte del recurs d'inconstitucionalitat corresponent i de la suspensió automàtica de l'article 161.2 CE. La Llei 19/2017, de 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació, va acabar en la STC 114/2017, «[...] la qual afirma que la “resuelta posición de ajenidad al ordenamiento constitucional” de esta Ley [...] queda patente ya en su anómala fórmula de promulgación y en su preámbulo» (FJ 2n). Ara ja no s'amagava el trencament amb l'ordre constitucional. I les paraules del TC eren contundents.⁵² Per la seva banda, la Llei 20/2017, de 8 de setembre, de transitorietat jurídica i fundacional de la República, va acabar en la STC 124/2017. El TC va estimar, al contrari del que defensaven els lletrats del Parlament, que la Llei era enjudiciable perquè —sostenia—, si bé no havia entrat en vigor, la norma formava part de

polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 2», *Activitat Parlamentària*, núm. 29 (2016), p. 155-179, esp. p. 164.

51. Eduard ROIG MOLÉS, «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54 (juny 2017), p. 24-61, esp. p. 41.

52. Crida l'atenció l'ús d'expressions contundents per part del TC per a referir-se a la posició del Parlament de Catalunya: entrar en una «inacceptable via de fet», «posant en risc màxim» els drets dels ciutadans de Catalunya. Vegeu el FJ 5è de la STC 114/2017.

l'ordenament jurídic i, com a tal, era susceptible de ser desplegada pels actors encarregats d'aplicar el dret (FJ 3r de la ITC 131/2017).

Per la seva banda, el Decret 139/2017, de convocatòria del referèndum d'auto-determinació de Catalunya, executava l'article 9 de la Llei 19/2017, del 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació. Com sempre, aquest Decret va ser impugnat immediatament i el TC va resoldre, mitjançant la STC 122/2017, declarar-ne la inconstitucionalitat i la nul·litat.

Pel que fa a la Resolució 807/XI del Parlament de Catalunya i la ITC 126/2017, cal recordar que la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació, regulava en el capítol VII el marc jurídic de l'Administració electoral, la qual va ser anul·lada i, a més, els seus membres van ser perseguits penalment. La ITC 126/2017, promoguda una altra vegada per l'Advocacia de l'Estat basant-se en els articles 161.2 CE i 76 i 77 LOTC en relació amb els acords de la Mesa i del Ple del Parlament del 6 de setembre de 2017, venia a donar continuïtat a l'argumentari jurídic del TC que ja havíem vist en la STC 259/2015, la ITC 141/2016, la Providència d'1 d'agost de 2016, la ITC 170/2016, la Providència de 13 de desembre de 2016 i, finalment, la ITC 24/2017. Totes aquestes resolucions del TC s'erigien en el corpus jurisprudencial a partir del qual l'ordenament jurídic espanyol rebutjava el Procés tant pel que fa al seu trànsit constitucional com pel que fa a la seva deriva unilateral. Les decisions s'havien pres a partir del consens absolut dels membres del TC, consens que únicament s'havia trencat quan el TC s'havia hagut de pronunciar sobre la seva pròpia reforma del 2015. Ara, amb la impugnació de la Resolució 807/XI, per la qual es designaven els membres de la Sindicatura Electoral, aquesta unanimitat tornava a trencar-se, sense afectar, però, la contundència de la reacció del TC. La ITC 126/2017, de 20 de setembre, acordà la imposició de multes coercitives diàries: de dotze mil euros als membres de la Sindicatura Electoral de Catalunya i de sis mil euros als presidents, secretaris i vocals de les sindicatures de demarcació.

De fet, el referèndum era la culminació de la Resolució 1/XI, de 9 de novembre de 2015, «sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 27 de setembre de 2015», que va ser declarada nul·la pel TC, com hem vist, en la STC 259/2015, i, sobretot, de la Resolució 306/XI, de 6 d'octubre de 2016, del Parlament de Catalunya, sobre l'orientació política general del Govern. Aquesta darrera resolució va ser objecte d'una execució de sentència que va donar lloc a la ITC 24/2017, de 14 de febrer.

El 10 d'octubre de 2017 es va celebrar al Parlament de Catalunya una sessió plenària l'ordre del dia de la qual preveia la «compareixença del president de la Generalitat per informar sobre la situació política actual». Aquesta compareixença, de fet, substituïa la compareixença del president de la Generalitat prevista per al dia anterior, el 9 d'octubre de 2017, que havia estat suspesa pel TC perquè tenia per objecte valorar els resultats del referèndum.⁵³

53. ITC 134/2017, de 5 d'octubre, en virtut de la qual es dictava una mesura cautelar en l'admissió a tràmit del recurs d'empara presentat pel Grup Parlamentari Socialista del Parlament de Catalunya el dia 5 d'octubre de 2017.

Les dues lleis —la 19/2017, del referèndum d'autodeterminació, i la 20/2017, de transitorietat jurídica—, a més dels dos decrets —el 139/2017, de convocatòria del referèndum, i el 140/2017, de normes complementàries—, van tenir una ràpida resposta del Govern de l'Estat espanyol: impugnació davant del TC mitjançant la invocació, en tots els casos, de l'article 161.2 CE, fet que tornava a posar el Govern de la Generalitat i el Parlament en una posició política complicada de gestionar.

En la ITC 123/2017, estimatòria de l'incident d'execució de la STC 259/2015, en relació amb determinats acords adoptats per la Mesa i el Ple del Parlament el dia 6 de desembre de 2017, el Tribunal acotà els límits del debat polític i criminalitzà el debat que tingués per objecte la secessió de Catalunya i, per consegüent, el trencament de la unitat de la nació espanyola.

En tot el procés que finalitzà amb el referèndum de l'1-O i en la posterior aplicació de l'article 155 CE, observem el caràcter preventiu i abusiu de l'article 161.2 CE. La dinàmica es completa amb la reforma de la LOTC del 2015 i culmina amb la intervenció i suspensió de l'autonomia fent una interpretació abusiva de l'article 155 CE, ratificada pel TC en la STC 89/2019 i la STC 90/2019, del juliol del mateix any. Hom ha destacat que aquest podria ser un final lògic si tenim en compte la relació de «parentesco —remoto, si se quiere, pero existente— que hay entre el artículo 161.2 CE y su hermano mayor, el artículo 155»,⁵⁴ destí final, però no únic —la via penal tindrà molta volada— de la reacció unilateral de l'Estat. Un punt d'arribada desproporcionat, descontrolat, marcat per la lògica amic-enemic. Una tragèdia. El TC adopta una actitud servil i de frontissa massa alineat, al nostre parer, amb les tesis del Govern central.⁵⁵

6. REFLEXIÓ FINAL

Sostenim que el potencial desenvolupament de l'estat de les autonomies amb capacitat d'integració del pluralisme i de respecte de la deferència envers les actuacions estrictament polítiques dels òrgans autonòmics, hauria de propiciar l'accés del Govern central als recursos impugnatoris sense els privilegis existents avui.

Des de la perspectiva estricta dels procediments davant el TC, hem vist que l'article 161 CE ha donat lloc a actuacions preventives en mans del Govern central que han limitat i decantat cap a àmbits considerats unilaterals els òrgans autonòmics, però també podem considerar que tots els mecanismes prepotents en mans de l'Estat han permès també una actuació unilateral dels òrgans centrals implicats, els quals s'han situat amb massa facilitat en la jurisdicció, i no en el diàleg.

54. Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, «El artículo 161.2 y su circunstancia», *El País*, 19 de desembre de 2003.

55. Vegeu Joan RIDAO, «La aplicación del artículo 155 de la Constitución a Cataluña. Un examen de su dudosa constitucionalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 111 (maig-agost 2018), p. 169-203. Vegeu també el número extraordinari de la *Revista Catalana de Dret Públic* sobre l'aplicació de l'article 155 CE a Catalunya, d'abril de 2019.

D'altra banda, a més dels mecanismes executius i sancionadors atorgats al TC en la reforma del 2015, hem observat l'ús generós de l'article 161.2 CE en el cas català, després d'una evolució que no es mostra en el cas basc. El procediment del títol v de la LOTC s'ha fet servir amb gran generositat en el cas català i l'apel·lació a l'article 161.2 CE davant lleis autonòmiques,⁵⁶ amb la pèrdua immediata —tot i que temporal, en principi— de la seva vigència, comporta, segons el nostre criteri, una degradació inadmissible que afecta la bona comprensió del funcionament i el caràcter representatiu dels parlaments autonòmics.

En tot cas, no podem oblidar que el tema tractat aquí va més enllà de qüestions merament processals i que respon a una manera concreta d'entendre la resolució de conflictes polítics.

BIBLIOGRAFIA

- ALZAGA VILLAMIL, Óscar. *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Ed. del Foro, 1978, p. 932-933.
- Anuari Polític de Catalunya* [Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS)] (coord.: Lucía Medina), anys 2012-2017, esp. núm. 7 (2013), p. 34 i seg.
- ARAGÓN REYES, Manuel. «Artículo 161. Competencias del Tribunal Constitucional». A: ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tom XII. Madrid: Edersa, 1999, p. 247-251.
- «Comentario al artículo 161 CE». A: ALZAGA VILLAMIL, Óscar (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Vol. V. Madrid: Cortes Generales / Edersa, 1999.
- ARAGÓN REYES, M. (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.
- CAAMAÑO, FRANCISCO. *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*. Madrid: CEC, 1994.
- CAGIAO Y CONDE, Jorge; FERRAIUOLO, Gennaro. *El encaje constitucional del derecho a decidir: Un enfoque polémico*. Madrid: Libros de la Catarata, 2016.
- CARDÚS, Salvador. «De la mobilització a la política institucional». *Anuari Polític de Catalunya* [Barcelona: ICPS], núm. 8 (2014), p. 12.
- CASTELLS, José Manuel. «País Vasco». A: TORNOS MAS, Joaquín (dir.). *Informe comunidades autónomas*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2005, p. 515-517.
- DÍEZ MORENO, Fernando. «El control constitucional de la potestad normativa de las comunidades autónomas». A: *El Tribunal Constitucional*. Vol. I. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- FAMIGLIETTI, Gaetano. «L'incostituzionale difesa preventiva della costituzione (ovvero: Il Governo spagnolo impugna il progetto di riforma dello statuto basco ed il Tribunal Constitucional rischia di convertirsi nell'arbitro del dibattito político)». A: TONDI DELLA MURA, V.; CARDUCCI, M.; RODIO, R. G. *Corte Costituzionale e processi di decisione política: Atti del seminario di Otranto - Lecce svoltosi il 4-5 giugno 2004*. Torí: G. Giappichelli, 2005, p. 723-743 (Quaderni del "Gruppo di Pisa").

56. L'ús abusiu de l'article 161.2 CE es pot observar en la impugnació de la legislació catalana per a fer front a tota la normativa sobre pobresa energètica o sobre protecció de l'habitatge, i en el diletantisme en relació amb la legislació catalana de dret civil, cas en què ha aixecat en diversos supòsits la suspensió inicial.

- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. «La impugnación prevista en el art. 161.2 de la Constitución y el problema de la sustantividad procesal». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 13 (gener-abril 1985), p. 125-146.
- «Artículo 76». A: REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.). *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional i Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 1219-1233, esp. p. 1223.
- «Artículo 77». A: REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.). *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional i Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 1234-1244.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. «Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la Constitución». *Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político de la UNED*, núm. 3 (1979).
- «Sobre la viabilidad de la impugnación jurisdiccional del “Plan Ibarretxe”». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14 (2004), p. 117-132.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas». A: *El Tribunal Constitucional*. Vol. I. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3a ed. Madrid: Civitas, 1991.
- GARRIDO FALLA, F. «Comentario al art. 161.2 CE». A: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. 2a ed. Madrid: Civitas, 1985.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro José. «Sobre la viabilidad procesal de la impugnación adoptada por el Gobierno frente al Acuerdo del Gobierno Vasco de 25 de octubre y de la Mesa del Parlamento Vasco adoptado en su reunión de 4 de noviembre de 2003 de conformidad con el procedimiento impugnatorio del artículo 161.2 de la Constitución» [pdf].
- La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales: Seminario. Barcelona, 22 de octubre de 2004*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònoms, 2005.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. «Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia». A: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *La jurisdicción constitucional en España: La Ley orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, p. 193-215.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique. *La impugnación de las disposiciones y resoluciones autonómicas ante el Tribunal Constitucional: Estudio del artículo 161.2 de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.
- MARTÍN ALONSO, Gerard. «L'article 155 CE: tres aspectes rellevants de l'experiència de la seva aplicació a Catalunya». *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 25 de setembre de 2019, <<https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2019/09/25/larticle-155-ce-tres-aspectes-rellevants-de-l'experiencia-de-la-seva-aplicacio-a-catalunya-gerard-martin-i-alonso/>> (consulta: 27 juliol 2020).
- «Anàlisi de la Sentència del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 desembre, relativa a la Resolució del Parlament de Catalunya 1/XI, de 9 de novembre de 2015, sobre l'inici del procés polític a Catalunya com a conseqüència dels resultats electorals del 2». *Activitat Parlamentària*, núm. 29 (2016), p. 155-179, esp. p. 164.
- NAVARRO MUNUERA, Andrés Eduardo. «La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el artículo 161.2 de la Constitución». *Revista de Administración Pública*, núm. 114 (1987), p. 199-244.
- PASCUAL MEDRANO, Amelia. *La suspensión de los actos y normas de las comunidades autónomas en la jurisdicción constitucional: El artículo 161.2 de la Constitución española*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

- PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís. *La impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley*. Barcelona: ICPS, 2007 (Working Papers; 263).
- «El procedimiento de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley previsto en el artículo 161.2 CE y en el título v de la LOTC». *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72 (gener-agost 2008), p. 397-435.
- «El Tribunal Constitucional ante la Ley de partidos y el Plan Ibarretxe ¿un episodio entre la democracia militante y el Estado preventivo de derecho?». A: *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Vol. 1. Madrid: Cortes Generales, 2008, p. 825-842.
- PULIDO QUECEDO, Manuel. «Sobre el Plan Ibarretxe (la inadmisión de su suspensión)». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 628 (17 juny 2004), p. 7-10.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando. «El título v de la LOTC y el denominado Plan Ibarretxe. Comentario al auto del Tribunal Constitucional de 30 de abril de 2004». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14 (2004), p. 483-502.
- RIDAO, Joan. «La aplicación del artículo 155 de la Constitución a Cataluña. Un examen de su dudosa constitucionalidad». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 111 (maig-agost 2018), p. 169-203.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Ángel. «La defensa de la Constitución ante el Tribunal Constitucional» [pdf].
- ROIG MOLÉS, Eduard. «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54 (juny 2017), p. 24-61.
- RIU FORTUNY, Ramon. «Naturaleza y extensión de la medida prevista en el artículo 161.2 CE y su desarrollo en la LOTC: estado de la cuestión». A: *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2005, p. 101-124.
- RUBIO LORENTE, FRANCISCO; ARAGÓN REYES, Manuel. «La jurisdicción constitucional». A: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; PREDIERI, A. (dir.). *La Constitución española de 1978: Estudio sistemático*. Madrid: Civitas, 1980.
- RUBIO LORENTE, FRANCISCO; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.
- SALVADOR, Armando. «La suspensión de las disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas como consecuencia de su impugnación ante el Tribunal Constitucional (art. 161.2 CE)». A: *La suspensión de las leyes autonómicas en los procesos constitucionales*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2005, p. 13-50.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. «Reflexiones constitucionales sobre la propuesta de modificación estatutaria de Ibarretxe». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73 (2005), p. 271-272.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. «Impugnación por el Gobierno de disposiciones y actos de las comunidades autónomas por motivos de inconstitucionalidad no competenciales». *Revista de Derecho Político*, núm. 60 (2004), p. 97-128.
- TEROL BECERRA, Manuel. «Crónica político-constitucional del año 2004». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73 (2005), p. 210-217.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo. «Un supuesto excepcional de control: el número 2 del artículo 161 de la CE». A: *El Tribunal Constitucional*. Vol. III. Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 2661-2679.
- VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Colex, 1993.
- VINTRÓ, Joan. «La Declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic». *Revista Catalana de Dret Públic: Blog*, 7 de febrer de 2013, <<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/02/07/la-declaracio-de-sobirania-i-del-dret-a-decidir-del-poble-de-catalunya-un-apunt-juridic-joan-vintro/>> (consulta: 9 juliol 2020).

LA NORMATIVA CATALANA SOBRE MEMÒRIA I JUSTÍCIA TRANSICIONAL: MANCANCES I PROPOSTES DE MILLORA

Daniel Vallès Muñío

Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓ

Aquest treball pretén analitzar la normativa catalana recent sobre memòria i justícia transicional, així com la proposta normativa que presentarà el Govern català al Parlament de Catalunya. L'objectiu és posar de manifest algunes mancances de la normativa actual i proposar les millores corresponents.

Concretament, veurem la normativa sobre reparacions econòmiques per a les persones que van patir privació de llibertat i el compliment per part de la Generalitat de Catalunya de la Llei sobre la restitució dels Papers de Salamanca. També analitzarem l'article 54 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) del 2006 i la seva primera concreció: la llei que creà el Memorial Democràtic. També s'expliquen la Llei de fosses del 2009 i la Llei de reparació jurídica del 2017, i acabarem amb la memòria de l'Avantprojecte de llei integral de memòria democràtica que està preparat el Govern de la Generalitat i amb la recent Llei 16/2020, de la desaparició forçada de menors a Catalunya. Com es pot veure, la dispersió normativa és la primera característica de tot l'entramat jurídic català sobre justícia transicional i memòria.

Per a contextualitzar aquesta normativa, cal explicar breument què cal entendre per *justícia transicional* i per què la normativa estudiada entra dins aquest àmbit. Podríem definir¹ la justícia transicional com l'àmbit acadèmic i pràctic que tracta els mecanismes

1. Sobre el concepte de *justícia transicional*, vegeu el ja clàssic Ruti G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Vegeu un apunt breu sobre el concepte de *justícia transicional* a Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ, «Justícia transicional», a Rafael ESCUDERO ALDAY (coord.), *Diccionario de memoria histórica: Conceptos contra el olvido*, Madrid, Catarata, 2011, p. 101 i seg. Vegeu també el monogràfic editat per Melissa S. WILLIAMS, Rosemary NAGY i Jon ELSTER, *Transitional Justice*, Nova York i Londres, New York University Press, 2012 (Nomos; LI). Roldán JIMENO ARANGUREN (dir.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017. Roldán JIMENO ARANGUREN, *Amnistías, perdones y justicia transicional: El pacto de silencio español*, Arre (Navarra), Pamiela, 2018. Martha MINOW, David A. CROCKER i Rama MANI, *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2011. Dos volums imprescindibles per la quantitat de dades que contenen són: Tricia D. OLSEN, Leigh A. PAYNE i Andrew G. REITER, *Transitional justice in balance: Comparing processes, weighing efficacy*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2010, i Hugo van der MERWE, Victoria BAXTER i Audrey R. CHAPMAN (ed.), *Assessing the impact of transitional justice: Challenges for empirical research*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2009. Vegeu també Josep TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2010, i el clàssic de Jon ELSTER, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004. Un recull de la recerca actual és el de Cheryl LAWTHORP, Luke MOFFETT i Dov JACOBS, *Research handbook on transitional justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2017.

jurídics, socials i econòmics que es donen en el pas d'un país des d'un règim autoritari cap a una democràcia i que tenen com a principal objectiu la consolidació d'aquesta última.²

Però també cal explicar què són les normes de memòria, és a dir, les normes jurídiques que, en certa manera, modulen el relat i el discurs històric donant més rellevància a uns testimonis, a un relat, que a uns altres.³ Els poders públics han entès que un determinat relat, el dels perdedors de la Guerra Civil i les víctimes del franquisme, ha estat soterrat durant dècades i que és necessari redactar normes que permetin fer aflorar aquest relat tot posant en relleu, donant importància pública, al testimoni i el discurs d'aquestes víctimes. Evidentment, la normativa de memòria té el risc de ser parcial.

Per tant, les normes que critiquem regulen drets que tenen a veure amb situacions derivades de la Guerra Civil Espanyola dels anys 1936-1939 i del règim franquista que la succeí.

L'exposició següent es fa de manera cronològica, des de les primeres normes sobre indemnitzacions pel temps de privació de llibertat passat, de principis del segle XXI, fins a la memòria de l'Avantprojecte de llei integral de memòria democràtica, que esperem que es tramiti al Parlament de Catalunya. L'anàlisi d'aquestes normes ha de permetre millorar la futura reglamentació de la memòria i de la justícia transicional, feta des de Catalunya. Sense identificar els errors i les mancances de la regulació actual serà difícil legislar de manera correcta i eficient.

2. PRIMERA NORMATIVA CATALANA SOBRE JUSTÍCIA TRANSICIONAL: LES INDEMNITZACIONS PER TEMPS DE PRIVACIÓ DE LLIBERTAT

La normativa catalana sobre memòria històrica s'inicià amb el Decret 288/2000, de 3 d'agost,⁴ pel qual s'establiren els requisits per a les indemnitzacions de pagament únic a favor de les persones incloses en els supòsits de la Llei 46/1977, d'amnistia, però que foren excloses dels beneficis de la disposició addicional divuitena de la Llei 4/1990, de 29 de juny, de pressupostos generals de l'Estat de 1990,⁵ que establí indemnitzacions a les víctimes que patiren privació de llibertat durant el franquisme.

2. La Sentència del Tribunal Suprem (STS) (Sala Penal) 101/2012, de 27 de febrer, que comentarem més endavant, defineix el dret transicional: «En el ámbito jurídico se ha denominado “derecho transicional” a aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro, tratando de superar las heridas existentes en la sociedad como resultado de las violaciones a derechos humanos, avanzar en los procesos de reconciliación y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación [...]. En España, la doctrina que ha estudiado nuestra transición, además de destacar, en términos generales, su carácter modélico y las renunciaciones que tuvieron que realizarse para procurar la paz y la reconciliación, la han clasificado como un proceso de “impunidad absoluta con indemnización a las víctimas”» (fonament jurídic [FJ] 5è).

3. Respecte a això, vegeu l'important text d'Uladzislau BELAVUSAU i Aleksandra GLISZCZYNSKA-GRABIAS, *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, on s'entén que les lleis de la memòria tenen més a veure amb el relat històric que s'intenta conservar o potenciar mitjançant l'ordenament jurídic.

4. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), núm. 3221 (7 setembre 2000).

5. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 156 (30 juny 1990).

Els requisits per a aconseguir les indemnitzacions de pagament únic d'aquella disposició addicional divuitena comportaven que un gran nombre de víctimes quedessin excloses de ser reparades econòmicament. Aquest Decret 288/2000 tenia la voluntat de corregir aquesta limitació subjectiva dels beneficiaris i permetre la reparació d'un major nombre de víctimes establint criteris més amplis.⁶ És a dir, la normativa catalana, igual que la de la majoria de les comunitats autònomes, servia per a suplir una mancança subjectiva d'una norma estatal prèvia.

Els supòsits considerats en aquest Decret 288/2000 van ser ampliat pel Decret 330/2002,⁷ que flexibilitzà encara més els requisits per a rebre una indemnització pel temps de privació de llibertat sofert.⁸

Segons la web del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya,⁹ de les 39.497 sol·licituds d'indemnització presentades, se'n van concedir 22.458, és a dir, el 56,86%.

De les 39.497 sol·licituds esmentades, 38.181 van ser presentades per represaliats homes (96,67%), mentre que només 1.316 corresponien a dones represaliades (3,33%) que van patir presó o privació de llibertat.

Però, en canvi, si examinem el nombre de sol·licitants, 21.579 foren homes (54,63%) i 17.918 eren dones (45,37%). És a dir, ha existit un nombre rellevant de sol·licituds cursades per dones arran de la repressió patida a mans del seu marit o company sentimental (art. 2.2 del Decret 288/2000).

Segons la informació subministrada per la Generalitat de Catalunya en resposta a una sol·licitud d'informació prenent com a base la normativa sobre transparència,¹⁰ l'import de les indemnitzacions atorgades pel Decret 288/2000 fou de 50.677.819,46 € i el de les indemnitzacions concedides pel Decret 300/2002 va ascendir a 1.618.520 €

El nombre de sol·licituds concedides, diferenciades segons l'aplicació d'aquests dos decrets i ordenades per imports, va ser el següent:

<i>Sol·licituds × imports</i>	<i>Decret 288/2000</i>	<i>Decret 300/2002</i>
< 1.000 €	10.227	310
> 1.001 < 2.000	2.421	137
> 2.001 < 4.000	4.479	111
> 4.001 < 6.000	3.048	48
> 6.001	1.613	90
Totals	21.788¹¹	696

6. Sobre les reparacions, vegeu Daniel VALLÈS MUÑO, *Las reparaciones económicas por los daños derivados de la Guerra Civil Española y del franquismo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, p. 129 i seg.

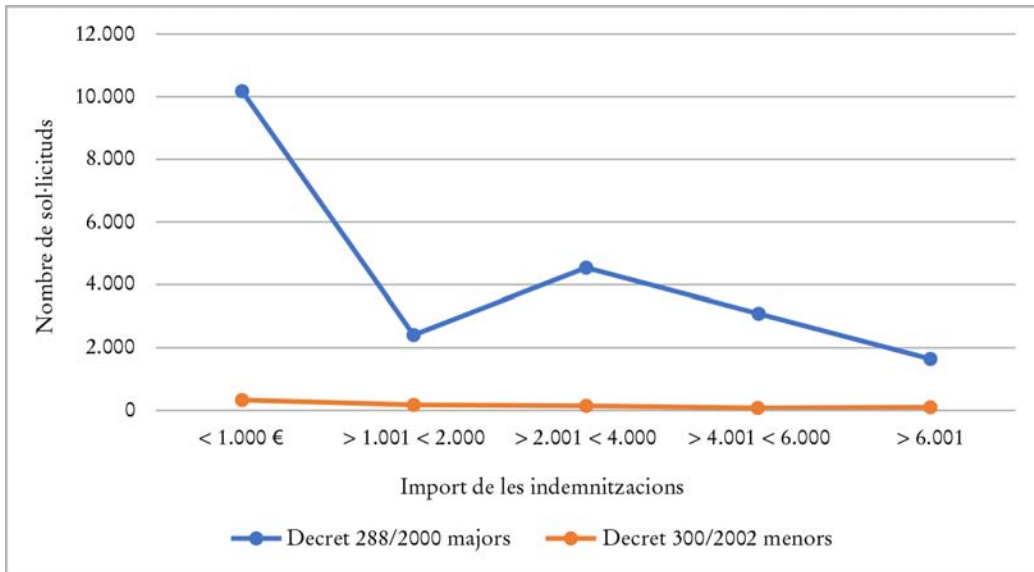
7. DOGC, núm. 3777 (9 setembre 2000).

8. Sobre el resultat de l'aplicació d'aquests dos decrets, vegeu MEMORIAL DEMOCRÀTIC, *Expresos polítics: Memòria dels ajuts concedits pel govern català*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2009.

9. GENERALITAT DE CATALUNYA. DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Memòria Democràtica: Indemnitzacions a les persones privades de llibertat per motius polítics. Estadístiques*, <<http://justicia.gencat.cat/ca/ambits/memoria/reparacio/indemnitzacions/estadistiques/>> (consulta: 12 agost 2021).

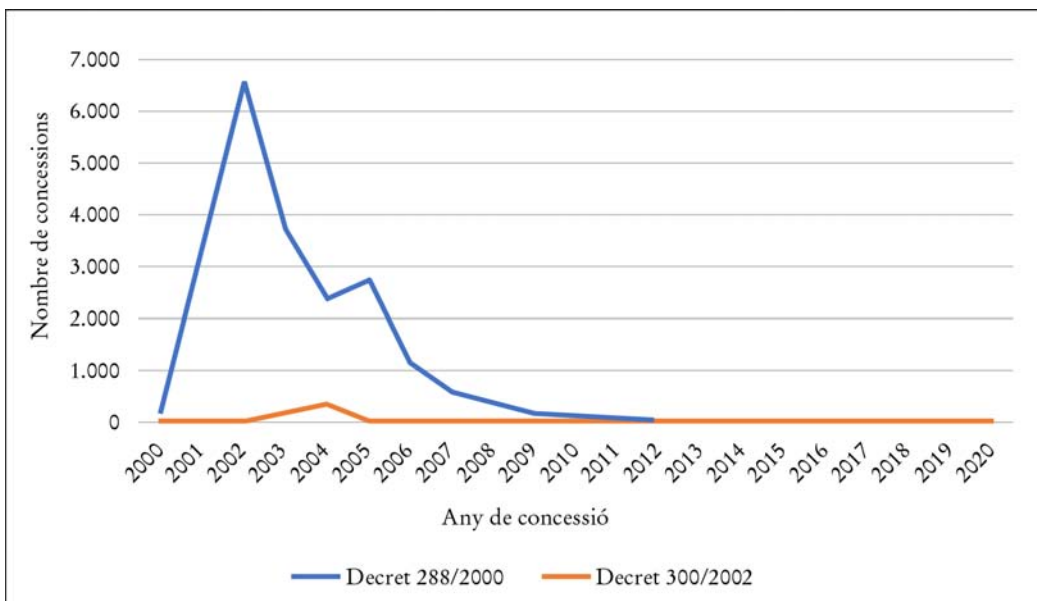
10. Sol·licitud d'informació presentada per l'autor l'11 d'agost de 2020, resolta i estimada parcialment per la Resolució de 8 de gener de 2021.

A partir d'aquests resultats, podem extreure algunes conclusions:



La gran majoria de les indemnitzacions atorgades pel Decret 288/2000 van tenir un import inferior a 1.000 € fet que demostra que la majoria de les sol·licituds eren per un temps de privació de llibertat de sis mesos, que tenien assignada una indemnització de 150.000 pessetes (ptes.) (901,52 €), incrementades amb 28.000 ptes. (168,28 €) per cada mes adicional a partir del setè mes de privació de llibertat fins a un màxim de 6.010,12 €

També es va rebre informació sobre el nombre de sol·licituds concedides per any de concessió:



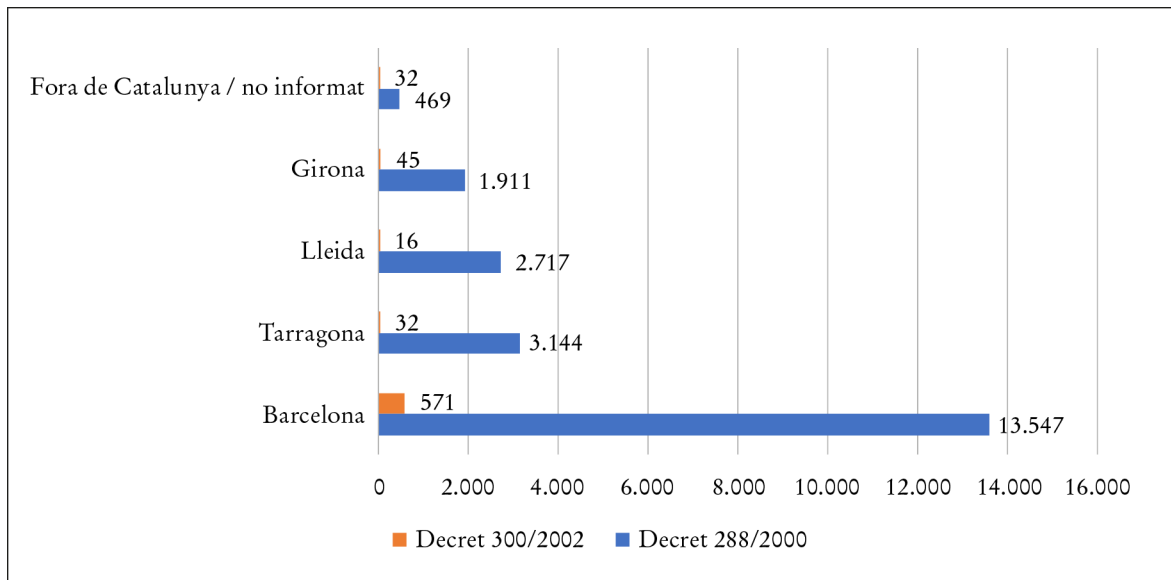
<i>Any de concessió</i>	<i>Decret 288/2000</i>	<i>Decret 300/2002</i>
2000	185	---
2001	3.540	---
2002	6.580	---
2003	3.769	193
2004	2.364	321
2005	2.745	41
2006	1.172	47
2007	584	37
2008	367	23
2009	158	12
2010	119	4
2011	85	5
2012	35	2
2013	29	2
2014	13	1
2015	13	0
2016	3	1
2017	8	2
2018	5	1
2019	0	0
2020	14	4
Totals	21.788	696

El gràfic ens mostra que va existir un decalatge d'aproximadament dos anys entre la presentació de la sol·licitud i la resolució, si partim de la presumpció que moltes de les sol·licituds es van presentar poc temps després d'aprovar-se el Decret 288/2000.

Un element que no deixa de sorprendre és que el 2020 encara es presentin i es concedeixin indemnitzacions en aplicació d'aquesta normativa. Sembla, doncs, que encara hi ha víctimes a les quals cal reconèixer aquest dret, que, vint anys després d'aprovar la normativa, encara no havien presentat la seva sol·licitud.

La informació subministrada per la Generalitat de Catalunya també va recollir les concessions d'indemnització per províncies:

<i>Província</i>	<i>Decret 288/2000</i>	<i>Decret 300/2002</i>
Barcelona	13.547 (62,17%)	571
Tarragona	3.144 (14,42%)	32
Lleida	2.717 (12,47%)	16
Girona	1.911 (8,77%)	45
Fora de Catalunya / sense informació	469 (2,15%)	32
Totals	21.788 (100%)	696



A partir d'aquestes xifres, obtenim que el 62,17 % de les indemnitzacions foren concedides a víctimes residents a Barcelona. Ens podem preguntar si això significa que aquesta província fou més reprimida pel franquisme.

Però si ho comparem amb el percentatge de població, ens adonarem que la província de Barcelona representa el 73,85 % de la població total de Catalunya (el 2020). Per tant, podríem entendre que, ans al contrari, la població de la província de Barcelona no va ser més reprimida que la població de les altres províncies catalanes. De manera similar, veiem que la província de Girona, amb el 9,91% de la població catalana, va rebre el 8,77 % de les indemnitzacions.

En canvi, Tarragona, amb el 10,6 % de la població, obtingué el 14,42 % de les indemnitzacions. I la població de la província de Lleida, només amb el 5,62 % de la població catalana, va rebre el 12,47 % de les concessions. Això podria significar que les poblacions tarragonines i lleidatanes van ser més reprimides que no pas les poblacions de les altres dues províncies catalanes.

Finalment, cal tenir molt present que el Tribunal Constitucional (TC) va entendre en la seva Sentència 361/1993, de 3 de desembre, que les indemnitzacions atorgades per l'Administració central (via disposició addicional divuitena de la Llei 4/1990, de 29 de juny) no poden entendre's tècnicament com a rescabament d'un dany causat per un funcionament anormal de l'Administració pública o de Justícia o per un error judicial, sinó que s'han d'entendre, igual que les indemnitzacions autonòmiques, com a «prestaciones establecidas gracialmente por el legislador». Per al TC, aquestes ajudes no pretenen «remover las consecuencias jurídicas de la condena o sanción, sino compensar en alguna medida los perjuicios que se derivaron de una privación de libertad», «facilitando la plena reincorporación social» de les víctimes. Parlar de reinserció social de víctimes de presó, de batallons de treball forçat, etcètera, gairebé vint anys després de la mort de Franco resulta, com a mínim, lamentablement sorprenent.

Per altra banda, el mateix TC va reconèixer en la seva Sentència 76/1986, de 9 de juny, la possibilitat de les comunitats autònomes de regular ajudes o millores per a les persones que van patir alguna mena de repressió durant el franquisme. Però ho va reconèixer basant-se en el títol competencial autonòmic d'assistència social «como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social». En conclusió, el TC no reconeix que les ajudes, tant les estatals com les autonòmiques, derivin de cap dany jurídicament indemnitzable, fet que invisibilitza el dany i agreuja la sensació de revictimització dels possibles beneficiaris.

3. LA RESTITUCIÓ DELS PAPERS DE SALAMANCA

Més endavant, la pressió política de la societat civil organitzada¹¹ i les necessitats polítiques¹² van permetre la devolució de part de la documentació confiscada per l'exèrcit franquista en terres catalanes.

Després de diverses iniciatives,¹³ desavinences entre les administracions¹⁴ i campanyes polítiques populistes en contra, la via normativa per a dur-ho a terme fou la Llei estatal¹⁵ 21/2005, de 17 de novembre, de restitució a la Generalitat de Catalunya dels documents confiscats amb motiu de la Guerra Civil custodiats a l'Arxiu General de la Guerra Civil Espanyola i de creació del Centre Documental de la Memòria Històrica.¹⁶

L'objecte d'aquesta norma era doble: en primer lloc (art. 2.1 de la Llei 21/2005), la restitució per part de l'Estat i a favor de la Generalitat de Catalunya, de tots els documents de l'arxiu institucional referents als seus òrgans de govern, a la seva Administració i a les seves entitats dependents, així com la corresponent al Parlament de Catalunya, que es conserven en el fons de la Delegació Nacional de Serveis Documentals dipositats a l'Arxiu General de la Guerra Civil; i, en segon lloc (art. 2.2 de la Llei 21/2005), la transferència a la Generalitat dels documents, fons de documents i altres efectes confiscats a Catalunya a persones naturals

11. Sobre això, vegeu Joaquim FERRER, Josep Maria FIGUERES i Josep Maria SANS I TRAVÉ, *Els papers de Salamanca: Història d'un botí de guerra*, Barcelona, Llibres de l'Índex, 1996.

12. El Reial decret 552/2004, de 16 d'abril, nomenà José Luis Rodríguez Zapatero president del Govern espanyol. El *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados* de 22 d'abril de 2005 va registrar l'entrada del Projecte de Llei que va acabar en la ja esmentada Llei 21/2005.

13. Sobre les iniciatives anteriors, vegeu Maria Teresa Díez de los Ríos San Juan, *Inventari de la documentació de la Generalitat de Catalunya al «Archivo Histórico Nacional, Sección Guerra Civil»*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Cultura, 1992.

14. Vegeu Joan B. CULLA i Borja de RIQUER, «Sobre el Archivo de Salamanca: algunas precisiones y reflexiones», *Ayer*, núm. 47 (2002), p. 279-293, i la rèplica d'Antonio MORALES MOYA i Carlos DARDÉ, «Razón de un archivo», *Ayer*, núm. 47 (2002), p. 295-303.

15. Tot i que la normativa és estatal, s'inclou aquesta llei perquè la seva aplicació pràctica és competència de la Generalitat de Catalunya.

16. BOE, núm. 276 (18 novembre 2005).

o jurídiques de caràcter privat amb residència, domicili, delegació o seccions a Catalunya.

La Generalitat de Catalunya va haver d'assumir el cost de fer la còpia o el duplicat (art. 3.2 de la Llei 21/2005) de tots els documents restituïts, que es quedaria a l'Arxiu General de la Guerra Civil Espanyola de Salamanca.

La Llei 21/2005 ha estat analitzada en tres ocasions pel TC. La primera, mitjançant la Sentència 20/2013, de 31 de gener, que resolgué un recurs d'inconstitucionalitat interposat per la Junta de Castella i Lleó. Per al TC, la restitució de la Llei 21/2005 no pot entendre's com a confiscació i espoliació d'un arxiu estatal, com suggeria el recurs de la Junta de Castella i Lleó. De fet, la decisió de la restitució a favor d'institucions i ciutadans que patiren repressió «no puede constituir, en ningún caso, una decisión arbitraria o irracional. La protección del interés de los propietarios originarios o de sus sucesores de recuperar lo que en su día les fue incautado, que se promueve con la restitución legalmente prevista, constituye un interés constitucionalmente legítimo, y, por tanto, se puede considerar por el legislador que resulta preeminente, en su caso, frente a otros intereses concurrentes de acuerdo con el margen de apreciación que le corresponde», interessos entre els quals es trobaven, segons la recurrent, els de l'Arxiu General de la Guerra Civil. Per al TC, els interessos d'aquest arxiu quedaven indemnes mitjançant l'obligació de la Generalitat d'assumir el cost de les còpies digitalitzades dels documents restituïts.

A més, el TC entén que la Constitució espanyola (CE) (arg. *ex art.* 149.1.28) no considera una garantia de la integritat de l'arxiu en si, ni entén que la restitució signifiqui un atac a aquesta suposada garantia. De fet, el TC admet que no és possible estendre la doctrina de la garantia institucional a «todos y cada uno de los museos, archivos y bibliotecas de titularidad estatal», ja que no són institucions essencials dins de l'ordre constitucional.

El TC concreta que l'article 2.2 de la Llei 21/2005 no implica la transmissió de la titularitat dels documents i efectes de particulars de l'Arxiu cap a la Generalitat de Catalunya. Ans al contrari, reconeix que la transferència de béns només s'entén com «los efectos de su restitución a los propietarios originarios o sus sucesores», de manera que, si no es produeix la restitució, els documents continuaran integrant-se en un arxiu de titularitat estatal.

D'acord amb l'article 5.2 de la Llei 21/2005, la Generalitat era la competent per a fixar el procediment per a complir amb l'article 2.2 de la mateixa llei, relatiu a la restitució de béns a particulars. En exercici de la seva competència, la Generalitat va dictar el Decret 183/2008, de 9 de setembre.¹⁷

Per a justificar el tracte diferenciat entre Catalunya i altres territoris respecte a la restitució documental, el TC reconeix que es podria adduir que la reivindicació del retorn dels documents confiscats va ser

[...] una reivindicación sostenida a lo largo del tiempo por parte de sus instituciones, así como por el reconocimiento de un régimen de autonomía para Cataluña en el momento mismo de la incautación de los documentos, autonomía que suponía la atribución a la

17. DOCG, núm. 5216 (16 setembre 2008).

Generalidad de competencias en materia de archivos (art. 7 del Estatuto de Autonomía de 1932).¹⁸ La Generalidad fue restablecida por Real Decreto-ley 41/1977, y tiene ahora, como tenía en el momento de la incautación, competencias en materia de archivos, por lo que es aquí donde se agota el enjuiciamiento de su posible arbitrariedad.

El TC també va desestimar el recurs d'inconstitucionalitat interposat per cinquanta senadors i cinquanta diputats del Grup Parlamentari Popular, respectivament, contra les seves sentències 67/2013 i 68/2013, ambdues del 14 de març, en les quals remetia a la Sentència 20/2013, comentada abans.

Entre els anys 2006 i 2014 es van retornar «1.674 cajas de documentos, 938 libros, 10 carteles, 3 mapas y 4 banderas», segons la Sentència del Tribunal Suprem (STS) (Sala Contenciosa Administrativa) 806/2019. En aquesta sentència, el Tribunal Suprem (TS) va entendre que l'Administració central de l'Estat es negava a traspassar a la Generalitat uns fons documentals que ja havien estat identificats degudament per la Comissió Mixta a tal efecte. El Ministeri de Cultura havia de traspassar la documentació, ja que no tenia «la facultad de valorar si existe o no la posibilidad de identificar los titulares o sucesores de los documentos controvertidos para su entrega» com a excusa per a negar-se al traspàs a la Generalitat.

Després de la seva identificació i catalogació, la Generalitat de Catalunya va publicar¹⁹ l'Edicte de 22 de desembre de 2011, que incloïa un llistat extens dels documents i béns que havien estat transferits a la Generalitat per a la gestió del seu retorn.

La devolució dels fons documentals particulars s'ha anat complint de manera constant però dilatada en el temps.²⁰

18. Article 7.2 de l'EAC del 1932: «La Generalitat s'encarregarà dels serveis de Belles Arts, Museus, Biblioteques, Conservació de Monuments i Arxius, exceptuant el de la Corona d'Aragó». En virtut d'aquesta competència, en el DOGC, núm. 109 (21 octubre 1933), es publica el Projecte de Llei del Servei d'Arxius i Biblioteques, Museus i Patrimoni Històric, Artístic i Científic de Catalunya, de la Conselleria de Cultura, presidida per Ventura Gassol. Aquest Projecte es concretarà en la Llei del patrimoni històric, artístic i científic i del Servei de Biblioteques, Arxius i Museus de Catalunya, del 28 de març de 1934, publicada en el DOGC, núm. 89 (30 març 1934), i desenvolupada pel Decret de 20 de gener de 1936, publicat en el DOGC, núm. 28 (28 gener 1936), i pel Decret de 2 de juny de 1936, publicat en el DOGC, núm. 156 (4 juny 1936). De fet, aquest últim decret deroga el de 20 de gener de 1936, ja que, segons el seu preàmbul, «va ésser dictat partint de la base de la no vigència de la Llei del Parlament de Catalunya del 28 de març de 1934». El Decret de 25 de gener de 1938 (DOGC, núm. 28 [28 gener 1938]) va regular la Secció d'Arxius del Servei de Conservació del Patrimoni Històric, Artístic i Científic de Catalunya. L'Ordre de 25 de febrer de 1938 (DOGC, núm. 69 [10 març 1938]) del que fou conseller de Cultura, Carles Pi i Sunyer, adapta la plantilla de la Secció d'Arxius esmentada abans, on hi consten els noms dels arxivers, els arxius, les funcions a les quals estan adscrits i el seu sou anual.

19. DOGC, núm. 6040 (9 gener 2012).

20. Per exemple, el primer retorn de fons privats fou de més d'un centenar de llibres que portaven marques de titularitat inqüestionable, com ara dedicatòries, segells, etc. *Butlletí de l'Arxiu Nacional de Catalunya*, núm. 22 (febrer 2009), p. 19. O l'acte de retorn de dotze fons documentals als seus propietaris el 19 de febrer de 2012; *Butlletí de l'Arxiu Nacional de Catalunya*, núm. 31 (febrer 2012). O l'acte de retorn del 19 de febrer de 2015, en què la Generalitat va retornar nou fons documentals als seus titulars legítims; *Butlletí de l'Arxiu Nacional de Catalunya*, núm. 40 (febrer 2015), p. 1-2.

Amb una visió més genèrica de la normativa possible sobre justícia transicional, però, el cert és que el Parlament de Catalunya no ha regulat cap mena de restitució de béns confiscats pel règim franquista. Ni tan sols s'ha fet cap mena de llistat de béns confiscats a particulars per part dels tribunals franquistes a Catalunya.

Per exemple, a partir de l'entrada de l'exèrcit franquista es van ocupar i confiscar pisos, locals i béns mobles que foren abandonats per la gent que fugí a l'exili.²¹ Un altre exemple és la confiscació de béns i diners a causa de les sancions econòmiques imposades pels tribunals provincials de Responsabilitats Polítiques,²² pel Tribunal d'Ordre Públic o per confiscacions judicials contra entitats sindicals clandestines en la lluita contra la dictadura.²³ La regulació de la restitució de béns confiscats a Catalunya o a ciutadans catalans és una assignatura pendent. O, com a mínim, caldria crear una regulació que establís la realitat de les confiscacions a particulars, per exemple mitjançant un cens, un llistat o alguna cosa similar que doni visibilitat a aquestes pràctiques autoritàries, a les seves víctimes i a la justícia de la seva hipotètica reclamació.

4. L'ESTATUT D'AUTONOMIA DE CATALUNYA DEL 2006

Des del punt de vista cronològic, el pas següent en la normativa sobre justícia transicional i de memòria fou el mateix EAC del 2006.²⁴ L'article 54 EAC estableix textualment:

ARTICLE 54. Memòria històrica

1. La Generalitat i els altres poders públics han de vetllar pel coneixement i el manteniment de la memòria històrica de Catalunya com a patrimoni col·lectiu que testimonia la resistència i la lluita pels drets i les llibertats democràtiques. Amb aquesta finalitat, han d'adoptar les iniciatives institucionals necessàries per al reconeixement i la rehabilitació de tots els ciutadans que han patit persecució com a conseqüència de la defensa de la democràcia i l'autogovern de Catalunya.

2. La Generalitat ha de vetllar perquè la memòria històrica es converteixi en símbol permanent de la tolerància, de la dignitat dels valors democràtics, del rebuig dels totalitarismes i del reconeixement de totes les persones que han patit persecució a causa de llurs opcions personals, ideològiques o de consciència.

21. Vegeu Sílvia MARIMON MOLES, «Vençuts, desnonats, sense diners i sense possibilitat de recuperar-los», *Ara*, 20 de gener de 2019, notícia que tracta sobre les confiscacions d'immobles i altres béns per part de les tropes franquistes a partir de l'entrada a Barcelona.

22. Daniel VALLÈS MUÑO, «María Soteras: un ejemplo de la represión sexuada en aplicación de la Ley de responsabilidades políticas franquista», a María Jesús ESPUNY TOMÁS, Daniel VALLÈS MUÑO i Elisabet VELO I FABREGAT (coord.), *La investigación en derecho con perspectiva de género*, Madrid, Dykinson, p. 417 i seg.

23. Daniel VALLÈS MUÑO, «La restitución de bienes incautados a organizaciones sindicales y partidos políticos durante el franquismo. Un análisis jurídico», *Historia, Trabajo y Sociedad* (Madrid), núm. 6 (2015), p. 51-80.

24. Com tothom sap, aprovat per la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (BOE, núm. 172 [20 juliol 2006]). Cal dir que la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, de 28 de juny de 2010, no es va pronunciar sobre l'article 54 EAC.

El contingut d'aquest article és una novetat de l'EAC del 2006 respecte a l'EAC del 1979 i per això es fa necessari analitzar-lo breument.

Sistemàticament, l'article 54 EAC és l'últim del capítol v, dedicat als principis rectoris, és a dir, els principis que «han d'orientar les polítiques públiques» de Catalunya i pels quals els poders públics «han de promoure i adoptar les mesures necessàries per a garantir-ne l'eficàcia plena» (arg. *ex art.* 39.1 EAC). Així, la memòria històrica de l'article 54 EAC se situa a l'altura, si més no, de la protecció de les persones i de les famílies (art. 40 EAC), de la perspectiva de gènere (art. 41 EAC), de la cohesió i el benestar social (art. 42 EAC), del foment de la participació social (art. 43 EAC), de l'educació, la recerca i la cultura (art. 44 EAC), del medi ambient, el desenvolupament sostenible i l'equilibri territorial (art. 46 EAC), etc. És a dir, l'article 54 EAC no estableix cap mena d'obligació per a les administracions públiques catalanes ni reconeix cap dret subjectiu als ciutadans de Catalunya, ni cap competència concreta del Parlament o de la Generalitat de Catalunya.

D'altra banda, amb una primera lectura constatem que en l'article 54 EAC no es parla expressament de justícia transicional, sinó que es fixa en el concepte de *memòria històrica*. Però, de manera més que sorprenent, l'article 54 EAC no el defineix. Ignorem el motiu de fer servir un concepte importat de la història,²⁵ i no un de més jurídicopolític, com seria el de *justícia transicional*.

En tot cas, el text de l'article permet concloure que la memòria històrica és un «patrimoni col·lectiu que testimonia la resistència i la lluita pels drets i les llibertats democràtiques». Si desgranem aquesta proposició, trobem que la memòria històrica és un «patrimoni col·lectiu», no individual. ¿Però no existeix una memòria històrica individual, que també caldria que els poders públics respectessin? A més, ¿a quina col·lectivitat cal imputar la titularitat d'aquest patrimoni? ¿Només als ciutadans amb veïnatge civil català, o a tot ciutadà, sigui d'on sigui, vingui d'on vingui, al qual siguin d'aplicació les polítiques públiques que empara l'Estatut?

Però aquest patrimoni col·lectiu no és qualsevol patrimoni col·lectiu, sinó només el que «testimonia la resistència i la lluita pels drets i les llibertats democràtiques». És més que lícit i oportú preguntar-nos si el concepte de *memòria històrica* ha de venir emmarcat per un posicionament polític actiu que «testimonia la resistència i la lluita pels drets i les llibertats democràtiques». ¿La passivitat dels ciutadans, sigui pel motiu que sigui, no formaria part de la memòria històrica? ¿No és també la passivitat, l'equidistància, una forma de manifestació política? ¿No té el silenci conseqüències jurídiques? ¿O és menys memòria històrica la història del treball domèstic de les dones o de la repressió sexual, que sembla que no impliquen «la resistència i la lluita pels drets i les llibertats democràtiques»? ¿No entraria dins del concepte de *memòria històrica*, l'anarquisme català del primer quart del segle xx? ¿O només hi té cabuda la lluita política d'un determinat moment històric i des d'una visió política concreta?

25. El debat sobre el concepte de *memòria històrica*, la memòria i la història dins la historiografia és conegut, però no menys interessant. Vegeu, per exemple, ENZO TRAVERSO, *El pasado, instrucciones de uso: Historia, memoria, política*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Paul RICOEUR, *La memoria, la historia, el olvido*, Madrid, Trotta, 2003.

L'última proposició de l'article 54 EAC és, de fet, una al·lusió a la justícia transicional: «Amb aquesta finalitat, [els poders públics] han d'adoptar les iniciatives institucionals necessàries per al reconeixement i la rehabilitació de tots els ciutadans que han patit persecució com a conseqüència de la defensa de la democràcia i l'autogovern de Catalunya».

Però, a més, situa aquesta justícia transicional implícita en un context determinat: el de la persecució «com a conseqüència de la defensa de la democràcia i l'autogovern de Catalunya». Com hem apuntat més amunt, creiem que aquesta redacció és simplista, maniquea i reduccionista. Per exemple, les persones que durant el franquisme van patir repressió perquè eren homosexuals, ¿van patir-la perquè defensaven la democràcia i l'autogovern de Catalunya? No és difícil entendre que no, que van patir repressió per la seva condició sexual o de gènere. I, per aquest motiu, ¿no mereixerien el «reconeixement i la rehabilitació» necessàries per part dels poders públics? ¿O no tenen memòria, els perpetradors? ¿No caldria també recollir i perpetuar la memòria dels perpetradors,²⁶ per poca que en quedi? ¿No seria molt convenient considerar que cal registrar i explicar bé, per exemple, per què alguns catalans foren franquistes, entraren dins del sistema autoritari i se'n beneficiaren, a costa del benestar d'altres catalans? ¿No caldria, com hem apuntat, conservar la memòria dels que es van mantenir aliats a la lluita contra el franquisme, i assumir que va existir una gran part de la població no mobilitzada?

Més que possiblement: amb la conservació de la memòria d'aquestes persones s'entendrà millor el passat. Cal no oblidar que la conservació de la memòria dels perpetradors no pot ser sinònima de la justificació o la banalització dels seus actes. Però sense la seva memòria, el relat del passat queda coix i és parcial. I correm dos riscos: fossilitzar l'explicació del passat a partir de la memòria d'un sector concret de la població i entronitzar certes persones (o personatges) com a protagonistes de la història, obviant la importància de la història subalterna. Sense oblidar l'ús polític que es pugui fer de la construcció de la memòria.²⁷

El paràgraf segon de l'article 54 EAC és igualment qüestionable. Diu que la memòria històrica, que no ha definit, s'ha de convertir en un «símbol permanent de la tolerància, de la dignitat dels valors democràtics, del rebuig dels totalitarismes i del reconeixement de totes les persones que han patit persecució a causa de llurs opcions personals, ideològiques o de consciència».

Però, què vol dir convertir-se en un «símbol permanent»? Quines polítiques públiques concretes aconseguen que alguna cosa esdevingui un «símbol permanent»? Intuïtivament, podríem pensar en museus, monuments, instal·lacions artístiques, etcètera, però és difícil considerar, per exemple, una futura regulació catalana sobre reparacions econòmiques

26. De fet, l'historiador italià Enzo Traverso, en una entrevista apareguda al diari electrònic *Sin Permiso* el 19 de setembre de 2020, aconsella sortir del binarisme i prefereix entomar la complexitat del passat.

27. Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *Memoria e historia: Vademécum de conceptos y debates fundamentales*, Madrid, Catarata, 2013, p. 122 i seg. Vegeu Juan Carlos ARROYO GONZÁLEZ, «Consideraciones sobre la política de la memoria en España», *Aportes*, núm. 102 (any xxxv), vol. 1/2020, p. 7-30.

per a les dones catalanes que van patir la repressió sexuada²⁸ durant el franquisme, com una política pública que intenti convertir la memòria històrica en un «símbol permanent».

A més, segons aquest paràgraf, la memòria històrica no només ha de ser un «símbol permanent», sinó que, a més, ho ha de ser «de la tolerància, de la dignitat dels valors democràtics, del rebuig dels totalitarismes i del reconeixement de totes les persones que han patit persecució a causa de llurs opcions personals, ideològiques o de consciència».

¿És possible que amb aquesta redacció qüestionable es busqui o es corri el risc de monumentalitzar o només «simbolitzar» la memòria històrica (que, reiterem, no està definida en l'article 54 EAC)? ¿No seria aquesta opció del tot reduccionista a l'àmbit de la justícia transicional?

Des del punt de vista de la història col·lectiva, ens podríem preguntar si cal conservar monuments de persones que van tenir un passat no democràtic, esclavista, per exemple, o si destruir aquests monuments no evita, de fet, qualsevol debat crític a l'àgora social sobre aquest passat d'honor discutible. Si es tiren a terra totes les estàtues i només queden dretes les que compleixen amb els estàndards de drets col·lectius actuals, ¿no correm el risc d'un cert presentisme monumentalista?

La limitació de la memòria històrica que fa l'article 54 EAC és, com a mínim, qüestionable. Vegem en què s'ha materialitzat.

5. EL MEMORIAL DEMOCRÀTIC

En aplicació d'aquest article 54 EAC, el Parlament de Catalunya va promulgar la Llei 13/2007, de 31 d'octubre, del Memorial Democràtic (LMD), que s'esmenta textualment en el seu preàmbul. Així, Catalunya pretén dotar-se de l'estructura institucional necessària per a dur a terme les polítiques públiques que proposa l'article 54 EAC.

Aquesta norma creà el Memorial Democràtic (MD), no exempt de crítiques rellevants,²⁹ com a entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar, tant en l'àmbit públic com en el privat (art. 1.1 LMD). Com a tal, s'adscriu «al departament que determini el Govern», de manera que estem davant d'un ens administratiu que depèn del color

28. Sobre la repressió sexuada de les dones republicanes, com a dones i com a republicanes, vegeu, per exemple, Irene ABAD BUIL, Iván HEREDIA URZÁIZ i Sescún MARÍAS CADENAS, «Castigos “de género” y violencia política en la España de Posguerra. Hacia un concepto de “represión sexuada” sobre las mujeres republicanas», a Alejandra IBARRA AGUIRREGABIRIA (coord.), *No es país para jóvenes*, Vitòria, Instituto Valentín Foronda, 2012. Vegeu també Daniel VALLÈS MUÑO, «María Soteras: un ejemplo de la represión sexuada», p. 417-442.

29. Per exemple, l'historiador Josep BENET, «Pròleg», a Josep BENET, *Memòries*, vol. I, *De l'esperança a la desfeta. 1920-1939*, Barcelona, Edicions 62, 2008, p. x i seg., critica la creació del MD perquè significa menysprear i duplicar la tasca d'institucions ja existents, com el Museu d'Història Contemporània de Catalunya i el Centre d'Història Contemporània de Catalunya. A més, fa esment que «entre les moltes memòries existents sobre un fet, ¿quina és la democràtica? [...] l'existència i l'actuació a Catalunya d'aquest dit Memorial Democràtic, que disposa de centenars de milers d'euros, i que té el projecte de construir un gran edifici, on radicarà la seva seu, pressupostada en milions d'euros, és un autèntic escàndol, silenciada, però escàndol».

polític del Govern; fet difícil d'entendre, ja que si la política de memòria històrica és un vector principal de les polítiques públiques, segons l'Estatut del 2006, bé podria haver-se creat el MD com una institució només dependent del Parlament, com el Síndic de Greuges, i no tant de les poques o moltes ganes que tingui el Govern d'impulsar polítiques de memòria.³⁰

El seu objecte i la seva finalitat es concreten en l'article 2 LMD, amb una redacció potser massa extensa. El seu objecte és:

[...] desplegar les polítiques públiques del Govern adreçades a l'acció cívica de recuperació, commemoració i foment de la memòria democràtica, i en concret, del coneixement del període de la Segona República, de la Generalitat republicana, de la Guerra Civil, de les víctimes del conflicte per motius ideològics, de consciència, religiosos o socials, de la repressió de la dictadura franquista, de l'exili i la deportació, de l'intent d'eliminar la llengua i la cultura catalanes, dels valors i les accions de l'antifranquisme i de totes les tradicions de la cultura democràtica.

I la seva finalitat és «donar a conèixer d'una manera científica i objectiva el passat recent i estimular la comprensió del temps present».

Veiem que l'objecte del MD és més concret que el que se suposa que entén per *memòria històrica* l'article 54 EAC. Sembla que el MD s'ha de dedicar a «desplegar les polítiques públiques» per a la recuperació «de la memòria democràtica», però tampoc no detalla què cal entendre per aquest concepte.³¹ Hem d'acceptar que existeixen una *memòria democràtica* i una *memòria no democràtica*, la qual no entra dins de l'objecte del MD.

Però, quina diferència hi ha entre ambdues classes de memòria, la democràtica i la no democràtica?³² Podríem argumentar que la memòria democràtica és la que tracta dels fets

30. Montserrat DUCH PLANA, «El Memorial Democrático catalán: ¿un pacto suficiente?», a Jordi GUIXÉ, Jesús ALONSO CARBALLÉS i Ricard CONESA, *Diez años de leyes y políticas de memoria (2007-2017)*, Madrid, Catarata, 2019, p. 90. Maria LLOMBART HUESCA, «Sobre memòries: el Memorial Democràtic (2007-2011), un projecte sense futur?», *Tropelías: Revista de Teoría de la Literatura y Literatura Comparada*, núm. 22 (2014), p. 59, comenta que Convergència i Unió va abstenir-se en la votació de la Llei del Memorial Democràtic, entre altres raons, perquè creia que la institució havia de dependre del Parlament.

31. Per a Ricard VINYES, «La buena memoria. El universo simbólico de la reconciliación en la España democrática. Relatos y símbolos en el texto urbano», *Ayer*, núm. 96 (2014), p. 178, la «memoria democrática» està configurada per «el patrimonio ético de aquella parte de la ciudadanía que con su esfuerzo ha democratizado las relaciones sociales humanas, ha conseguido mayores cotas de igualdad y ha dotado con un Estado de derecho a la sociedad, a pesar de la oposición de otra parte de la ciudadanía, contraria o reticente a esa democratización». Des del punt de vista de la història dels conceptes, és obvi que el de *memòria democràtica* té el seu inici a partir dels estudis sobre els processos de transició democràtica, democratització i memòria, segurament a partir dels anys 2000. I, amb el temps i els esdeveniments polítics, caldrà veure com evoluciona, sobretot dins l'àmbit normatiu. Partim de la premissa que el llenguatge normatiu prefereix conceptes ben definits i que evolucionin poc, per a garantir la seguretat jurídica. Però si s'accepta que conceptes no jurídics, com *memòria democràtica*, del qual no tenim una (bona) definició jurídica, formin part de les normes jurídiques, ens podem trobar que aquests conceptes evolucionin i no signifiquin el mateix en una llei del 2007 que en una del 2020. Sobre la història dels conceptes, vegeu, per exemple, Reinhart KOSELLECK, «Historia de los conceptos y conceptos de historia», *Ayer*, núm. 53 (2004), p. 27-45.

32. Maria LLOMBART HUESCA, «Sobre memòries», p. 62, també és crítica amb l'adjectiu *democràtic*

passats, els records, les vivències, etcètera, relacionats amb la transició cap a la democràcia;³³ també ho podríem veure com la memòria «impulsada», estudiada, en un país plenament democràtic.³⁴ En contraposició, la memòria no democràtica seria la relacionada amb els fets, les vivències, etcètera, relacionats amb un règim no democràtic, o també la memòria impulsada pel règim mateix.³⁵

Com veiem, l'ús reiterat de conceptes propis de la història i de la historiografia, estranys per al dret, dificulta la comprensió de la norma.³⁶

L'article 2 LMD afegeix que l'objecte del MD és:

[...] en concret, del coneixement del període de la Segona República, de la Generalitat republicana, de la Guerra Civil, de les víctimes del conflicte per motius ideològics, de consciència, religiosos o socials, de la repressió de la dictadura franquista, de l'exili i la deportació, de l'intent d'eliminar la llengua i la cultura catalanes, dels valors i les accions de l'antifranquisme i de totes les tradicions de la cultura democràtica.

Per tant, el MD se centrarà en el «coneixement» d'un període i d'uns fets concrets, ni de tota la història de Catalunya, ni de tots els fets esdevinguts dins el període escollit.³⁷ Per exemple, la dictadura de Primo de Rivera sembla que quedaria fora de l'objecte del MD.

del Memorial i de la memòria: «[...] el concepte “democràtic” incorporat a la denominació de la institució la desmarca de la resta d'institucions memorialistes d'Espanya i Europa. Quina memòria democràtica es desprèn d'una guerra? Per la violència que hi subjau, la guerra és generadora de múltiples memòries, individuals i col·lectives. Recuperar, commemorar i fomentar la “memòria democràtica”, objectius previstos pel MD, pot resultar problemàtic si s'incorpora en aquesta a sectors que en el seu moment no defensaven un projecte democràtic».

33. Gonzalo PASAMAR, *La Transición española a la democracia ayer y hoy: Memoria cultural, historiografía y política*, Madrid, Marcial Pons, 2019. Sembla que també ho defensa Carme MOLINERO, «La Transición y la “renuncia” a la recuperación de la “memoria democrática”», *Journal of Spanish Cultural Studies*, vol. 11, núm. 1 (2010).

34. Per a Antonio HERRERA GONZÁLEZ DE MOLINA, Manuel GONZÁLEZ DE MOLINA NAVARRO, Salvador CRUZ ARTACHO i Francisco ACOSTA RAMÍREZ, «Propuesta para una reinterpretación de la historia de Andalucía: recuperando la memoria democrática», *Ayer*, núm. 85 (2012), p. 74, el concepte de «memoria democrática» seria «no sólo la revalorización de los periodos históricos en los que fue posible el desarrollo de la democracia en su acepción formal o institucional, sino también la inclusión de aquellos procesos de construcción de la ciudadanía democrática que la precedieron».

35. Gustavo ALARES LÓPEZ, *Políticas del pasado en la España franquista (1939-1964): Historia, nacionalismo y dictadura*, Madrid, Marcial Pons, 2017. Montserrat DUCH PLANA, «El Memorial Democrático catalán: ¿un pacto suficiente?», p. 88, parla del tabú que representa per a la societat catalana actual el fet de tenir més víctimes a la rereguarda republicana que no pas executats pel franquisme: 7.500 enfront de 3.484; a més, també explicita el col·laboracionisme de sectors de la població catalana amb el règim franquista. Per tant, la memòria és complexa i, a la vegada, contradictòria.

36. Sobre memòria, història, identitat i dret, vegeu el volum núm. 28-29 (2006) de la revista *Idees*, amb articles d'un gran interès.

37. Montserrat DUCH PLANA, «El Memorial Democrático catalán: ¿un pacto suficiente?», p. 91, qüestiona la limitació cronològica de l'actuació del MD i reconeix que «el encaje desde el punto de vista de la gobernanza del Memorial Democrático no sería la óptima, pero ha sido la que ha sido y fue muy fértil».

A partir d'aquest objecte i aquesta finalitat, la norma determina les funcions (art. 3 LMD) del MD. El cert és que, a partir de les funcions esmentades, es pot arribar a la conclusió que el MD és, en essència, una institució de divulgació històrica i de recull de memòries d'un període històric concret i d'un determinat conjunt d'actors o persones que visqueren els fets d'aquest període històric. No de tot, ni de tothom.

Des del punt de vista organitzatiu (art. 5 LMD), el MD consta d'una junta de govern (art. 6, 7 i 8 LMD), presidència (art. 9 LMD) i direcció (art. 10 LMD). A més, inclou un consell assessor (art. 11 LMD) i un consell de participació (art. 12 LMD).

Cal destacar que la Junta de Govern ha d'elaborar un informe anual de les activitats del MD (art. 16 LMD) i que l'ha de lliurar al Parlament i al Govern, que l'ha de publicar.

El Decret 145/2008, de 15 de juliol,³⁸ va aprovar els estatuts del MD, i el Decret 218/2008, d'11 de novembre,³⁹ va nomenar-ne primer director el polític Miquel Caminal i Badia. El Dr. Caminal va ser cessat el gener del 2011,⁴⁰ amb el canvi de govern, i el desembre del 2011 va ser nomenat⁴¹ nou director l'advocat Jordi Palou-Loverdos. És a dir, el MD es va passar gairebé un any sense director.

El març del 2016 va ser nomenat director del MD el periodista sabadellenc Plàcid Garcia-Planas Marcet,⁴² que fou cessat el gener del 2019,⁴³ i el març del 2019 es nomenà Jordi Font Agulló.⁴⁴

Una de les primeres actuacions públiques que entraven dins les funcions del MD era la creació de la Xarxa d'Espais de Memòria Democràtica de Catalunya,⁴⁵ «per recuperar la memòria democràtica a través de la posada en valor, senyalització i difusió del patrimoni memorial del període 1931-1980», de la qual el MD seria la «seu principal i centre operatiu».

Creiem rellevant la definició del concepte d'*espai de memòria*, ja que és el que estableix l'ordre que crea aquesta xarxa (art. 2 Ordre IRP/91/2010): «[...] espais que constitueixen un patrimoni memorial representatiu de la lluita i els conflictes per la consecució dels drets i les llibertats democràtiques». Aquest concepte el podem complementar amb el propi objecte de la Xarxa, que és «recuperar la memòria democràtica a través de la posada en valor, senyalització i difusió del patrimoni memorial del període 1931-1980».

38. DOGC, núm. 5181 (25 juliol 2008).

39. DOGC, núm. 5257 (13 novembre 2008). El Decret 47/2009, de 24 de març (DOGC, núm. 5347 [26 març 2009]) va tornar a nomenar Caminal director i va deixar sense efecte el Decret 218/2008, d'11 de novembre, anterior.

40. Pel Decret 217/2011, de 25 de gener (DOGC, núm. 5805 [27 gener 2011]).

41. Per l'Acord del Departament de Governació i Relacions Institucionals GOV/159/2011, de 20 de desembre (DOGC, núm. 6030 [22 desembre 2011]).

42. Acord GOV/31/2016, de 15 de març (DOGC, núm. 7081 [17 març 2016]).

43. Acord GOV/2/2019, de 8 de gener (DOGC, núm. 7785 [10 gener 2019]).

44. Acord GOV/40/2019, d'11 de març (DOGC, núm. 7830 [14 març 2019]).

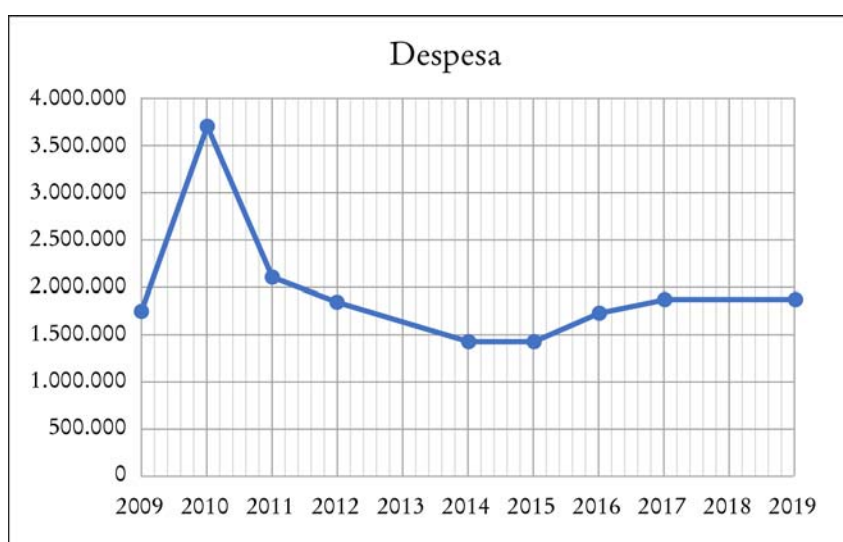
45. Segons l'Ordre IRP/91/2010, de 18 de febrer (DOGC, núm. 5576 [26 febrer 2010]). Sobre aquests espais, vegeu, per exemple, David A. MESSENGER, «Memory politics and Memorial Democràtic in Catalonia», *Catalan Journal of Communication & Cultural Studies*, vol. 8, núm. 1 (2016). Jordi GUIXÉ I COROMINES, «El Memorial Democràtic y los lugares de la memoria: la recuperación del patrimonio memorial en Cataluña», *Entelequia*, núm. 7 (2008).

Per tant, com hem insinuat més amunt respecte als monuments, els «espais de memòria» d'aquesta xarxa serien uns de determinats d'aquest període temporal i «representatius» de la lluita per les llibertats democràtiques. És obvi que una definició com aquesta elimina del catàleg de la Xarxa alguns espais i patrimonis que podrien ser rellevants; per exemple, fàbriques antigues i colònies fabrils on es desenvoluparen vagues i lluites obreres abans del 1931, possiblement espais i ateneus anarquistes, etcètera.

En la web sobre la Xarxa d'Espais de Memòria⁴⁶ es constata que existeixen noranta-un espais de memòria, dividits en quatre categories: seixanta-set espais de la Guerra Civil, vuit de la lluita antifranquista i la recuperació democràtica, dotze de la frontera i l'exili, i quatre de la Segona República.

Avui, el MD ha publicat les memòries d'actuacions dels anys 2012 al 2018, que estan disponibles en obert,⁴⁷ i, com es pot comprovar, la tasca feta pel MD és considerable: subvencions, beques, publicacions, congressos, exposicions, premis, suport a activitats proposades per altres organismes, etcètera. Això sí, no està exempta de crítiques,⁴⁸ com serien, per exemple, el ventall limitat de temes abordats o la manca d'interès per les víctimes de la violència republicana.⁴⁹ Des del punt de vista de la despesa pressupostària, la magnitud del MD seria la següent:⁵⁰

Any	Despesa
2009	1.749.990 €
2010	3.700.000 €
2011	2.100.000 €
2012	1.845.675 €
2014	1.415.800 €
2015	1.415.800 €
2016	1.715.800 €
2017	1.865.800 €
2019	1.865.800 €



46. GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Memorial Democràtic*, <<https://banc.memoria.gencat.cat/ca/app/#/maps/map/3/>> (consulta: 12 gener 2022).

47. GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Memorial Democràtic*, <<http://memoria.gencat.cat/ca/institucio/memories/>> (consulta: 12 gener 2022).

48. Josep BENET, «Pròleg», p. XIII: «He de dir que entristeix constatar que algunes de les propostes i realitzacions del Memorial Democràtic recorden les del memorial franquista que vàrem haver de patir [...] sobretot en els primers anys del règim totalitari».

49. María LLOMBART HUESCA, «Sobre memòries», p. 62.

50. Quadre d'elaboració pròpia a partir de les dades de despesa pressupostària que consten a GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT D'ECONOMIA I HISENDA, *Pressupost 2020, Catalunya 2C30*, <http://aplicacions.economia.gencat.cat/wpres/2020/02_llei.htm/> (consulta: 12 gener 2022).

6. LA LLEI DE FOSSES DEL 2009

Al cap de poc temps es va aprovar la Llei 10/2009, de 30 de juny, sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, i la dignificació de les fosses comunes (LF).⁵¹

En el seu preàmbul es declara que aquesta norma «emana directament» de l'article 54 EAC i «és complementària de la Llei 13/2007, del 31 d'octubre, del Memorial Democràtic».

L'objecte de la Llei és triple (art. 1 LF):

a) Localitzar les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista i, si escau, recuperar i identificar-ne les restes.

Aquest objectiu el concreta l'article 2 LF, que estableix textualment que la Generalitat de Catalunya «ha de procurar localitzar i, si escau, recuperar i identificar les persones desaparegudes en campanya, en captivitat o de manera forçada, durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, el parador de les quals s'ignori».

Sorprendria que no ens plantejàssim el dubte de si aquesta proposició significa la creació d'una obligació legal de l'Administració pública catalana de localitzar, recuperar i identificar les persones desaparegudes; i, a l'inrevés, si crea per als familiars un dret subjectiu de reclamar a la Generalitat el compliment d'una obligació amb aquest abast.

Però, què vol dir «procurar»? A primera vista sembla una qüestió menor, però el verb (i l'acció del subjecte) de la proposició és aquest: «procurar». El *Diccionari de la llengua catalana* de l'Institut d'Estudis Catalans ho defineix com «intentar d'aconseguir», «fer obtenir o tenir», «intentar que (alguna cosa) sigui feta» i «actuar pensant en benefici (d'algú o d'alguna cosa)». Per tant, si la interpretació de la norma és literal, podem afirmar que l'article 2.1 LF no crea cap obligació per a la Generalitat de Catalunya.

Aquesta interpretació es podria confirmar si tenim en compte que l'article 3 LF determina les «persones i entitats legitimades per a instar la recerca i la localització de les persones desaparegudes». ⁵² És a dir, la seva legitimació els permet demanar «la recerca i la localització», res més, i no la recuperació ni la identificació de les persones desaparegudes.

Per altra banda, l'article 3.2 LF de la Llei estableix que les despeses de recerca i localització aniran a càrrec de la Generalitat «d'acord amb les seves disponibilitats pressupostàries».

A partir de la informació obtinguda per la Generalitat en exercici de la seva tasca de localització i, si escau, d'identificació, s'ha de crear un cens de persones desaparegudes (art. 4 i 8-11 del Decret 111/2010, de 31 d'agost).

51. DOGC, núm. 5417 (9 juliol 2009).

52. Que són les persones que n'han estat cònjuges, les que hi han estat vinculades per una relació de convivència anàloga a la conjugal, els descendents directes i els parents consanguinis o per adopció; i les entitats privades sense ànim de lucre que compleixen llurs funcions majoritàriament a Catalunya i que, entre llurs finalitats estatutàries, inclouen aquest tipus d'activitats o, en general, la recerca històrica.

El Decret 111/2010, que desenvolupa la norma, concreta en el seu article 15.1 aquesta limitació de l'acció de les persones legitimades: només poden sol·licitar la recerca i la localització, i no diu res respecte a la recuperació i la identificació.

Una vegada presentada la sol·licitud de recerca i localització per part dels familiars, «la unitat orgànica competent en matèria de memòria democràtica ha de comunicar a la persona o entitat sol·licitant el resultat de la recerca i localització i de les gestions efectuades» (art. 17 del Decret 111/2010).

Per altra banda, l'article 3 del Decret 111/2010 concreta que corresponen a l'Administració de la Generalitat la recerca documental i registral i la localització de les restes de les persones desaparegudes, però respecte a la recuperació de les restes, la seva identificació i la senyalització i dignificació dels espais de memòria, afegeix un «si escau» a la proposició.

Aquesta posició es confirma quan l'article 19 del Decret 111/2010 estableix que la iniciativa per a emprendre les actuacions de recuperació i identificació de les persones desaparegudes és «del departament competent en matèria de memòria democràtica, tenint en compte el resultat de les actuacions de localització dutes a terme i la viabilitat tècnica i econòmica de les actuacions». Aquesta redacció confirmaria que la Llei de fosses i la seva normativa de desenvolupament no atorguen als familiars dels desapareguts un dret subjectiu a recuperar i identificar les restes a càrrec dels fons públics catalans.

A més, l'article 20 del Decret 111/2010 preveu que els familiars puguin instar la recuperació i identificació de les restes «malgrat que la competència per iniciar les actuacions de recuperació i identificació són [sic: és] del departament competent en matèria de memòria democràtica, tal com s'ha establert a l'article anterior». És a dir, cal entendre que si el resultat de la localització ha estat positiu, els familiars poden «instar» la recuperació i la identificació de les restes al departament corresponent.

Però l'apartat 2 d'aquest article 20 del Decret 111/2010 estableix que la «petició» dels familiars «s'ha de formalitzar i tramitar de conformitat amb el que estableix el Decret 21/2003, de 21 de gener, pel qual s'estableix el procediment per fer efectiu el dret de petició davant les administracions públiques catalanes». Per tant, aquesta «petició» no es tramitarà d'acord amb la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques,⁵³ que és la norma aplicable als «requisits de validesa i eficàcia dels actes administratius, el procediment administratiu comú a totes les administracions públiques, incloent el sancionador i el de reclamació de responsabilitat de les administracions públiques».

Per tant, més que una pretensió jurídica que ha de ser complerta degudament per l'Administració pública i que, per tant, pot ser exigible jurisdiccionalment, estem davant d'una «petició», pel que fa a la recuperació i identificació de les restes.

Per tant, que el departament competent iniciï o no les tasques de recuperació i identificació depèn, essencialment, de la «viabilitat tècnica i econòmica de les actuacions», on entra de ple la discrecionalitat administrativa.

53. BOE, núm. 256 (2 octubre 2015).

No podem oblidar que l'article 9 del Decret 21/2003, pel qual s'estableix el procediment per a fer efectiu el dret de petició davant les administracions públiques catalanes, conclou que l'Administració té l'obligació de contestar en el termini de tres mesos, d'acord amb l'article 11 de la Llei orgànica 4/2001, de 12 de novembre,⁵⁴ i el silenci no comporta l'estimació de la petició.

És molt rellevant entendre què comporta l'article 11 de la Llei orgànica 4/2001, de 12 de novembre, sobre el dret de petició. Així, la petició pot estimar-se fundada o bé no fundada. En el primer cas, l'autoritat o organisme competent «vendrá obligado a atenderla y a adoptar las medidas que estime oportunas a fin de lograr su plena efectividad» (art. 11.2 de la Llei orgànica 4/2001). En qualsevol cas, la contestació concretarà «al menos, los términos en los que la petición ha sido tomada en consideración por parte de la autoridad u órgano competente e incorporará las razones y motivos por los que se acuerda acceder a la petición o no hacerlo» (art. 11.3 de la Llei orgànica 4/2001). Per tant, davant d'una petició dels familiars per a recuperar i identificar les restes, el departament competent podria denegar-la, només respectant els requisits mínims de l'article 11.3 esmentat.

Finalment, l'article 20.2 *in fine* del Decret 111/2010 concreta que «l'Administració de la Generalitat ha de comunicar als/a les sol·licitants si s'inicien les actuacions de recuperació i identificació, indicar-ne els motius i informar del règim de recursos que s'hi poden interposar». Cal entendre que, si escau, el règim de recursos serà el que consta en el Decret 21/2003, de 21 de gener, pel qual s'estableix el procediment per a fer efectiu el dret de petició davant les administracions públiques catalanes, i no el del procediment administratiu comú.

Sobre això, l'article 10 del Decret 21/2003, de 21 de gener, pel qual s'estableix el procediment per a fer efectiu el dret de petició davant les administracions públiques catalanes, determina que la tutela jurisdiccional del dret de petició s'ha de fer per les vies establertes en l'article 53.2 CE, que es concreta en els articles 114-122 ter de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Però l'apartat 10.2 de la Llei orgànica 4/2001 determina que poden ser objecte de recurs contenciós administratiu, mitjançant el procediment preferent i sumari esmentat, només:⁵⁵ la inadmissibilitat de la petició, la manca de resposta en el termini de tres mesos des de la presentació de la petició i el fet que la contestació de la petició no contingui els requisits mínims de l'article 11.3 de la Llei orgànica 4/2001, sobre el dret de petició.

Per tant, cal concloure que, només que la contestació explíciti «las razones y motivos» pels quals es denega la petició de recuperació i identificació de les restes feta pels familiars, aquesta desestimació tindrà vedat l'accés a la jurisdicció i no s'analitzarà si aquests motius de desestimació s'ajusten o no a la normativa.

Tot això ens porta a concloure que la normativa sobre fosses comunes de Catalunya té una mancança no menor respecte a les sol·licituds de familiars sobre la recuperació i

54. BOE, núm. 272 (13 novembre 2001).

55. Vegeu una crítica de la limitació a l'accés a la jurisdicció de la Llei orgànica 4/2001 a Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, «Comentario a la Ley 4/2001 reguladora del derecho de petición», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65 (maig-agost 2002), p. 210.

identificació de les restes, ja que no reconeix una veritable pretensió al seu favor que sigui jurisdiccionalment exigible enfront de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

Aquesta conclusió és avalada per la definició que el TS ha fet del mateix dret de petició. Així, en la STS (Sala Contenciosa Administrativa) 429/2017, de 13 de març (RJ/2017/1222), entén que el dret de petició «no conlleva, en ningun cas, la obligació por parte del poder público frente al que se ejerce, de acoger materialmente aquello que ha sido solicitado al amparo de dicho derecho fundamental».

A més, aquesta última resolució remet a la Sentència 2612/2016, de 14 de desembre (RJ/2016/6287), quan diu que aquest dret de petició

[...] se distingue por servir de cauce para aquellas pretensiones que no tienen estatuto de derecho ni de interés legítimo. Y se ha caracterizado, por un lado, por impedir que quien lo ejerce sufra como consecuencia de ello sanciones o decisiones que le perjudiquen y, por el otro, porque las únicas facultades que comporta son las de exigir el acuse de recibo y la comunicación de la decisión adoptada al respecto o bien la remisión a quien sea competente para tomarla, quien habrá de dar esa respuesta. En ningún caso conlleva el derecho de petición la obligación por parte del poder público frente al que se ejerce de acogerla materialmente.

També esmenta la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 242/1993, que confirma que el dret de petició no inclou el dret a obtenir una resposta favorable a allò sol·licitat.

Finalment, la sentència esmentada entra a valorar la resposta de l'Administració: si s'ajusta als punts demanats en la sol·licitud de petició. El TS sembla taxatiu:

En todo caso, en la medida que el derecho de petición no conlleva en ningún caso la obligación por parte del poder público frente al que se ejerce de acoger materialmente aquello que se solicita, ningún pronunciamiento puede hacer este Tribunal sobre las pretensiones deducidas ante el Consejo de Ministros, una vez constatado que se ha producido una contestación por el órgano administrativo competente, que satisface en su integridad el derecho fundamental de petición.

A més, la STS (Sala Militar) 92/2019, de 19 de juliol (RJ/2019/3561), concreta:

[...] la doctrina del Tribunal Constitucional ha destacado en su sentencia de 20 de junio de 2011 (RTC 2011, 108) (108/2011) reiterando anteriores resoluciones que «en nuestra STC 242/1993, de 14 de julio (RTC 1993, 242), F.2, ya afirmamos que el derecho de petición incluye la exigencia de admisión del escrito que incorpora la petición, de su tramitación conforme al curso debido o de su reenvío al órgano competente si no lo fuera el receptor, tomando en consideración el contenido del escrito, lo que no significa, sin embargo, que ello “incluya el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado”».

És a dir, només inclou l'obligació de l'Administració pública de contestar «tomando en consideración el contenido del escrito» de sol·licitud de petició.

Sembla que, per a satisfer aquest dret, la resposta de l'Administració pública pot complir de manera no gaire concreta els requisits de l'article 11.3 de la Llei orgànica 4/2001 quan parla de «razones y motivos» de la desestimació de la petició.

b) El segon objecte de la Llei de fosses és senyalitzar i dignificar els llocs d'enterrament i recuperar-los com a espais de memòria. En aquest punt, hem de remetre'ns al concepte d'*espai de memòria* que hem comentat més amunt, de manera que aquesta llei amplia el concepte.

L'article 6 LF estableix l'obligació de la Generalitat de Catalunya d'elaborar mapes de localització de les restes de les persones desaparegudes, mapes que han d'estar a disposició de les persones interessades i del públic en general.

Cal destacar el que estableix l'apartat 3 d'aquest article 6 LF:

Les àrees incloses en els mapes a què fa referència l'apartat 1 han d'ésser objecte d'una preservació especial pels propietaris o titulars d'altres drets, de conformitat amb el que estableixen les diferents figures del planejament i de l'ordenació del sòl.

Per tant, sembla que la càrrega d'aquesta «preservació especial» és a compte dels propietaris dels immobles on estiguin situades les fosses, obligació confirmada per l'article 14.1 del Decret 111/2010.

Però l'article 8.3 LF concreta que en aquells indrets on existeixin fosses i que siguin «espais de memòria», «cal adoptar les mesures pertinents per a garantir-ne la preservació i fer-hi la senyalització i dignificació corresponent», però no es concreta si és l'Administració de la Generalitat la que té l'obligació d'adoptar les mesures corresponents.

Per altra banda, l'article 11 LF confirma que els treballs de localització, recuperació i identificació de les restes de persones desaparegudes

[...] tenen la consideració de fins d'utilitat pública o interès social a l'efecte de permetre, si s'escau i d'acord amb els articles 108 a 118 de la Llei del 16 de desembre de 1954, sobre expropiació forçosa, l'ocupació temporal dels terrenys on s'hagin de dur a terme aquests treballs.

A més, si els terrenys són de titularitat privada,

[...] s'ha de sol·licitar el consentiment dels titulars dels drets sobre els terrenys en què es trobin les restes. En el cas que no s'obtingui el consentiment, l'Administració de la Generalitat pot autoritzar l'ocupació temporal d'aquests terrenys, amb l'audiència prèvia dels titulars dels drets afectats i amb l'establiment de la indemnització corresponent.

De fet, aquest article 11 LF és extremament semblant a l'article 14 de la Llei 52/2007, anomenada de memòria històrica.⁵⁶

56. Llei 52/2007, de 26 de desembre, per la qual es reconeixen i s'amplien drets i s'estableixen mesures a favor dels qui van patir persecució o violència durant la Guerra Civil i la dictadura, BOE, núm. 310 (27 de desembre 2007).

El resultat d'aquesta tasca de recerca i localització s'ha materialitzat (art. 6 de la Llei) en la confecció d'un mapa on consten les àrees on es localitzen o es presumeix que hi ha les restes de persones desaparegudes.

Aquest mapa consta en format digital en obert (art. 6.2 LF) accessible des de la web de la Generalitat de Catalunya.⁵⁷ Segons Gemma Domènech, directora general de Memòria Democràtica,⁵⁸ el desembre del 2019 es va fer un balanç de tancament del Pla de Fosses del 2017. S'han fet 21 intervencions de recollida de restes en superfície i 26 obertures de fosses, i s'han recuperat 305 individus. Existeix un gran nombre de fosses del front, fet que dificulta la identificació de les persones desaparegudes.

De les 517 fosses que hi ha a Catalunya, se n'han obert 55, 26 durant el pla 2017-2019 i 4 més el 2020 (suposem que les altres s'obriren en anys anteriors, ja que es comenta que la primera fossa es va obrir el 1999, abans de la Llei de fosses que comentem, i fins al 2015 es van obrir 25 fosses).

c) El tercer i últim objectiu de la norma és, textualment:

Satisfer el dret de la societat a conèixer la veritat dels fets esdevinguts durant la Guerra Civil i la dictadura franquista i les circumstàncies en què, durant aquest període, es van produir desaparicions de persones i es van cometre vulneracions dels drets humans.

L'article 2 del Decret 111/2010, ja esmentat, estableix:

Correspon a totes les administracions públiques que integren el sistema institucional de la Generalitat de Catalunya adoptar les mesures necessàries per tal de satisfer el dret de la societat a conèixer la veritat dels fets esdevinguts durant la Guerra Civil i la dictadura franquista i les circumstàncies en què, durant aquest període, es van produir desaparicions de persones i es van cometre vulneracions dels drets humans.

Des del punt de vista jurídic, aquest aspecte és molt interessant. ¿Existeix un «dret de la societat a conèixer la veritat»? En cas afirmatiu, quin tipus de dret seria? ¿Seria exigible judicialment? Quina prestació es reclamaria? ¿Contra qui: només contra les administracions públiques? ¿Només tenen dret a la veritat les «societats», i no els individus?

Aquest «dret a la veritat» té plasmació normativa internacional, sobretot en les resolucions de l'Assemblea de l'ONU. Una de les bàsiques per a l'àmbit de la justícia transicional és la Resolució 60/147, de 21 de març de 2006, sobre els principis i les directrius bàsiques sobre el dret de les víctimes de violacions manifestes de les normes internacionals de drets humans i de

57. GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Fosses i repressió*, <<http://fossesirepressio.gencat.cat/>> (consulta: 12 gener 2022).

58. «Gemma Domènech: “Més que obrir fosses, localitzem desapareguts”» (entrevista), *El Temps*, núm. 1884 (20 juliol 2020), <www.eltmps.cat/article/10839/entrevista-gemma-domenech/> (consulta: 12 gener 2022).

violacions greus del dret internacional humanitari, a interposar recursos i obtenir reparacions.⁵⁹

La Resolució 60/147 considera diverses alternatives de reparació de les víctimes, entre les quals es troba la «satisfacció» de determinades mesures. Dins d'aquestes trobem l'establiment de mecanismes per a aconseguir que no continuïn les violacions de drets humans, la recerca de les persones desaparegudes, la declaració oficial o decisió judicial que restableixi la dignitat i la reputació de la víctima, etcètera, i també:

[...] la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones.

Aquesta resolució s'ha de complementar amb la Resolució 68/165, de 18 de desembre de 2013, sobre el dret a la veritat,⁶⁰ en la qual es reconeix la importància de respectar i garantir el dret a la veritat per a contribuir a posar fi a la impunitat, de manera que el dret a la veritat es presenta, sens dubte, com un mecanisme per a posar fi a la impunitat.⁶¹

La Resolució 68/165 també reconeix la creació de diversos mecanismes judicials i extrajudicials, com ara les comissions de la veritat i de la reconciliació, per a investigar les violacions de drets humans, i espera els estats a crear-les per a complementar els seus sistemes judicials. Així, dins el dret a la veritat, sembla que aquest tipus de comissions estan cridades a ser-ne les protagonistes.

Però no podem deixar de banda que aquestes resolucions tenen una vinculatorietat més aviat escassa. En principi, no poden ser el fonament d'una possible reclamació del «dret a la veritat». Recomana no és el mateix que tenir un dret jurídicament exigible. Per tant, si bé serveixen com a base teòrica, no es pot negar que no tenen l'obligatorietat necessària enfront dels estats.⁶²

59. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005: 60/147. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* (document ONU A/RES/60/147), Nova York i Ginebra, Naciones Unidas, 21 de març de 2006, <<https://undocs.org/es/A/RES/60/147>> (consulta: 12 gener 2022).

60. NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013: 68/165. El derecho a la verdad* (document ONU A/RES/68/165), Nova York i Ginebra, Naciones Unidas, 21 de gener de 2014, <<https://undocs.org/es/A/RES/68/165/>> (consulta: 12 gener 2022). De fet, aquesta resolució és el resultat de diverses resolucions i decisions prèvies de la Comissió de Drets Humans.

61. De fet, l'informe de Diane Orentlicher, experta encarregada d'actualitzar el conjunt de principis per a la lluita contra la impunitat, del 8 de febrer de 2005 (NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Promoción y protección de los derechos humanos* [document E/CN.4/2005/102/Add.1], Nova York i Ginebra, Naciones Unidas, 8 de febrer de 2005, <https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1/> [consulta: 12 gener 2022]), entén «el dret a la veritat» com a «inalienable». A més, explicita el «deure de recordar» dels pobles respecte a la seva història i el «dret de les víctimes a saber la veritat», independentment de les accions judicials que puguin interposar. En el mateix informe, Orentlicher explicita els principis per a les comissions de la veritat i per a l'ús i la preservació dels arxius, en aquesta tasca de recerca de la veritat.

62. Vegeu una visió crítica de les limitacions de l'anomenat *dret a la veritat* a Patricia NAFTALI,

Una vegada conclòs això anterior, ens preguntem: quin és l'objecte del dret que comentem? És a dir, què vol dir «la veritat» a la qual (suposadament) tenim dret? Que el dret i «la veritat» tenen una relació estreta és un fet sabut. Si bé en un principi podem veure aquesta veritat com una «veritat judicial», de fets provats, del supòsit de fet que justifica l'aplicació de la conseqüència jurídica, també és cert que aquesta veritat ha anat ampliant-se fins a incloure el coneixement del destí de persones desaparegudes o, més àmpliament, el coneixement sobre les causes i les conseqüències d'un conflicte armat.⁶³

El cert és que sembla que aquest dret a la veritat és més proper a l'àmbit del dret penal: sembla que aquesta veritat estigui delimitada per fets que podrien haver estat o són delictius o penalment punibles.

Aquesta veritat dels fets sembla que no sigui tant una veritat històrica com una veritat del destí de les víctimes i de la responsabilitat d'aquest destí; és a dir, sobre qui ha de ser imputat per la responsabilitat del destí nefast de les víctimes.⁶⁴

De fet, la recerca de la veritat històrica no deixa de ser un dret emparat per la llibertat d'expressió, tal com reconeix la STC 235/2007, de 7 de novembre, i, per tant, pot ser limitat i fiscalitzat,⁶⁵ en principi, pels poders públics.

Així, quan es parla de «dret a la veritat», en un context de justícia transicional, no ens referim a conèixer o divulgar la veritat històrica.

A l'Estat espanyol tenim dues sentències rellevants que ens permetem dibuixar els límits d'aquest «dret a la veritat».

«The “Right to Truth” in International Law: The “Last Utopia”?», a Uladzislau BELAVUSAU i Aleksandra GLISZCZYNSKA-GRABIAS, *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 70-88.

63. Luis Andrés FAJARDO ARTURO, «Elementos estructurales del derecho a la verdad», *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 12, núm. 22 (gener-juny 2012), p. 16.

64. Enzo TRAVERSO, *El pasado, instrucciones de uso*, p. 65 i seg., explica de manera genial la diferència entre veritat històrica i veritat jurídica quan parafraseja l'historiador italià Carlo Ginzburg i comenta que la veritat de l'historiador no té caràcter normatiu, és provisional, mai definitiva, ja que cada època mira de manera diferent el passat, cada autor té una mirada pròpia. En canvi, la veritat de la justícia és normativa, definitiva i coactiva. «No se trata de identificar justicia y memoria, pero, a menudo, hacer justicia significa también devolver la justicia a la memoria. La justicia ha sido, a lo largo del siglo xx —al menos desde Nuremberg, si no desde el asunto Dreyfus— un momento importante en la formación de una conciencia histórica colectiva.»

65. Vegeu la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 29 de juny de 2004, cas Chauvy i altres contra França, on s'analitza el relat d'un llibre on es posà en dubte membres de la resistència francesa: «El Tribunal considera que la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión y encuentra que no le compete arbitrar la cuestión histórica de fondo, que pertenece al ámbito de un debate siempre en curso entre historiadores y en el seno mismo de la opinión sobre el desarrollo y la interpretación de los acontecimientos de los que se trata. En base a esto, y sean cuales sean las dudas que se puedan alimentar sobre el carácter probatorio o no del documento llamado informe o testamento Barbie, la cuestión escapa a la categoría de hechos históricos claramente establecidos —como el Holocausto— cuya negación o revisión pasaría de la protección del artículo 10 (RCL 1999, 1190 y 1572) a la del artículo 17 (véanse Sentencia Lehideux e Isorni contra Francia de 23 septiembre 1998 [TEDH 1998, 49], Repertorio 1998-VII, ap. 51; Garaudy contra Francia, resolución de 24 junio 2003)». Tot i així, en diversos països existeixen lleis de memòria que tracten de modular el relat històric creant una mena de veritat oficial. Vegeu el volum ja citat d'Uladzislau BELAVUSAU i Aleksandra GLISZCZYNSKA-GRABIAS, *Law and Memory*.

La primera és la STS (Sala Penal) 101/2012, de 27 de febrer, en la qual s'absolgué el jutge Baltasar Garzón d'un presumpte delict de prevaricació judicial per haver admès a tràmit la denúncia interposada davant l'Audiència Nacional per una associació memorialista que reclamava les actuacions necessàries per a la localització i identificació de les persones que estaven enterrades en diverses fosses comunes. Després d'una demora de gairebé dos anys, Garzón va admetre a tràmit la denúncia i va obrir diligències penals basant-se en un presumpte delict permanent de detenció il·legal, sense oferir informació sobre el destí de la víctima en el marc de crims contra la humanitat. Una vegada Garzón va constatar la defunció dels encausats, principals dirigents franquistes, es va inhibir en favor dels jutjats territorials competents per a l'exhumació de les fosses en qüestió.

No ens interessa la presumpta prevaricació de Garzón en el moment de l'admissió a tràmit de la denúncia i l'obertura de diligències d'instrucció. Ans al contrari, el TS no deixa passar l'oportunitat d'arraconar aquest «dret a la veritat».

De fet, creu que la pretensió exercida mitjançant la denúncia presentada són «juicios de la verdad»:

[...] esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal, muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado (STS 101/2012, fonament jurídic primer).

Per al TS, aquests «juicios de la verdad», que busquen «una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena», no tenen cabuda dins del sistema processal espanyol. Així, segons la Sala, aquests judicis de la veritat pretenien «la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes». Però, reitera, aquesta pretensió queda fora del procés penal, «pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones».

Però el TS confon aquest dret dels familiars amb «el derecho a conocer la verdad histórica», el qual queda fora del dret penal i «solo tangencialmente puede ser satisfecho». De fet, entén que els principis inspiradors del procediment penal (per exemple, contradicció, publicitat, presumpció d'innocència, etc.) no casen bé amb «la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente postguerra». Afirmar que «el método de investigación judicial no es el propio del historiador» i que «si son patentes las diferencias entre memoria e historia [que no concreta], también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador».

Per al TS, i aquí sí que cal tenir-ho en compte, «[l]a búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente los historiadores», però no

correspon al jutge d'instrucció, la funció del qual està limitada per les normes processals i el dret substantiu: cal un fet amb aparença de delictes i un possible imputat viu.

Però el TS no concreta quins són aquests organismes de l'Estat encarregats de la recerca de la veritat, si bé li trasllada la competència i, si volem, també li traslladaria la necessitat d'habilitar aquests organismes per a la recerca d'una veritat, jurídica o no, que no fos punible.

El fonament jurídic primer finalitza constatant que els mètodes d'investigació del jutge d'instrucció difereixen dels de l'historiador i que «no procede mezclar la verdad histórica con la forense». Mentre que la primera és «general e interpretable» i «precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis», la segona es limita a un fet, del qual deriva que s'imposin conseqüències de caràcter coercitiu, i es declara complint amb determinades garanties processals.

Però per què el TS entén que la localització i identificació de les víctimes assassinades i enterrades en fosses comunes durant la Guerra Civil i el franquisme és un assumpte de veritat històrica, i no de veritat judicial? Doncs per les causes d'extinció de la responsabilitat penal. A saber: la mort de l'autor, la prescripció o l'amnistia, tal com explica en el fonament jurídic segon.

Pel que aquí ens interessa, que és el dret a la veritat, el TS reafirma una interpretació estricta del principi de legalitat i entén que els crims contra la humanitat imputats no eren vigents a Espanya en el moment dels fets ocorreguts. De manera similar, entén que els presumptes delictes estarien prescrits i que la declaració d'imprescriptibilitat prevista en els tractats internacionals ratificats per l'Estat espanyol no pot ser aplicada de manera retroactiva. Finalment, recorda l'aplicabilitat de la Llei 46/1977, d'amnistia,⁶⁶ «que fue promulgada con el

66. De fet, el TS idolatra la Llei 76/1977, d'amnistia: no la sotmet a cap mena de crítica i abusa, fins i tot, d'una suposada transició pacífica: «La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden, uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la “transición” fue el abandono pacífico del franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes. La idea fundamental de la “transición”, tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una “transición” pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen

consenso total de las fuerzas políticas en un periodo constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977» i que, segons el Tribunal Suprem, va ser «confirmada» pel refús el 19 de juliol de 2011 de la proposició per a la seva modificació. Tot això significaria la inexistència de la presumpta responsabilitat penal necessària perquè el jutge instructor pogués continuar amb la investigació del delictes de detenció il·legal sense informar del destí de la víctima en un context de delictes contra la humanitat.

En conclusió: satisfer el dret a la veritat estaria vetat mitjançant el poder judicial perquè la responsabilitat penal estaria exonerada prèviament, ja sigui per mort de l'inculpat, ja sigui per prescripció del delictes o per l'amnistia de la responsabilitat penal. No hi ha responsabilitat penal, no hi ha investigació de la veritat jurídica.

Però ens interessa reiterar que el TS remet a l'Administració pública, a l'Estat i als seus organismes per a satisfer aquest dret a la veritat que tenen les víctimes. Però, a quin tipus d'organismes es refereix el TS?

Ja hem dit que la normativa i la doctrina internacionals reconeixen una relació especialment estreta entre el dret a la veritat i les anomenades comissions de la veritat.⁶⁷ Però, ¿seria possible la creació d'una comissió de la veritat per al cas espanyol, de la Guerra Civil i el franquisme?⁶⁸

de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento. Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento».

67. Sobre les comissions de la veritat, vegeu, per exemple, Eduardo GONZÁLEZ i Howard VARNEY (ed.), *En busca de la verdad: Elementos para la creación de una comisión de la verdad eficaz*, Brasília, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil i ICTJ, 2013. També el document ONU: HR/PUB/06/1, *Instrumentos del estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad*, Nova York i Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006. Sobre les comissions de la veritat, a Tricia D. OLSEN, Leigh A. PAYNE i Andrew G. REITER, *Transitional justice in balance: Comparing processes, weighing efficacy*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2010, p. 39 i seg., s'informa de l'existència de 68 comissions de la veritat, que eren el 8% dels mecanismes transicionals adoptats en tot el món fins aleshores; d'aquestes 68, la majoria (23) han tingut lloc a l'Àfrica (34%); en canvi, a Europa només en trobem 8, que són el 12% del total de comissions de la veritat. A més, de manera molt interessant han conclòs que és més alta la probabilitat d'adoptar amnisties en els països amb economies febles, mentre que la probabilitat d'adoptar comissions de la veritat és més alta en països amb un creixement modest del PIB (1%) (Tricia D. OLSEN, Leigh A. PAYNE i Andrew G. REITER, *Transitional justice in balance*, Washington, United States Institute of Peace, 2010, p. 76). Hi va haver dos moments àlgids de la creació de comissions de la veritat: a principis dels anys noranta del segle passat i a principis d'aquest segle (Tricia D. OLSEN, Leigh A. PAYNE i Andrew G. REITER, *Transitional justice in balance*, p. 100). A Hugo van der MERWE, Victoria BAXTER i Audrey R. CHAPMAN (ed.), *Assessing the impact of transitional justice: Challenges for empirical research*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2009, p. 35 i seg., consta una taula detallada de les característiques bàsiques de cadascuna de les comissions de la veritat existents. Vegeu una explicació detallada d'aquestes característiques a Audrey R. CHAPMAN, «Truth finding in the transitional justice process», a Hugo van der MERWE, Victoria BAXTER i Audrey R. CHAPMAN (ed.), *Assessing the impact of transitional justice*, p. 91 i seg.

68. Josep TAMARIT SUMALLA, «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», a Josep TAMARIT SUMALLA (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 68-69, ja proposava la creació d'una comissió de la veritat per a l'escatiment dels crims franquistes.

Una possible resposta a aquesta qüestió la podem trobar en la recent STC 85/2018, del 19 de juliol, en la qual es decidí la constitucionalitat de la Llei foral navarresa 16/2015, de 10 d'abril,⁶⁹ «de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos» des de l'1 de gener de 1950 (art. 2.1 LF).

La discussió se centrà en la denominada «Comisión de Reconocimiento y Reparación», creada per l'article 3 de la norma impugnada, i, sobretot, en les seves competències. Concretament, aquest article diu de la Comissió:

[...] tendrá competencia directa en cuanto a la fijación e investigación de los hechos con base en instrumentos internacionales homologados, como el Protocolo de Estambul⁷⁰ y al margen de toda interferencia en el plano penal. En caso de que no existiera una sentencia aclaratoria sobre la autoría de los hechos, se determinará de forma veraz y coherente una interpretación que esclarezca lo sucedido y así se determinen las personas beneficiarias de los derechos considerados en esta ley foral.

Per a dur a terme les seves funcions, la Comissió podia sol·licitar col·laboració a qualssevol entitats públiques o persones privades, les quals tenien l'obligació de prestar-la o de comparèixer en cas de ser citades (art. 3.6 LF).

Pel que aquí interessa, la competència de la Comissió, que partia de les sol·licituds presentades per les víctimes potencials, incloïa fets presumptament delictius i, segons el TC, «con independencia de que esos hechos hubieran prescrito en algún caso o pudieran no ser perseguibles por cualquier otra causa legal». A partir de la seva investigació, la Comissió va emetre un informe en el qual proposava mesures reparadores a favor de les víctimes.

En un primer moment, el TC va reconèixer:

[...] no hay inconveniente alguno, en términos constitucionales, en la configuración de una actividad administrativa tendente a la acreditación de hechos a los que se vincula la producción de un resultado dañoso para, a partir de ahí, articular los correspondientes mecanismos de reparación o compensación en favor de los perjudicados.

Però de seguida va limitar aquesta funció assistencial o de reparació de les administracions públiques, ja que «no pueden confundirse [...] con los [cometidos] propios y reservados al Poder Judicial. El deslinde entre la tarea administrativa de reconocimiento y compensación respecto a la investigación y persecución de hechos delictivos ha de ser particularmente claro». Després reiterà: «La potestad de declarar la existencia de hechos

69. *Boletín Oficial de Navarra*, núm. 71 (15 abril 2015).

70. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Nova York i Ginebra, Naciones Unidas, 2004, però presentat a l'Oficina de l'Alt Comissionat de les Nacions Unides per als Drets Humans el 9 d'agost de 1999 <www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf> (consulta: 12 gener 2022).

constitutivos de delito y de determinar su autoría corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional». I aquí hi ha el nus del problema.

Per al TC, la competència per a conèixer els fets constitutius de delictes és exclusiva dels jutjats i tribunals de l'ordre jurisdiccional penal. Per tant, la capacitat per a investigar-los correspon a l'autoritat judicial i, si escau, al Ministeri Fiscal, auxiliats per la policia judicial.

A partir d'això anterior, la Sentència entén que

[...] la configuración por el legislador foral de una comisión llamada a la «investigación» y «fijación» de hechos o conductas constitutivas de delito, al margen, por entero, del Poder Judicial y con potestad, incluso, para desconocer lo ya resuelto por la jurisdicción penal es contraria a la Constitución.

És a dir, el Tribunal fa derivar la inconstitucionalitat no de l'assistència o la reparació de les víctimes, sinó de les funcions d'investigació de la Comissió:

[...] el hecho de que la fijación de hechos delictivos por parte de la referida comisión tenga lugar a los solos efectos del resarcimiento de las víctimas, no elimina las eventuales consecuencias penales de tales hechos ni modifica el carácter jurisdiccional de las funciones de investigación y averiguación referidas.

En conclusió: el TC entén que la CE no permet crear organismes amb funcions d'investigació de fets presumptament delictius,⁷¹ fora del poder judicial.

Si intentem una mixtió de les dues sentències comentades, la del TS i la del TC, ens trobem amb una situació peculiar. El TS remet a organismes de l'Administració pública la investigació de la veritat de determinats fets presumptament delictius i evita que puguin fer-ho els jutjats i tribunals; però, per contra, el TC estableix que queden fora de l'ordre constitucional els organismes com les comissions de la veritat. La conseqüència d'aquest entramat jurídic és que la veritat jurídica d'aquests fets presumptament delictius mai no es podrà establir: cap organisme *ad hoc* ni cap autoritat judicial o administrativa dirà que uns determinats fets presumptament delictius van ocórrer i podrien tenir una determinada conseqüència jurídica. Tot queda, doncs, als llimbs.

Si això és cert, el dret a la veritat a l'Estat espanyol queda en mans dels historiadors i, per tant, és «una» veritat susceptible de ser revisada constantment. Aquest entramat veta la contribució de juristes i politòlegs a la determinació d'aquesta veritat: si no es pot qüestionar o escatir la veritat ni en els tribunals ni en comissions de la veritat, ¿en què queda la feina d'ambdós col·lectius? Així, sembla que només els historiadors tenen el monopoli de la fixació de la veritat, amb el risc de parcialitat i de revisionisme que això comporta.

71. Cal destacar que alguns magistrats van formular vots particulars contra la STC 85/2018. Entenien que la creació d'una comissió amb les facultats de la Llei foral 16/2015 no vulnerava cap precepte constitucional, atès que no existeix una reserva explícita a favor del poder judicial d'escatir la veritat de fets presumptament delictius. De fet, l'existència, per exemple, de comissions d'investigació parlamentàries prova la inexistència d'aquella suposada reserva constitucional.

Però el que és més greu és que aquest entramat jurídic que impedeix la recerca d'aquesta veritat jurídica pot comportar un grau rellevant d'impunitat. Si no es permet investigar ni determinar la veritat jurídica sobre uns determinats fets presumptament delictius, mai no s'arribarà a concloure si aquests fets van passar o no, ni, per tant, si han existit víctimes o perpetradors.⁷²

Finalment, volem posar l'accent en una mancança molt rellevant de la normativa catalana sobre fosses. Una vegada s'identifiquen les restes d'una persona desapareguda i s'entreguen als seus familiars, cal destacar que la Generalitat de Catalunya no ha establert cap mena de reparació econòmica a favor d'aquests familiars, al revés del que feu l'Estat espanyol amb el Reial decret llei 35/1978, de 16 de novembre, sobre pensions a familiars de morts com a conseqüència de la Guerra Civil,⁷³ i amb la Llei 5/1979, de 18 de setembre, sobre reconeixement de pensions, assistència medicofarmacèutica i assistència social a favor de les vídues, fills i altres familiars dels espanyols morts com a conseqüència de la passada Guerra Civil.⁷⁴

Però les indemnitzacions de l'Estat espanyol a favor dels fills orfes dels morts i dels desapareguts també es van acabar a partir del 2013: la disposició addicional trenta-sisena de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2013, determina que a partir de l'1 de gener de 2013 «y con vigencia indefinida» no es concediran noves pensions per a orfes majors de vint-i-un anys no incapacitats a l'espera de la «legislación especial de guerra», concepte jurídic indeterminat on cal encabir la Llei 5/1979, de 18 de setembre, sobre pensions a favor de familiars de desapareguts. Per tant, els familiars dels identificats en una fossa no gaudeixen de cap mesura econòmica de reparació.

Veiem, doncs, que la normativa catalana de fosses acaba amb la devolució, si escau, de les restes de la persona identificada, però en cap cas amb el rescabament dels familiars per la desaparició i mort de la víctima. Aquesta manca de rescabament hauria de ser esmenada en regulacions futures.

72. Cal dir que, de resultes de la STC 85/2018, Navarra va dictar la Llei foral 16/2019, de 26 de març (*Boletín Oficial de Navarra*, núm. 62 [1 abril 2019]), «de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos» (el mateix títol que té la Llei foral 16/2015), que també inclou la creació de la Comisión de Reconocimiento y Reparación, però sense les funcions d'investigació de la Llei foral 16/2015 i només amb les funcions declaratives de la condició de víctima, a l'efecte que aquesta pugui ser beneficiària de mesures de reparació.

73. BOE, núm. 276 (18 novembre 1978).

74. BOE, núm. 233, (28 setembre 1979). Sobre aquestes dues normes, vegeu Daniel VALLÈS MUÑO, *Las reparaciones económicas por los daños derivados de la Guerra Civil Española y del franquismo*, p. 101 i seg.

7. LA LLEI DE REPARACIÓ JURÍDICA DE LES VÍCTIMES DEL FRANQUISME, DEL 2017

La següent norma catalana de justícia transicional fou la Llei 11/2017, de 4 de juliol, de reparació jurídica de les víctimes del franquisme.⁷⁵ De fet, és la norma més recent i també la més curta: només té un article i dues disposicions finals. El seu preàmbul resulta molt més extens que la norma que precedeix.

El seu article únic diu textualment:

Article únic. Reparació jurídica de les víctimes del franquisme

De conformitat amb el conjunt de l'ordenament jurídic, que inclou normes tant de dret internacional com de dret intern, es declaren il·legals els tribunals de l'Auditoria de Guerra de l'Exèrcit d'Ocupació, anomenada posteriorment Auditoria de la IV Regió Militar, que van actuar a Catalunya a partir de l'abril de 1938 fins al desembre de 1978, per ésser contraris a la llei i vulnerar les més elementals exigències del dret a un judici just. I, en conseqüència, es dedueix la nul·litat de ple dret, originària o sobrevinguda, de totes les sentències i resolucions de les causes instruïdes i dels consells de guerra, dictades per causes polítiques a Catalunya pel règim franquista.

Destil·lem els punts més qüestionables d'aquest article.

En primer lloc, ens trobem amb un títol equivòc, poc clar i, per tant, erroni.⁷⁶ Tant el títol de la Llei 11/2017 com el del seu article únic s'anomenen de la mateixa manera: «Reparació jurídica de les víctimes del franquisme».

Si parlem de reparació jurídica, ens podem preguntar si existeix algun tipus de reparació no jurídica. Una resposta intuïtiva ens permetria afirmar que no és difícil trobar reparacions morals o simbòliques dins la justícia transicional (per exemple, monòlits, commemoracions, etc.), però també és cert que la majoria d'aquestes reparacions morals deriven d'una norma jurídica, amb la qual cosa són, a la vegada, també jurídiques. Un altre exemple: una indemnització econòmica, un pagament únic en funció del temps passat a la presó, ¿és també una reparació jurídica?

Es pot argumentar sense problemes que la gran majoria de les reparacions són jurídiques perquè són establertes per una norma jurídica (una llei, un decret o inclús una norma municipal). Per això creiem que el títol de la llei i del seu article únic podria ser molt més concret, més explícit i, per tant, millorable.

Per altra banda, les reparacions, una vegada creades per una norma jurídica, es podrien agrupar, per exemple, per la seva manera de reparar, pel seu mecanisme de reparació. Així, es podrien dividir en: reparacions econòmiques, que impliquen una transferència de diners

75. DOGC, núm. 7406 (6 juliol 2017).

76. Sobre això, vegeu PARLAMENT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT D'ASSESSORAMENT LINGÜÍSTIC, *Llibre d'estil de les lleis i altres textos del Parlament de Catalunya*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2019, interessantíssim llibre que és una bona guia introductòria a la tècnica legislativa.

o de béns a favor de la víctima (per exemple, indemnitzacions, restitucions, etc.); reparacions morals o simbòliques, que no impliquen aital transferència (per exemple, memorials, commemoracions, etc.). Però, ¿i les reparacions jurídiques, com la que crea la Llei 11/2017? Quin tipus de mecanisme empra aquesta norma per a reparar? Ho veurem més endavant.

Si aprofundim en l'anàlisi del títol, hi trobem una referència genèrica a la reparació jurídica «de les víctimes del franquisme». ¿De totes? No, evidentment. Com veurem, no de totes les víctimes del franquisme, però el títol no ho concreta, no ho detalla. De fet, el títol no dona la informació necessària per a poder escatir de què tracta la norma. Si la norma no tracta sobre la reparació de totes les víctimes del franquisme, seria més adient que el títol detallés o digués a favor de quines víctimes és la reparació que regula; si no, el títol peca de grandiloqüent i pretensions, en comparació amb el que regula.

De fet, el mecanisme reparador de la Llei 11/2017 és complex i consta de dues proposicions: la declaració d'il·legalitat d'uns tribunals i la consegüent nul·litat de les seves sentències i resolucions. Vegem-les:

a) La declaració d'il·legalitat dels «tribunals de l'Auditoria de Guerra de l'Exèrcit d'Ocupació, anomenada posteriorment Auditoria de la IV Regió Militar, que van actuar a Catalunya a partir de l'abril de 1938 fins al desembre de 1978, per ésser contraris a la llei i vulnerar les més elementals exigències del dret a un judici just».

No tots els tribunals franquistes es declaren il·legals. Només els esmentats en la norma. De tot l'entramat juridicojurisdiccional creat pel franquisme, només uns determinats tribunals són declarats il·legals per la Llei 11/2017.

I només es declaren il·legals els tribunals militars que van actuar a Catalunya. No es diu res, per exemple, dels tribunals provincials de Responsabilitats Polítiques, les sentències dels quals es troben a l'arxiu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Per això entenem que la norma hauria d'haver concretat en el seu títol que va destinada a la nul·litat de les sentències i resolucions dels tribunals militars que van actuar a Catalunya, i no titular-se de manera genèrica «de reparació jurídica de les víctimes del franquisme».

La Llei 11/2017 ni repara jurídicament totes les víctimes ni anul·la totes les sentències dictades per l'aparell repressor franquista que actuava a Catalunya. Per això el títol de la norma no és correcte.

b) La norma estableix, curiosament, la nul·litat de totes les sentències i resolucions dictades d'acord amb unes determinades normes; és a dir, la nul·litat de les sentències no ve determinada per l'abast més o menys polític de l'imputat, sinó que es configura a partir d'un element objectiu: les normes a partir de les quals es van tramitar els procediments que van donar lloc a aquestes sentències.

Concretament, les sentències adoptades «d'acord amb el Ban del 28 de juliol de 1936, el Decret del 31 d'agost de 1936, el Decret número 55 de l'1 de novembre de 1936, la Llei del 2 de març de 1943, la Llei del 18 d'abril de 1947, el Decret 1794/1960, del 21 de setembre, i el Decret llei 10/1975, del 26 d'agost».

El ban del 28 de juliol de 1936,⁷⁷ a més de declarar l'estat de guerra a tot el territori de l'Estat espanyol, estableix noves pautes penals i processals: els insults o agressions als militars o a milicians colpistes seran perseguits via judici sumaríssim, igual que els delictes de rebel·lió,⁷⁸ sedició, atemptat, resistència i desobediència a l'autoritat (franquista); entre d'altres, també seran jutjats pel procediment militar sumaríssim els delictes contra les persones o contra la propietat «por móviles políticos o sociales»; és a dir, un veritable calaix de sastre de repressió penal.

El Decret de 31 d'agost de 1936,⁷⁹ que creiem que és el número 79 però la Llei 11/2017 no ho especifica, modifica les normes de tramitació del judici sumaríssim. Cal destacar, per exemple, que no era necessari que l'encausat fos sorprès *in fraganti*, cosa que permetia, llavors, la mera denúncia com a inici del procediment.

El Decret número 55, d'1 de novembre de 1936,⁸⁰ regula la planta judicial dels consells de guerra militars i les normes de procediment del judici sumaríssim.

Un altre exemple de tècnica legislativa qüestionable és la referència que fa la Llei 11/2017 a la Llei del 2 de març de 1943. La referència és simple, sense matisos ni més concrecions. Però en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE) trobem dues normes de la mateixa data i amb un contingut que pot ser inclòs en els procediments que la Llei 11/2017 vol anul·lar.

La primera és la Llei del 2 de març de 1943⁸¹ «por la que se modifican los artículos del Código de Justicia militar y del Penal de la Marina de Guerra, referentes al delito de rebelión». La segona,⁸² de la mateixa data, és la Llei «por la que se equiparan al delito de rebelión militar las transgresiones de orden jurídico que tengan una manifiesta repercusión en la vida pública». No és més, doncs, que una ampliació extraordinària del delictes esmentat, ja que els supòsits ampliat no tenen una relació especial amb l'exèrcit, sinó amb la dissidència o la protesta política; ho serien, per exemple, la vaga o les manifestacions públiques.

De fet, la jurisdicció «de guerra» fou la competent per a jutjar els delictes compresos en aquestes dues normes del 2 de març de 1943 i el procediment que es feu servir fou el judici sumaríssim.⁸³

77. BOE, núm. 3 (30 juliol 1936).

78. Que estableix en l'apartat sisè del mateix Ban de 28 de juliol de 1936, i, per tant, el mateix Ban modifica el Codi penal vigent.

79. BOE, núm. 15 (4 setembre 1936).

80. BOE, núm. 22 (5 novembre 1936).

81. BOE, núm. 75 (16 març 1943).

82. Apareix a continuació de l'anterior en el BOE, núm. 75 (16 març 1943). Concretament, el tipus penal del delictes de rebel·lió s'amplia a: «Primero. Los que propalen noticias falsas o tendenciosas con el fin de causar trastornos de orden público interior, conflictos internacionales o desprestigio del Estado, Ejércitos o Autoridades. Segundo. Los que conspiren por cualquier medio o tomen parte en reuniones, conferencias o manifestaciones con los mismos fines expresados en el apartado anterior. Tercero. Los que sin licencia ni justificación posean armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas. Cuarto. Los que realicen actos con propósito de interrumpir o perturbar los servicios de carácter público o las vías y medios de comunicación o transporte. Podrán también tener este carácter los planteos, huelgas, sabotajes, uniones de productores y demás actos análogos cuando persigan un fin político y causen graves trastornos al Orden Público. Quinto. Los que atenten contra las personas o causen daños a la propiedad, por móviles políticos, sociales o terroristas, cualquiera que sea el resultado y consecuencia de estos hechos».

83. De fet, l'article 2 d'aquesta segona norma remet a les normes del judici sumaríssim establertes en

Esmentar aquestes dues normes de manera més concreta hauria estat millor i d'una tècnica legislativa de major qualitat, més depurada.

La norma següent que assenyalava la disposició final primera és la Llei del 18 d'abril de 1947, tot i que hauria d'haver-se especificat com a Decret llei de 18 d'abril de 1947,⁸⁴ «sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo». Aquesta norma determina la competència de la jurisdicció militar per a l'enjudiciament dels delictes que estableix, d'acord amb el judici sumaríssim.

Després, la disposició final primera remet al Decret 1794/1960, de 21 de setembre,⁸⁵ que unifica la Llei del 2 de març de 1943 i el Decret llei del 18 d'abril de 1947, esmentats més amunt, que també reserva per a la jurisdicció militar la tramitació de les causes pels delictes que considera.

L'última remissió de la disposició final primera és al Decret llei 10/1975, de 26 d'agost, sobre prevenció del terrorisme,⁸⁶ que també atorgava la competència a la jurisdicció militar per a alguns delictes (art. 11*b*) que es tramitarien pel procediment sumaríssim (art. 12).

La determinació d'aquest element objectiu, les normes de tramitació, per a establir la nul·litat de les sentències, ens porta a entendre que la resta de sentències dictades pels tribunals militars no han estat declarades nul·les: només ho han estat les dictades en expedients tramitats per les normes esmentades. Creiem que eliminar l'element subjectiu del condemnat podria portar problemes i deixar algunes víctimes sense «reparació jurídica».

c) La disposició final segona detalla la facultat de l'Arxiu Nacional de Catalunya perquè «actualitzi la llista, si té coneixement, per qualsevol causa, de l'existència de processos que no s'esmenten en l'apartat 1 per no haver-se'n conservat testimoni en l'arxiu dels tribunals militars a Catalunya». És a dir, ens podem trobar amb processos tramitats als tribunals militars de Catalunya basant-se en les normes franquistes esmentades, l'expedient dels quals no es conservi en els arxius militars catalans.

Si el punt de connexió entre el Parlament de Catalunya (en la Llei 1/2017) i la declaració de nul·litat de les sentències és que els tribunals militars haguessin actuat a Catalunya (basant-se en unes determinades normes, i no en unes altres), això ens crea un altre dubte: quina competència té el Parlament de Catalunya que li permeti declarar la nul·litat d'aquestes sentències dels tribunals militars que van actuar a Catalunya?

El cert és que la norma no ho diu. Qui té la competència per a declarar la nul·litat d'una sentència? Entenem que la competència sobre l'Administració de Justícia que té la Generalitat de Catalunya (capítol III del títol III de l'EAC, art. 95 i seg.) no considera

el Decret de 6 de novembre de 1942, tot i que la Llei 11/2017 no esmenta aquest decret. Però entenem que la remissió al Decret s'ha d'entendre feta a la Llei de 6 de novembre de 1942, «por la que se dispone la simplificación de trámites en las causas derivadas del Alzamiento Nacional»; BOE, núm. 329 (25 novembre 1942), que venia a suprimir el tràmit de consulta a l'autoritat judicial per als assumptes de la jurisdicció militar i anava directament a l'Auditoria de Guerra, la qual resolva tots els tràmits i incidents.

84. BOE, núm. 126 (6 maig 1947).

85. BOE, núm. 231 (26 setembre 1960).

86. BOE, núm. 205 (27 agost 1975).

aquesta possibilitat, ja que, com se sap, la competència sobre l'Administració de Justícia que tenen el Parlament i la Generalitat està més enfocada a la gestió dels recursos econòmics, materials i humans que permeten l'exercici de la potestat jurisdiccional.⁸⁷

A més, i aquest detall és molt rellevant, la nul·litat de les sentències penals està regulada en els articles 954 i següents de la Llei d'enjudiciament criminal, articles als quals remetent els articles 328 i següents de la Llei orgànica 2/1989, processal militar, per a la nul·litat de les sentències dictades per tribunals militars.⁸⁸

Per tant, per a aconseguir la nul·litat d'una sentència d'un tribunal militar caldria seguir els passos procedimentals oportuns. I si es volgués dictar una norma a aquest efecte, caldria respectar la distribució competencial per a evitar el risc d'inconstitucionalitat de la norma.

d) I aquí és on entra en joc la Llei 52/2007, de 26 de desembre, anomenada de memòria històrica,⁸⁹ norma que no explicita cap mena de declaració de nul·litat de les sentències franquistes.⁹⁰ Ans al contrari, opta per «crear» un nou concepte quan declara (art. 3.3):

[...] se declaran ilegítimas, por vicios de forma y fondo, las condenas y sanciones dictadas por motivos políticos, ideológicos o de creencia por cualesquiera tribunales u órganos penales o administrativos durante la Dictadura contra quienes defendieron la legalidad institucional anterior, pretendieron el restablecimiento de un régimen democrático en España o intentaron vivir conforme a opciones amparadas por derechos y libertades hoy reconocidos por la Constitución.

L'efecte jurídic d'aquesta declaració d'il·legítimitat no és el mateix que el de la nul·litat d'una sentència,⁹¹ si bé el Decret del fiscal general de l'Estat de 5 d'abril de 2010, dictat en el procediment per a resoldre la nul·litat de la sentència que condemnà a mort el president Lluís Companys i Jover, entén que l'aplicació de la Llei de la memòria històrica va significar «la carencia actual de vigència jurídica» de les sentències declarades il·legítimes, és a dir, la seva desaparició de l'ordenament jurídic. Aquesta posició va ser reiterada per la Interlocutòria de 21 de febrer de 2011 de la Sala Militar Cinquena del Tribunal Suprem, que postula que la carencia de vigència jurídica i la consegüent desaparició de la sentència impliquen la pèrdua d'objecte del procediment de revisió i nul·litat de la sentència i, per tant, la seva desestimació.

Així, per aplicació de la Llei de la memòria històrica, les sentències dictades pels consells de guerra van ser declarades il·legítimes, van desaparèixer de l'ordenament jurídic

87. Vegeu una crítica d'aquesta limitació competencial respecte a l'Administració de Justícia en la interessant aportació d'Albert CAPELLERAS GONZÁLEZ, «Competències autonòmiques en matèria de justícia: estat de la qüestió», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 19 (2014).

88. Vegeu Daniel VALLÈS MUÑO, «El TEDH no cuestiona la Ley de la Memoria Histórica, pero podría. Comentario de la STEDH de 4 de noviembre de 2014, caso Ruiz-Funes contra España», *InDret*, núm. 4/2015 (octubre 2015), p. 11 i seg.

89. BOE, núm. 310 (28 desembre 2007).

90. Daniel VALLÈS MUÑO, *Las reparaciones económicas por los daños derivados de la Guerra Civil Española y del franquismo*, p. 249 i seg.

91. Daniel VALLÈS MUÑO, «El TEDH no cuestiona la Ley de la Memoria Histórica», p. 9 i seg.

i el procediment de la seva nul·litat va perdre el seu objecte: no es pot anul·lar res, ja que no existeix res.

Si això és cert, quina virtualitat té la declaració de nul·litat de la Llei 11/2017? Quins efectes ha de tenir la declaració de nul·litat de la llei catalana, si aquestes sentències ja no existien en l'ordenament jurídic, segons la Llei de la memòria històrica?

d) I, finalment, si veritablement es volia donar contingut a la declaració de nul·litat mitjançant la Llei 11/2017, per què aquesta norma incompleix, igual que la Llei de la memòria històrica, l'article 3 del protocol 7 del Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, en vigor des de l'1 de desembre de 2009?⁹²

Aquest article 3 concreta:

Quando una sentencia penal condenatoria firme resulte posteriormente anulada o se conceda una medida de gracia porque un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial, la persona que haya sufrido la pena en virtud de esa condena será indemnizada conforme a la ley o al uso vigente en el Estado respectivo, excepto cuando se pruebe que la no revelación en tiempo oportuno del hecho desconocido fuere imputable total o parcialmente a dicha persona.

Per tant, es podria entendre⁹³ que la Llei 11/2017, com que no preveu cap tipus de rescabament a favor de les víctimes de les sentències que anul·la, incompleix l'ordenament jurídic o, com a mínim, l'article transcrit del conveni esmentat.

Si tot això anterior es pogués acceptar i la Llei 11/2017 fos més que qüestionable, caldria plantejar-se si la declaració de nul·litat de les sentències dictades pels consells de guerra a Catalunya realitzada per la Llei 11/2017 no és més que una banalització del concepte de *nul·litat d'una sentència* i si aquesta nul·litat no és més que una reparació moral, materialitzada en un certificat conforme s'ha anul·lat la sentència, emès a favor dels familiars de la víctima per la Generalitat de Catalunya.

Finalment, cal tenir present que l'Arxiu Nacional de Catalunya publica una llista⁹⁴ de les persones que van ser condemnades prenent com a base els criteris de la Llei 11/2017, per tal que aquestes o els seus descendents puguin sol·licitar un document de «reparació jurídica», és a dir, un certificat emès per la Generalitat de Catalunya on es concreta que la sentència per la qual la persona en qüestió va ser condemnada ha estat anul·lada en virtut de la Llei 11/2017. Però res més: com hem dit, cap indemnització, cap restitució de béns, etcètera.

L'1 de juliol de 2020 la llista de l'Arxiu Nacional de Catalunya, fruit d'un buidatge i un tractament arxivístic ingent, consta de 66.644 persones físiques i 15 persones jurídiques encausades.

92. BOE, núm. 249 (15 octubre 2009).

93. Sobre les possibilitats interpretatives de l'article 3 del protocol 7, vegeu Daniel VALLÈS MUÑO, «El TEDH no cuestiona la Ley de la Memoria Histórica», p. 13 i seg.

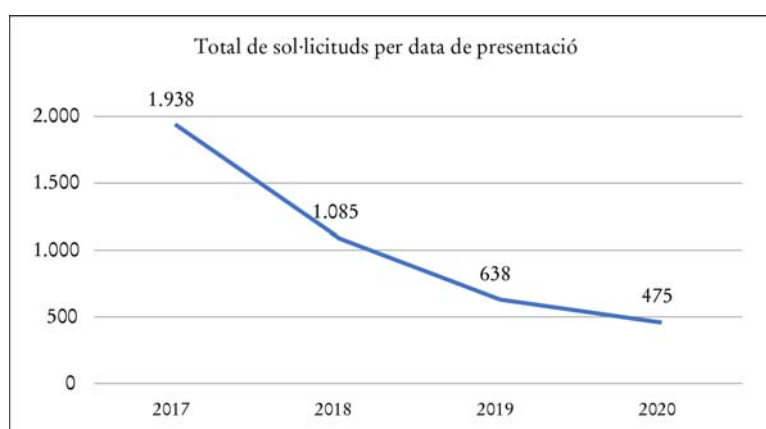
94. ARXIU NACIONAL DE CATALUNYA, *Llei 11/2017, del 4 de juliol, de reparació jurídica de les víctimes del franquisme. Llista de procediments judicials militars: 66.643 persones físiques i 15 jurídiques. Darrera actualització 01/01/2022*, <http://anc.gencat.cat/web/.content/anc/noticies/Documents/20171101_actualitzacio_PC_llei_victimes.pdf> (consulta: 12 gener 2022).

De l'aplicació de la Llei 11/2017 podem extreure la informació estadística⁹⁵ següent respecte a les sol·licituds:

<i>Total de sol·licituds de documents de reparació jurídica de les víctimes del franquisme (30 de juny de 2020)</i>						
	2017	2018	2019	2020	Total acumulat	Percentatge total
<i>Total de sol·licituds per data de presentació</i>	1.938	1.085	638	475	4.136	100 %
<i>Punts de recepció sol·licitats</i>						
<i>Correu electrònic</i>	1.292	816	355	431	2.894	70 %
<i>Presencialment a l'Oficina d'Atenció Ciutadana de Barcelona</i>	414	105	199	27	745	18 %
<i>Presencialment a l'Oficina d'Atenció Ciutadana de Girona</i>	55	127	70	12	264	6,4 %
<i>Presencialment a l'Oficina d'Atenció Ciutadana de Lleida</i>	73	21	8	0	102	2,5 %
<i>Presencialment a l'Oficina d'Atenció Ciutadana de Tarragona</i>	92	12	4	3	111	2,7 %
<i>Presencialment a l'Oficina d'Atenció Ciutadana de Tortosa</i>	12	4	2	2	20	0,5 %

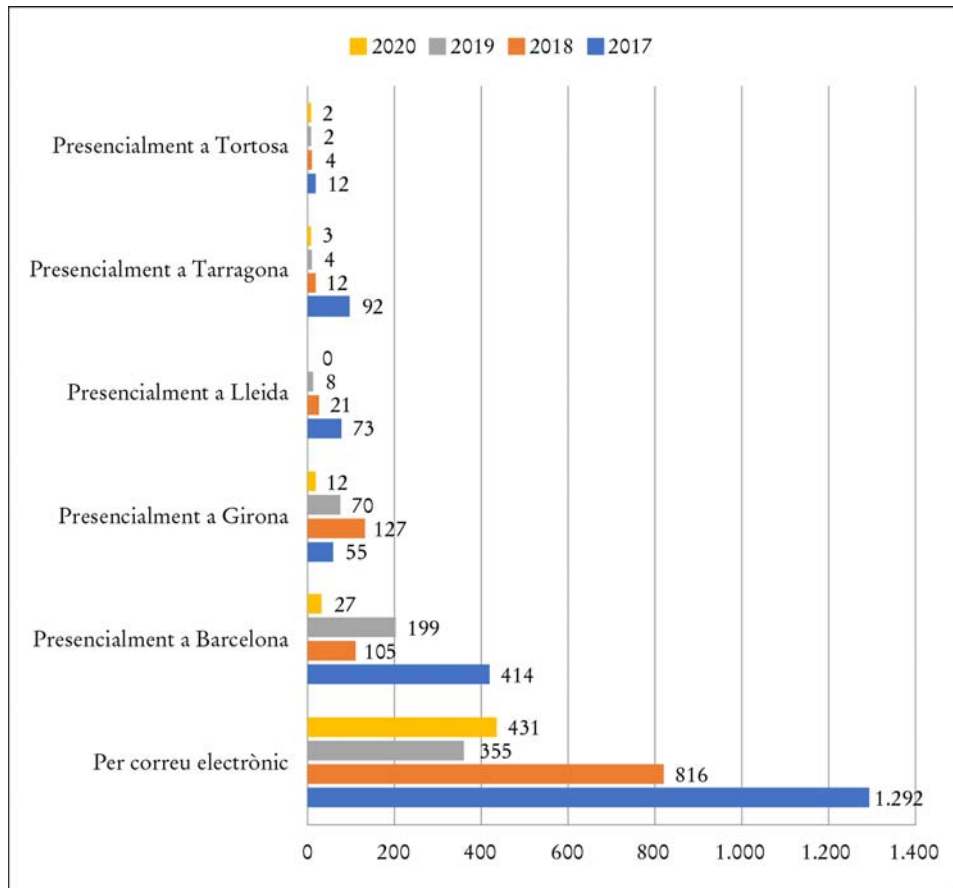
I a partir d'aquestes dades veiem:

— Un gran interès per l'aplicació de la Llei 11/2017 durant el primer any, que disminueix amb el pas de temps.



95. GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Reparació jurídica de les víctimes del franquisme*, <<http://justicia.gencat.cat/ca/departament/Estadistiques/reparaciojuridica/>> (consulta: 12 gener 2022).

— Una clara preponderància de les sol·licituds presentades a la província de Barcelona respecte de les presentades a la resta del territori català:



— Però, sobretot, existeix una gran majoria de sol·licituds tramitades remeses per correu electrònic. De fet, són el 70% del total de sol·licituds.

Segons una notícia publicada pel mateix Departament de Justícia el 13 d'agost de 2020, s'han expedit 4.136 documents de nul·litat de judicis i consells de guerra. És a dir, totes les sol·licituds han estat ateses i el document de nul·litat de la sentència ha estat emès per la Generalitat de Catalunya.

Si tenim en compte que el nombre de persones físiques encausades que consten en la llista de l'Arxiu Nacional de Catalunya és 66.644 i el nombre de documents de nul·litat és 4.136, només el 6,2% dels encausats o dels seus familiars ha obtingut el certificat de nul·litat corresponent.

Ens podem preguntar si aquest percentatge és prou alt o prou significatiu i els motius pels quals és tan escàs: la mort dels encausats el 2017, la ignorància dels familiars de l'existència de la Llei, el fet que l'encausat o els seus familiars no visquin a Catalunya i no tinguin coneixement de la Llei 11/2017, etcètera.

8. L'AVANTPROJECTE DE LLEI INTEGRAL DE LA MEMÒRIA DEMOCRÀTICA DE CATALUNYA

El setembre de 2018 el Departament de Justícia va iniciar la consulta pública de la memòria preliminar per a l'Avantprojecte de llei integral de memòria democràtica de Catalunya.⁹⁶

El text de la memòria preliminar és molt interessant per a comprovar si el Govern de la Generalitat de Catalunya ha pres consciència de les mancances i les possibles millores de la normativa catalana sobre justícia transicional.

En la memòria es constata que Catalunya «no té una llei de memòria democràtica global» i que d'aquí sorgeix la «necessitat de disposar d'un instrument que reguli adequadament aquest àmbit».

De fet, mostra l'errònia dispersió normativa: esmenta la Llei 13/2007, del 31 d'octubre, del Memorial Democràtic, la Llei 10/2009, del 30 de juny, sobre la localització i la identificació de les persones desaparegudes durant la Guerra Civil i la dictadura franquista, i la dignificació de les fosses comunes, i la Llei 11/2017, del 4 de juliol, de reparació jurídica de les víctimes del franquisme; a més de les indemnitzacions a expresos polítics pel temps passat privats de llibertat, la creació del Consorci Memorial dels Espais de la Batalla de l'Ebre (COMEBE) i el Consorci del Museu Memorial de l'Exili (MUME), i l'Ordre IRP/91/2010, de 18 de febrer, per la qual es crea la Xarxa d'Espais de Memòria Democràtica de Catalunya.

La memòria preliminar identifica els següents problemes jurídics que haurà de solucionar la futura Llei integral de memòria democràtica de Catalunya:

a) El reconeixement de nous grups de víctimes, com els nadons robats (entenem que durant el franquisme, tot i que no ho explicita) o els expresos polítics que no entren dins la normativa actual.

Però no esmenta les dones republicanes com a col·lectiu que va patir una doble victimització: com a dones i com a republicanes o parelles de republicans. Sí que remarca la necessitat de regular amb perspectiva de gènere, de manera que permeti «recuperar la condició de subjecte actiu de les dones i la seva participació en el procés de formació de la societat».

Per altra banda, esmenta breument la repressió del col·lectiu de les persones lesbianes, gais, trans, bisexuals i intersexuals (LGTBI) durant el franquisme, la seva condició de víctimes i la necessitat d'elaborar una normativa de reparació de la seva repressió.⁹⁷ El mateix passa amb els exiliats en camps de concentració francesos, «que no tenen cap suport ni reconeixement efectiu». El problema, en aquest últim cas, serà anar més enllà d'un simple

96. GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, <http://memoria.gencat.cat/web/.content/00_institucio/MPDH/Normativa_tramit/180912_Text_informacio_publica.pdf> (consulta: 12 gener 2022).

97. Caldrà tenir present que les persones privades de llibertat per la seva condició d'homosexuals van rebre una indemnització econòmica en funció del temps de privació de llibertat, en aplicació de la disposició addicional divuitena de la Llei 2/2008, de 23 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per al 2009 (BOE, núm. 309 [24 desembre 2009]). Vegeu una crítica sobre aquesta regulació a Daniel VALLÈS MUÑO, *Las reparaciones económicas por los daños derivados de la Guerra Civil Española y del franquismo*, p. 293 i seg.

reconeixement simbòlic i passar al rescabament del dany patit per les persones exiliades; així, serà bo comprovar si el Parlament de Catalunya veu avaluable econòmicament l'exili com a tal i si és susceptible de ser rescabament amb fons públics.

Tampoc no té en compte les persones físiques víctimes de confiscacions, la prescripció de les quals ha impedit el seu rescabament. Per què no es pot habilitar algun tipus de procés de rescabament d'aquestes confiscacions de béns contra particulars?

b) La necessitat de «coordinar una política pública global d'accés a la informació que faciliti la tasca de recerca de persones desaparegudes». Però també l'accés a les dades dels béns confiscats.

Per exemple, caldria que la futura norma contingüés alguna previsió per a fer accessibles les dades històriques que consten als registres de la Propietat. Actualment aquestes dades no són públiques i els registradors no permeten la seva consulta ni a particulars ni a investigadors.

c) La necessitat de desplegar «juntament amb el Departament d'Ensenyament i els organismes que correspongui, una política educativa que, tot fent memòria dels fets recents de la nostra història, transmeti a les generacions més joves les conseqüències dels conflictes armats».

Caldria esbrinar si aquests continguts no es donen ja en els recorreguts curriculars escolars o universitaris. A més, també faria falta comprovar les competències del Parlament de Catalunya per a concretar els continguts curriculars i fins a quin punt de concreció això es pot fer sens perjudici de l'autonomia docent.

A més, seria molt bo habilitar espais de formació del personal docent en justícia transicional i de memòria, i no deixar-los sols en la seva formació en aquests continguts.

Segons el Departament de Justícia mateix, es van fer vint-i-vuit aportacions⁹⁸ a la memòria per part de vint-i-una persones, i d'això conclou, de manera més que sorprenent, «un gran interès en els temes de memòria i en la contribució a la millora del marc jurídic i, en definitiva, de les polítiques de memòria».

Caldrà esperar a la presentació del projecte de llei i a la seva tramitació al Parlament per a comprovar si la voluntat del Govern de Generalitat de Catalunya d'esmenar les deficiències normatives és real o bé mer voluntarisme.

9. LLEI 16/2020, SOBRE DESAPARICIÓ FORÇADA DE MENORS

El número 8303 del *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* (DOGC), del 24 de desembre de 2020, va publicar la Llei 16/2020, del 22 de desembre, de la desaparició forçada de menors a Catalunya (LDFM).

98. GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE JUSTÍCIA, *Informe de resultats de la consulta pública prèvia a l'Avantprojecte de llei integral de la memòria democràtica de Catalunya*, <https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/529/informe_retorn.pdf> (consulta: 12 gener 2022).

En el seu extens preàmbul, la Llei qualifica la desaparició forçada de menors a les presons de dones durant la Guerra Civil i el franquisme com «una pràctica sistemàtica i generalitzada».

Continua explicant que, a partir de la importació de les doctrines psiquiàtriques nazis per part de les autoritats franquistes, es va establir la metodologia de separar les mares empresonades dels seus fills «perquè aquests no fossin contagiats en llur educació per la ideologia antipatriòtica de les mares». A més, la Llei atorga un paper rellevant a l'Església catòlica⁹⁹ en el procediment de sostracció i canvi de nom dels menors fills de mares empresonades.

També s'esmenten adopcions irregulars d'infants després de catàstrofes naturals, com la riuada del Vallès del 1962 o les nevades del mateix any a Barcelona.

Finalment, el preàmbul detalla de manera més que correcta els canvis normatius que, ja en democràcia, van impedir la continuació de les sostraccions de menors. Però la fi d'aquestes situacions no ha significat l'efectivitat de la investigació de la identitat real de menors, ja que, en els casos en què es deia a la mare que el seu fill havia mort en el part, les denúncies per a esbrinar què va passar han estat arxivades penalment.

A partir de la constatació que «les actuacions dutes a terme fins ara no han estat suficients per a abordar aquest problema des d'una perspectiva integral i reparadora», el preàmbul expressa la necessitat de promulgar aquesta norma.

En primer lloc, serà interessant veure com es defineix el concepte de *víctima*, i després analitzarem quins són els fins de la norma i com els concreta.

La LDFM innova jurídicament quan divideix les víctimes de la desaparició forçada de menors en directes i indirectes (art. 2). Les primeres poden ser de quatre tipologies. Vegem quines són i quins problemes poden implicar les seves definicions:

- a) Les persones que tenen sospites, fonamentades en qualsevol indici documental, pericial, testifical o de qualsevol índole, d'haver estat objecte directe d'una sostracció forçada de llur família d'origen i substituïda llur identitat biològica veritable.
- b) Les mares i els pares biològics que tenen sospites, fonamentades en qualsevol indici documental, pericial, testifical o de qualsevol índole, que llur fill ha estat objecte de sostracció i substituïda la seva identitat biològica veritable.
- c) Les mares biològiques que foren objecte de coacció o abús de superioritat en el consentiment per a la renúncia i l'adopció posterior.
- d) Les mares biològiques que es van acollir a un part anònim (art. 2.1 LDFM).

99. El paràgraf del preàmbul que fa referència a l'Església catòlica és el següent: «Franco va comptar amb la conformitat de l'Església catòlica, que considerava la Guerra com una croada d'alliberament nacional. La presó, la caserna, el manicomi, l'escola i el púlpit foren els dominis de clergues, monges, militars i psiquiatres seguidors d'uns mètodes nazis que els franquistes, amb l'experiència heretada de segles inquisitorials, van desenvolupar a la perfecció. L'ur finalitat era dominar la població». Un dels dubtes que deriven d'aquestes paraules és si és correcte fer aquest tipus de manifestacions històriques en un preàmbul. Sense més detalls ni desenvolupament, qualificar la Inquisició Espanyola, com a herència sociocultural del franquisme, d'ajuda per a aplicar els mètodes psiquiàtrics nazis, es podria posar en qüestió.

Un detall que apuntem: com es pot acreditar la condició de víctima? És bàsic partir del fet que aquesta condició implica l'atorgament de determinats drets (per exemple, el dret a la veritat) per part de la norma. Però, ¿com pot la víctima, per exemple una mare, acreditar que va ser «objecte de coacció o abús de superioritat en el consentiment per a la renúncia i l'adopció posterior», si no ha existit una condemna penal?

O, de manera similar, ¿valdria la mera manifestació de la persona que té «sospites» fonamentades en indicis «de qualsevol índole», «d'haver estat objecte directe d'una sostracció forçada de llur família»? Perquè resulta obvi que hem de partir de la premissa que aquesta persona no tindrà proves per a acreditar directament la sostracció (si no, la norma perd el sentit).

Cal retenir aquesta dificultat probatòria de la condició de víctima, sobretot quan s'expliquin els drets que la Llei els atorga.

Respecte a l'anomenat «part anònim», en aquesta pràctica hospitalària es fa constar el terme «anònim» en l'apartat de la identitat de la mare, quan aquesta així ho sol·licita en el moment de donar a llum.¹⁰⁰ Però, com tothom sap, aquesta pràctica fou erradicada de l'ordenament jurídic espanyol, en un primer moment, per la STS de 21 de setembre de 1999, que declarà inconstitucionals els articles del Reglament del Registre Civil que la permetien, i després s'ha desenvolupat normativament el dret dels fills a conèixer la seva identitat biològica.¹⁰¹ Tot i així, la voluntat de la mare de conservar el seu anonimat ha quedat en un llimb jurídic.

L'apartat 2 del mateix article 2 LDFM determina els supòsits de «víctimes indirectes de la desaparició forçada de menors»:

a) Les persones que tenen sospites, fonamentades en qualsevol indici documental, pericial, testifical o de qualsevol índole, d'ésser familiars propers fins al tercer grau i, en casos particulars, com els del període de la Guerra Civil i la primera postguerra, fins al quart grau, d'una persona objecte d'una sostracció forçada.

b) Els progenitors adoptius que acreditin que foren víctimes de frau o engany en el procés d'adopció de persones identificades com a víctimes segons l'apartat 1.

I, finalment, l'apartat 3 de l'article 2 LDFM estableix «la condició de desapareguts»:

[...] tots els menors suposadament morts dels quals no consta inscripció en el Registre Civil o que no tenen entrada al cementiri pertinent, especialment els morts oficialment abans de les vint-i-quatre hores del naixement i, per tant, considerats fetus per la llei vigent fins al 2011.

I, a més, concreta que també tenen la consideració de víctimes (presumim que indirectes, tot i que no es diu textualment) «els familiars fins al tercer grau d'aquests desapareguts».

100. Cécile NICOD, «El parto anónimo: una facultad más que un derecho, intereses contrapuestos a conciliar», *Cronista del Estado Democrático y de Derecho*, núm. 61-62 (2016), p. 68.

101. Sobre això vegeu, per exemple, Francisco J. RODRÍGUEZ PONTÓN, «La maternidad anónima y la dignidad de la mujer. Algunos apuntes específicos desde el derecho público», *Cronista del Estado Democrático y de Derecho*, núm. 61-62 (2016), p. 78 i seg.

Però el que no té gaire sentit és crear diferents categories de víctimes si la diferenciació no implica que un tipus de víctima gaudeixi de diferents drets que un altre tipus. I ja veurem que la norma no crea drets específics per a les diferents tipologies de víctimes.

En l'article 1 es concreten l'objecte i la finalitat de la norma:

Aquesta llei té per objecte proporcionar els instruments normatius i els recursos necessaris per al reconeixement i l'efectivitat del dret a la veritat, la justícia, la reparació i les garanties de no repetició de les víctimes en els casos de desaparició forçada de menors o d'apropiació de menors, amb la consegüent substitució d'identitat [...] en atenció a les obligacions concretes per l'Estat espanyol en la Declaració universal de drets humans de l'Organització de les Nacions Unides, el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, la Convenció sobre els drets de l'infant i la Convenció internacional per a la protecció de totes les persones contra les desaparicions forçades, i altres normes internacionals aplicables.

Per tant, la norma «crea» quatre tipus de drets: el dret a la veritat, el dret a la tutela judicial, el dret a la reparació i el dret a les garanties de no repetició. Vegem-los.

a) El dret a la veritat: resulta que, com veiem, l'anomenat *dret a la veritat* esdevé objecte de la norma, però també fi, ja que l'apartat 2 del mateix article 1 LDFM l'estableix com a tal. És un dels fins de la norma: «a) La recerca de la veritat sobre els fets ocorreguts, amb l'anàlisi acurada de les causes polítiques, sociològiques, econòmiques i antropològiques que els van fer possibles».

Aquest «dret a la veritat» es desenvolupa en l'article 3 LDFM, però, de fet, es concreta en el dret dels subjectes i les institucions obligats per la llei, a «accedir a la documentació que els pugui ésser d'interès i que es trobi en els arxius i registres» (art. 3.1 LDFM); és a dir, per exemple, el Registre Civil, les administracions públiques de Catalunya, els centres hospitalaris públics i privats, els «arxius de salut, assistència social, judicials, militars i històrics de titularitat pública», els cossos de seguretat, els arxius eclesiàstics, els hospicis, etcètera.

De la lletra de la norma (art. 3.1 LDFM) es desprèn que les víctimes (d'ambdós tipus) poden consultar i obtenir una còpia gratuïta (art. 3.2 LDFM) de la documentació «que els pugui ésser d'interès», però no es limita que aquest interès estigui o no directament relacionat amb la seva filiació o amb la filiació del seu fill.

Per tant, ¿cal entendre aquest «dret a la veritat» de manera extensiva i permetre que qualsevol persona que sigui entesa com a víctima, segons aquesta norma (arg. *ex art.* 2 LDFM), pugui consultar i obtenir una còpia gratuïta de qualsevol tipus de document dels arxius esmentats?

¿O, per contra, hem d'interpretar aquest «dret a la veritat» de manera restrictiva i entendre que l'interès ha d'estar relacionat amb la condició de víctima d'una desaparició forçada de menors?

En aquest últim cas, qui ha de ser la persona que valori la idoneïtat de l'interès de la víctima en la consulta i l'obtenció de còpies d'una determinada documentació? ¿L'arxivera o l'arxiver encarregat de l'arxiu al qual la víctima sol·licita la consulta? I, també, ¿aquesta

persona haurà igualment de valorar la condició de víctima del sol·licitant d'informació?

Això no és superflu, ja que estem davant de situacions en què la persona sol·licitant (la víctima) té escassos mitjans de prova de la seva condició de víctima. Així, ¿és correcte deixar en mans de l'arxivera o l'arxiver plantejar *a*) si el sol·licitant té la condició de víctima *ex lege* i *b*) si la seva sol·licitud entra dins aquest «interès» relacionat amb la seva (suposada) «sostracció forçada de llur família d'origen i substituïda llur identitat biològica veritable»? ¿És funció de les arxiveres i els arxivers fer aquest judici subjectiu?

Creiem que aquesta regulació del «dret a la veritat» no està exempta de problemes, entre els quals cal destacar la creació d'incentius a les arxiveres i els arxivers encarregats de decidir l'entrega o no de la documentació sol·licitada per la víctima. Concretament, l'article 3.11 LDFM estableix sancions administratives per a les persones que incompleixin, per exemple, l'obligació de facilitar la consulta o l'entrega de còpies de la documentació sol·licitada, «sens perjudici de la possible responsabilitat penal». Quina conducta tindrà el responsable d'un arxiu davant una sol·licitud de documentació, a l'empara d'aquesta norma? Doncs, segurament, davant el risc de sanció, permetrà la consulta de la documentació i entendrà de manera extensa el concepte d'*interès de la víctima*, que hem esmentat abans.

Respecte a si cal interpretar àmpliament o restrictiva el dret a la veritat de les víctimes, l'apartat 8 d'aquest article 3 LDFM ens dona una pista:

Els metges, els lletrats o qualsevol altre professional que per qualsevol circumstància tinguin en llur poder dades de les víctimes i de llurs familiars cercats tenen l'obligació de cedir-les als òrgans competents en tot el que no estigui cobert pel secret professional, que cal interpretar de manera restrictiva i amb la ponderació obligada amb relació al dret a la investigació de les relacions paternofilials.

És a dir, interpretar de manera restrictiva el secret professional i obligar els professionals a entregar documentació pot significar que cal interpretar de manera extensiva el dret a la veritat de les víctimes: la interpretació restrictiva d'un dret implica la interpretació extensiva de l'altre.

Un altre dels problemes de la regulació del dret a la veritat és el que consta en l'apartat 7 d'aquest article 3 LDFM, on es declara que tant els arxius públics com els privats

[...] són susceptibles d'ésser investigats si declaren que la informació demanada sobre naixements, bateigs, defuncions, avortaments, inhumacions, exhumacions i reduccions de restes, cremacions, adopcions, tuteles i altres fets que afecten el naixement i l'extinció de la personalitat i la determinació i modificació de les relacions paternofilials, que s'ha de conservar en els arxius, no existeix.

Però, qui ha d'investigar aquests arxius o aquestes institucions? ¿Ho ha de fer el Cos de Mossos d'Esquadra? ¿O bé un cos d'inspectors creat *ad hoc*? ¿Amb quins criteris s'investigarà aquests arxius, tant els públics com els privats? Quin serà el procediment d'investigació? ¿Només s'investigaran en el cas que aquests arxius diguin que la informació sol·licitada «no

existeix», i, en canvi, no ho seran si manifesten que la documentació s'ha perdut, s'ha cremat o no s'ha catalogat?

I aquí hem de tornar a l'apartat 11 de l'article 3 LDFM, que estableix que l'incompliment de les obligacions creades per aquest article serà sancionat administrativament, sens perjudici de la responsabilitat penal. Resulta curiós, tot i així, que la norma remeti a una futura regulació de les infraccions i les sancions: «[...] les infraccions i les sancions aplicables s'han de determinar per llei». Per què no ho fa la mateixa norma? Des del punt de vista de la tècnica legislativa, creiem que és més correcte que sigui la mateixa llei que crea les obligacions que s'han de complir, la que estableixi les infraccions d'aquestes obligacions, així com les sancions derivades d'aquestes infraccions.¹⁰²

El silenci de la LDFM respecte a les infraccions de les obligacions que estableix significa que aquestes, òbviament, perden vinculatorietat: intuïm que la probabilitat que un obligat per la llei la incompleixi serà major en el cas que les infraccions i les sancions no estiguin encara tipificades; i el compliment de les obligacions de la norma (via la seva coercivitat) serà major si la mateixa norma ja estableix les infraccions i sancions corresponents.

La intuïció anterior sobre la probabilitat de l'incompliment d'una norma sense infraccions o sancions està modalitzada pel principi de tipicitat (art. 25.1 CE) respecte a les sancions administratives.

Seria molt interessant avaluar el compliment d'aquesta norma pels obligats, encara que no existeixin infraccions i sancions per al seu incompliment.

No és difícil entendre que existeixen persones obligades per la norma, que la compliran encara que no tinguin associades ni infraccions ni incompliments.¹⁰³ I també hi ha grups que la incompliran tot i que existeixin aquestes dues figures. Podríem argumentar que hi ha un tercer grup l'incompliment del qual pot dependre d'una simple avaluació en termes de cost-benefici de la sanció per la infracció de la norma.

Però, en aquest cas i fins que una altra llei no reguli les infraccions i les sancions en qüestió, el compliment de la LDFM es deixa a la voluntat de la persona obligada i, si escau, a la seva percepció d'un possible càstig social derivat de l'incompliment de la norma. A més,

102. Respecte a aquesta qüestió, vegeu PARLAMENT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT D'ASSESSORAMENT LINGÜÍSTIC, *Llibre d'estil de les lleis i altres textos del Parlament de Catalunya*, p. 39, on es parla de l'estructura i la forma de les lleis, i p. 53 i seg., on es comenta la forma en què s'ha de redactar el règim sancionador.

103. Vegeu, per exemple, Luis V. OCEJA, José M. FERNÁNDEZ-DOLS, Angélica GONZÁLEZ, Isabel JIMÉNEZ i Jaime BERENGUER, «¿Por qué cumplimos las normas? Un análisis psicosocial del concepto de legitimidad», *International Journal of Social Psychology*, vol. 16, núm. 1 (2001), p. 38, on expliquen que, a partir del seu experiment, les variables defensades per la teoria de la dissuasió (per exemple, probabilitat de càstig, desaprovació social, etc.) no van tenir un efecte predictiu determinant respecte al compliment o no de la norma. Vegeu, també, l'interessant treball d'Ana Belén GÓMEZ BELLVÍS, «Crónica de una ineficacia anunciada: un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual», *InDret*, núm. 1/2019, p. 2 i seg., on fa un resum molt entenedor de la bibliografia acadèmica existent sobre l'eficàcia de les normes i el càstig o la sanció, sobretot en l'àmbit de la propietat intel·lectual. De fet, explica que la sanció i la seva severitat tenen un impacte limitat en la conducta real del potencial infractor, però la manifestació de l'amenaça de sanció sí que té un cert impacte.

no és irrellevant qualificar aquest *càstig social* de limitat, de la mateixa manera que ho serà la creació del seu incentiu per a complir la norma: dubtem molt que el compliment o no de la LDFM s'expliqui als mitjans de comunicació, que una part important de la ciutadania estigui alerta sobre aquest fet i, per tant, que la percepció de la persona incomplidora del «càstig social» sigui prou forta per a incentivar-la a complir la norma. És a dir, la «influència social» en la conducta del potencial infractor serà molt limitada.¹⁰⁴

En conclusió, les infraccions de les obligacions de la LDFM sobre el dret a la veritat queden sense sancions fins que una llei les aprovi i, per tant, la materialització del dret a la veritat només serà fruit de la voluntat dels obligats a complir les obligacions que en deriven.

b) El dret a la tutela judicial: el següent dels objectius de la norma (art. 1.1 LDFM) és l'efectivitat de la «justícia». L'article 4 LDFM regula el «dret a la tutela judicial», però barreja institucions i conceptes que no són propis de la tutela judicial, com un exemple més de mala tècnica legislativa.

Així, l'apartat 1 no tracta de cap tutela judicial, ja que estableix que el cost de «les exhumacions que siguin necessàries per a fer efectius els drets de les víctimes» serà assumit per la Generalitat de Catalunya. De manera similar, l'apartat 2 determina que «les proves que siguin necessàries per a fer efectius els drets de les víctimes s'han de dur a terme [...] sempre de manera gratuïta». I l'apartat 3 concreta que les restes exhumades que no siguin reclamades pels «qui tenen la condició d'interessats» han de tornar a ser sepultades.

No és fins a l'apartat 4 que s'esmenten les «autoritats policials i judicials», les quals «han d'assegurar sempre la cadena de custòdia de les restes exhumades» perquè puguin servir com a «prova material i pericial».

Els apartats 5 i 6 regulen l'obligació de posar a disposició d'aquestes autoritats policials i judicials la informació censal sobre naixements i defuncions d'infants entre zero i cinc anys a partir del 1936.

L'apartat 7 continua barrejant conceptes i institucions que no tenen res a veure amb la tutela judicial, en aquest cas mitjançant una declaració genèrica:

L'Administració ha de salvaguardar la seguretat i la intimitat de les víctimes contra ingerències il·legítimes i les ha de protegir d'actes d'intimidació i represàlia o de qualsevol altre acte que les pugui ofendre o denigrar.

Però, com ha de fer l'Administració aquesta tasca de salvaguarda i protecció de les víctimes? La norma no detalla cap mecanisme per a fer-ho.

Finalment, els apartats 8 i 9 es refereixen a la memòria anual que el Consell de Justícia de Catalunya i el fiscal superior de Catalunya han de presentar al Parlament, i a l'obligació que contingui la informació pertinent sobre les actuacions dutes a terme en relació amb les desaparicions forçades de menors.¹⁰⁵

104. Ana Belén GÓMEZ BELLVÍS, «Crònica de una ineficàcia anunciada», p. 4 i seg.

105. La STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 47 i 48, va entendre que l'atribució del Consell de Justícia de Catalunya de presentar memòries al Parlament (arg. ex art. 98.2b EAC) és conforme a la Constitució. Tot i així,

Per tant, no entenem en què millora la tutela judicial de les víctimes de sostracció de menors a partir de la regulació de la LDFM, a més de constatar que la tècnica legislativa emprada resulta millorable.

En aquest punt ens podríem preguntar si, atesa la distribució competencial actual entre administracions públiques, el Parlament podia haver anat més enllà en la regulació de la tutela judicial de les víctimes de sostracció de menors.

c) El dret a la reparació: tal com consta més amunt, també és un dels fins de la norma (art. 1.2c LDFM) «la reparació integral dels danys i perjudicis ocasionats a les víctimes i la identificació de llurs responsables; en especial, el record i el retiment d'homenatge a les víctimes». A aquest fi es dedica l'article 5 LDFM.

Però ens tornem a trobar amb una regulació que no innova ni crea cap dret nou per a les víctimes. Només es reiteren drets que les víctimes ja tenen. Així, en l'apartat 1 es reconeix el dret de les víctimes a conèixer i veure restituïda la seva «identitat veritable», les quals, per tant, poden realitzar «les accions de rectificació en tots els registres, documents i organismes públics o privats que calgui, amb la col·laboració de les administracions pertinents».

L'apartat 2 d'aquest article 5 LDFM també és reiteratiu: «Les víctimes tenen dret a dur a terme accions de reparació de danys i perjudicis contra les persones i les institucions responsables de la privació de llurs drets». Per tant, la LDFM no crea cap indemnització ni cap mecanisme de rescabament, sinó que només remet les víctimes a la legislació general d'accions per danys i perjudicis. I és aquí on operarien totes les institucions pròpies de l'acció de responsabilitat extracontractual: prescripció de l'acció, identificació del causant, relació de causalitat entre la conducta del causant i el dany, valoració del dany, etcètera.

Per què no es va regular algun tipus de rescabament econòmic, ni que fos simbòlic, a favor de les víctimes de la desaparició forçada de menors?

d) El dret a les garanties de no repetició: finalment, l'article 6 LDFM es dedica a la regulació de *soft law* destinat a implementar mesures «per a evitar la repetició de fets similars», com, per exemple, «campanyes d'informació i sensibilització», «exposició d'aquests fets en els programes educatius de l'ensenyament reglat», fer propostes de reforma normativa per a millorar «els procediments de gestió i verificació tendents a l'erradicació de les conductes constitutives de sostracció de menors, alteració il·lícita de l'estat civil i tràfic d'éssers humans».

El capítol III de la LDFM distingeix entre les obligacions dels poders públics (art. 7 LDFM) i les dels subjectes privats (art. 8 LDFM). Si bé el primer article esmentat torna a ser una reiteració normativa de les obligacions dels poders públics que es poden trobar en altres cossos normatius, moltes en forma de *soft law*, cal dir que és més interessant el segon dels articles esmentats, el 8. Aquest apartat es refereix als subjectes privats, que consten en l'article

el Consell de Justícia de Catalunya, tal com està regulat en l'Estatut, després de la sentència esmentada encara no s'ha constituït. Però cal tenir present que la figura del Consell de Justícia de Catalunya ja existia, d'acord amb el Decret 119/2002, de 16 d'abril, i les seves modificacions; més tard va ser substituït per l'Observatori Català de la Justícia, per mitjà del Decret 197/2009, de 22 de desembre. Sobre això, vegeu Miguel Ángel CABELLOS ESPIÉRREZ, «Los consejos de justicia en el actual proceso de reformas estatutarias y sus perspectivas de futuro», *Revista de Derecho Político*, núm 80 (2011).

2.5 LDFM: establiments sanitaris, residències, asils, congregacions, fundacions, l'Església catòlica, maternitats d'ordes religiosos, cases bressol, hospicis, orfenats, etcètera, o «qualsevol altra persona física o jurídica que s'hagi pogut veure involucrada en els fets».

En el primer apartat d'aquest article 8 s'estableix l'obligació dels subjectes privats de donar resposta a les peticions formulades per les víctimes en el termini de tres mesos des de la presentació de la sol·licitud. I en el segon apartat es concreta que, en cas de manca de resposta «o d'una resposta evasiva o incompleta, les víctimes poden presentar una demanda davant els òrgans competents de la jurisdicció civil en defensa de llur dret».

És aquí quan ens preguntem quina és la naturalesa de l'acció derivada de l'incompliment, per part dels subjectes privats, d'emplenar la sol·licitud de documentació feta per una víctima.

¿El dret a accedir a la documentació (arg. *ex art. 3 LDFM*, del dret a la veritat) crea una obligació civil privada entre la víctima i el subjecte privat? Què cal entendre per «resposta evasiva o incompleta» que doni lloc a un acció civil a favor de la víctima? ¿Serà el jutge civil el que valorarà la legitimació de la víctima tenint en compte aquesta «resposta evasiva o incompleta»? ¿O també ho farà en funció de la seva condició de víctima? ¿O del concepte «documentació que els pugui ésser d'interès», que hem comentat més amunt? Si la resposta és negativa (ni manca de resposta, ni resposta evasiva, ni incompleta), és a dir, si la víctima no té dret a rebre la informació sol·licitada, segons la valoració que en faci una arxivera o un arxiver, la víctima també tindrà acció civil contra el subjecte privat?

Com pot afectar la viabilitat d'aquesta acció, el fet que la disposició addicional sisena concreti que l'exercici dels drets continguts en la LDFM, entre els quals destaca el dret a la veritat, «s'ha d'adequar, si escau, al que estableix la legislació general de protecció de dades personals»?

Com veiem, la redacció de la norma suscita més preguntes que no pas aporta solucions.

Si anem una mica més enllà en l'articulat, el capítol IV concreta les «actuacions» que han de desenvolupar els poders públics, les quals es divideixen en dues: la creació d'una base de dades d'afectats (art. 9 LDFM) i la creació d'una base de dades d'identificadors d'ADN (art. 10 LDFM).

El capítol V de la LDFM (art. 11 LDFM) tracta sobre la creació dels òrgans competents en la matèria, que serà l'Oficina de la Víctima de la Desaparició Forçada de Menors de Catalunya, per a la configuració de la qual es remet al reglament corresponent.

La funció més destacada de l'Oficina és la del «reconeixement de la condició de víctima» als efectes de la Llei 16/2020. Per tant, entenem que, si prèviament ha sol·licitat la informació als arxius corresponents, la víctima faria bé d'obtenir el reconeixement de la seva condició.

10. CONCLUSIONS

En aquest treball hem intentat explicar i analitzar la normativa catalana sobre justícia transicional i memòria, la primera característica de la qual és la seva dispersió: trobem diverses normes de diferent rang que regulen aspectes molt concrets d'un àmbit molt més extens. Creiem que caldria que es redactés una norma integral que superés les mancances de la normativa actual, que es poden resumir en les següents:

— La dona i el col·lectiu LGTBI no s'identifiquen com a víctimes específiques de la Guerra Civil i del franquisme. És imprescindible que la normativa les identifiqui com a tals, en un exercici de la propietat performativa del dret: sens dubte, la vida és molt més que allò que apareix en el DOGC o en el BOE, però que el Parlament de Catalunya o la Generalitat estableixi formalment que aquests col·lectius tenen la qualitat de «víctima», reconeix, alhora, el seu patiment i la necessitat de la societat de rescabalar-los el dany patit. Quan una és víctima, és molt possible que no necessiti una norma que li ho digui, però sí que la societat amb la qual conviu, via una norma legal, li ho reconegui.

— És imprescindible que els familiars que han identificat i aconseguit les restes dels seus familiars desapareguts en una fossa obtinguin algun tipus de reparació econòmica, encara que sigui simbòlica, pel fet d'haver passat tants anys sense saber el destí del seu familiar.

— A més, caldria reconèixer el dret subjectiu d'aquests familiars a poder reclamar judicialment la identificació i la recuperació de les restes dels seus familiars. Cal avançar des del dret de petició cap a la configuració d'un autèntic dret subjectiu dels familiars dels desapareguts; si no, la recuperació de les seves restes quedarà en mans del govern de torn.

— Seria molt convenient reforçar el dret de les persones que van patir confiscació de béns, a obtenir informació en arxius i, sobretot, en el Registre de la Propietat: la informació que hi consta ha d'estar oberta a la consulta pública, sense cap mena de restricció, per a obtenir la consegüent restitució del bé o la reparació de la seva confiscació.

— La millor tècnica legislativa ens obliga a depurar la Llei 11/2017, de reparació jurídica de les víctimes del franquisme. Caldria concretar-ne el títol i ampliar la seva cobertura a totes les sentències franquistes dictades sense el respecte dels drets processals i les garanties mínimes. I si es pretén la nul·litat d'aquestes sentències, fora bo complir amb el dret vigent i afegir una reparació econòmica a favor de les víctimes o dels seus familiars, encara que només sigui simbòlica.

— Finalment, hem examinat la recent Llei 16/2020, de la desaparició forçada de menors a Catalunya, i hem conclòs que la seva tècnica legislativa és millorable. El dret a la veritat no queda del tot ben configurat i la relació amb altres drets i normatives, com la de protecció de dades, pot ocasionar distorsions jurídiques o deixar en paper mullat les previsions voluntaristes de la norma.

LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ I TRES DELICTES EN QÜESTIÓ (UNA REFORMA DEL CODI PENAL ENTRE EL DRET CONSTITUCIONAL I LA POLÍTICA CRIMINAL)

Montserrat Nebrera

Universitat Internacional de Catalunya

1. INTRODUCCIÓ: LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ, UN DRET CONSOLIDAT EN LA JURISPRUDÈNCIA CONSTITUCIONAL

Quin és l'abast de la llibertat d'expressió? Ha variat en els darrers temps pel que fa a la dimensió adquirida per les xarxes socials com a canals de manifestació de les opinions? Ha estat la jurisprudència europea un revulsiu per a la unificació de criteris en l'àmbit judicial espanyol respecte a aquesta qüestió? O es pot dir, per contra, que en la lluita entre jurisdiccions (Tribunal Suprem [TS] espanyol, Tribunal Constitucional [TC] espanyol i Tribunal Europeu de Drets Humans [TEDH]) el que s'ha produït és justament el contrari: un distanciament en els criteris, la valoració de les situacions i la ponderació dels drets fonamentals i els béns jurídics que hi ha en joc? Pot haver-hi contribuït, en el cas que s'aprecii aquesta divergència, la situació desigual en què es troben els interessos i conflictes globals (europeus) i locals (de cada estat)?

Sabem de la importància de la llibertat d'expressió, com a vehicle d'exteriorització prioritari de la llibertat ideològica, per a la construcció d'una «opinió pública lliure». Té la mateixa qualitat de ciment imprescindible del pluralisme polític que la que hem d'atorgar a la formació, sobretot en les primeres etapes de la vida (educació per al desenvolupament de la personalitat), i a la informació, assignada majorment al periodisme com el seu agent principal. És aquest conjunt d'ingredients, amb l'afegit d'altres drets instrumentals de les llibertats d'expressió i d'informació, com ara el dret a manifestar-se o el dret a l'associació, el que conforma la nostra capacitat d'escollir en llibertat i, per tant, la qualitat democràtica d'una comunitat política.¹

Però la llibertat d'expressió té límits i així ha estat determinat en nombroses sentències del TC. En resum, aquests límits són, tal com es descriu, per a tots, en el vot particular de Juan Antonio Xiol en la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 177/2015, de 22 de juliol:

— L'insult indubtable i greu, en el qual l'*animus iniuriandi* és l'única raó de l'expressió emesa i, per tant, el contingut ideològic que pugui reflectir resulta accessori.

1. Sobre el caràcter de garantia institucional que opera sobre la llibertat d'expressió com a dret subjectiu individual, la STC 112/2016, de 20 de juny, remet a la STC 177/2015, de 22 de juliol, per a recordar que «el valor del pluralisme i la necessitat del lliure intercanvi d'idees com a substrat del sistema democràtic representatiu impedeixen qualsevol activitat dels poders públics tendent a controlar, seleccionar o determinar greument la mera circulació pública d'idees o doctrines» (fonament jurídic [FJ] 2b STC 112/2016).

— El contingut amenaçador, i aquí els béns en perill poden ser diversos: l'ordre públic, la seguretat de l'Estat (en la qual pot cabre fins i tot, en la seva faceta exterior, el perill per a la integritat territorial?).

— La incitació a la violència, respecte de la qual s'exigeix que sigui directa, ja sigui contra la ciutadania en general, ja sigui contra col·lectius determinats per raó de les seves característiques religioses, racials, socials, etc. És el que es considera (arg. *ex art.* 510 Codi penal [CP]) delictes d'odi.

D'altra banda, democràticament hem reconegut també l'existència d'altres drets i llibertats que, en ponderació sovintejada amb aquesta llibertat, omplen de contingut expressions constitucionals com ara les recollides en l'article 10.1 de la Constitució espanyola (CE) i la seva apel·lació a la dignitat humana com a fonament de l'ordre polític. Així, ens trobem amb els anomenats *drets de la personalitat* (honor, intimitat i pròpia imatge) i la llibertat de culte, entre els reconeguts en la mateixa CE. Però també, i per raó de la regulació constitucional de certs símbols (Corona, bandera) i òrgans (el poder judicial, per exemple), s'ha desenvolupat un univers de sancions que, en diversos àmbits jurisdiccionals (civil, administratiu, penal), volen protegir aquests drets i béns de les lesions que es puguin derivar d'un ús extralimitat de les llibertats de l'opinió pública lliure i, en particular, de la llibertat d'expressió.

Tal és la tensió entre els béns jurídics que construeixen el substrat de la democràcia i els que democràticament hem decidit que poden significar un fre als primers, que en l'informe per a l'any 2020 del Departament d'Estat dels Estats Units d'Amèrica i pel que fa a Espanya,² es recull la petició d'Amnistia Internacional que siguin derogats del CP espanyol els delictes d'injúries a la Corona (art. 490.3 CP), enaltiment del terrorisme (art. 578 CP) i ofensa dels sentiments d'una confessió religiosa (art. 525 CP). La dita petició també va ser avalada per la Comissió de Drets Humans del Consell d'Europa.³

Quant a la distància entre els objectius que es considerin prioritaris en aquesta tensió inevitable, la bibliografia jurídica està força dividida. Per als uns, potser la majoria,⁴ la

2. <www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/spain/> (consulta: 14 abril 2021).

3. En concret, la seva comissària, Dunja Mijatovic, va remetre una carta a l'actual ministre de Justícia, Juan Carlos Campo, en la qual celebrava la reforma que el Govern espanyol preveu realitzar en els delictes relacionats amb la llibertat d'expressió per tal de limitar l'abast de tipus penals com l'enaltiment del terrorisme i les injúries a la Corona, perquè entén que es pot castigar de manera «innecessària o desproporcionada» una extralimitada llibertat d'expressió (<www.europapress.es/nacional/noticia-consejo-europa-insta-gobierno-acotar-delitos-enaltecimiento-terrorismo-injurias-corona-20210322124217.html/>; consulta: 14 abril 2021).

4. Diu Germán M. Teruel el novembre de 2017: «[...] considero que cualquier limitación a la libertad de expresión, sobre todo si es penal, ante este tipo de discursos provocadores exige verificar en concreto que se haya producido un “peligro cierto e inminente” por la difusión pública de los mismos, tal y como exige el Tribunal Supremo norteamericano, o, cuando menos, justificar que la conducta fue “idónea para contribuir a una situación violenta”, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional (STC 112/2016, de 20 de junio). Una jurisprudencia que el Tribunal Supremo sí que habría incorporado, en cierto modo, en relación con los delitos de provocación al odio y de negacionismo, interpretados como delito de peligro potencial (STS 259/2011, de 12 de abril). Para ello los jueces deben tener en cuenta toda una serie de elementos como la posición del autor,

tipificació com a delictes de les tres conductes esmentades abans significa un impediment estructural a la llibertat d'expressió, ja que es troba incorporada en la seva pròpia naturalesa un component ideològic (integritat territorial, forma política de l'estat, sentit de la transcendència) que sol ser objecte de debat i opinió i respecte del qual la llibertat d'expressió es val molt sovint d'expressions molestes que són les que més poden sacsejar l'opinió pública. Per als altres⁵ i més enllà de les pròpies idees, no posar límits en temes com aquests acaba significat la porta oberta a conductes més violentes en l'expressió de les pròpies idees, fet que representa posar en perill l'ordre públic, topall en el qual qualsevol de les posicions doctrinals està d'acord que existeixi.

La divisió doctrinal en l'anàlisi del tema sens dubte té a veure amb el fet que a (o per sobre de) la jurisprudència del TC s'ha d'afegir des de fa anys el fet que les sentències emanades del TEDH tenen efecte sobre els poders públics espanyols (arg. ex art. 46 del Conveni de Roma de l'any 1950), i, en particular, en el cas dels seus tribunals, mitjançant un recurs de revisió que permet el canvi de la resolució interna que contradiu l'europea (arg. ex art. 5 bis del Conveni, incorporat a la Llei orgànica del poder judicial per la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol).⁶

Pel que fa als vectors enunciats, el que farem a continuació és un recorregut casuístic per algunes sentències recents del TC sobre cadascuna de les eventuais circumstàncies limitadores de la llibertat d'expressió i el seu final (ja cert o bé previsible) a Estrasburg, de tal manera que ens permeti albirar la decisió del Govern espanyol en relació amb la reforma del CP en els delictes referits, una reforma que ja ha anunciat i que exemplifica amb la consegüent polèmica que la diferència de parers en l'àmbit jurídic és també la que hi ha al carrer.⁷

los receptores del mensaje, el contexto en el que se produce, etc.; pero no pueden quedarse simplemente en valorar la intencionalidad o genéricas presunciones de peligrosidad carentes de un auténtico sustento fáctico. Algo que nos acerca al viejo test del «bad tendency» descartado por el Tribunal Supremo norteamericano en la medida que restringía excesivamente el ámbito de la libertad de expresión al resultar demasiado vago y permitir el castigo por la pura discrepancia ideológica» (<<https://agendapublica.es/enaltecimiento-terrorista-twitter/>>; consulta: 14 abril 2021).

5. En realitat, a aquesta qüestió no existeix més que una crítica implícita, per part d'alguns autors, als perills que pot comportar per a l'Estat i la seva seguretat d'una manera abstracta una extralimitació de la llibertat. De fet, aquesta contradicció retrotrau a la que federalistes i republicans van viure en els dies del naixement dels Estats Units d'Amèrica, com descriu Abel ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test (La libertad de expresión en los límites de la democracia)*, Marcial Pons, 2018, p. 33 i seg., qui recorda que la *Sedition Act* del 1798, que es promulgà per a criminalitzar el libel sediciós, va significar l'enfrontament entre tots dos corrents polítics i la seva diversa manera d'entendre el poder: mentre que els republicans reclamaven la seva limitació, els federalistes (Adams i Hamilton) entenien que s'havia de controlar el que amb el pas del temps es consideraria la «bad tendency», un judici sobre la intencionalitat que, segons l'altra tendència, significava un límit inadmissible a les llibertats de consciència i d'expressió.

6. Després d'un recorregut que descriu Carmen MONTESINOS, «El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10 (abril-setembre 2016), p. 98-113.

7. <www.elmundo.es/espana/2021/02/08/60219b5e21efa076758b4667.html>, <<https://elderecho.com/justicia-revisara-los-delitos-sobre-libertad-de-expresion-y-eliminara-las-penas-de-prision/>>; o aquesta tribuna del constitucionalista Blanco Valdés: <www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2021/02/19/libertad-expresion-

2. ENALTIMENT DEL TERRORISME

Referirem aquest punt amb la STC 35/2020 (cas Strawberry), en què el TC valora la concurrència de l'enaltiment del terrorisme amb la humiliació de les víctimes en relació amb el que determina l'article 578.1 CP.⁸

És rellevant l'èmfasi reiterat que el Tribunal posa en el fet que es consideri important el context de les expressions emeses per a enjudiciar aquesta mena de delictes, cosa que fa reproduint paraules del TS en la seva sentència de cassació recorreguda en empara:

[...] no sols el tenor literal de les paraules pronunciades, sinó també el sentit o la intenció amb què han estat utilitzades, el seu context, les circumstàncies concomitants [...] [perquè] als efectes d'establir la responsabilitat per un delictes d'aquesta naturalesa, és necessari determinar amb claredat quin dels possibles significats [de les paraules emprades] ha estat utilitzat (fonament jurídic [FJ] 3r de la Sentència del Tribunal Suprem 4/2017, de 18 de gener).

D'acord amb aquesta premissa, que no va permetre al TS absoldre l'encausat perquè va entendre que de les seves paraules es desprenia una voluntat lesiva («cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco» és un exemple dels tuits pels quals el TS el va condemnar), el TC fa una anàlisi, *a contrario sensu*, de la seva STC 112/2016, de 20 de juny (cas Tasio Erkizia, on es reproduïen les paraules laudatòries d'aquest sobre l'etarra Argala en un acte d'homenatge que se li va retre), on va recordar la doctrina general del TEDH aplicable en un cas com aquest i segons la qual les societats democràtiques, malgrat l'ampli espectre de la necessària i institucional llibertat d'expressió, necessiten sancionar o fins i tot prevenir «formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància», [perquè] «la lliure exposició d'idees no autoritza l'ús de la violència per a imposar criteris propis» (FJ 2c STC 112/2016). Però afegia, a més, la necessitat de proporcionalitat en la limitació penal de l'exercici de la llibertat d'expressió, la qual cosa resulta òbvia atenent el caràcter d'*ultima ratio* de les penes en relació amb la protecció dels béns que socialment es consideren valuosos.

Tanmateix, l'aspecte més sorprenent de la STC 35/2020 és que, pel que fa al discurs d'odi i tot recordant l'esmentada Sentència 112/2016 i l'anterior 177/2015 (després anul·lada pel TEDH, com veurem), afirma que la tasca de control del TC és «dilucidar si els fets ocorreguts són expressió d'una opció política legítima que pugui estimular el debat tendent a

limites/0003_202102G19P14994.htm/>.

8. S'ha de recordar que la Llei orgànica 7/2000, de 22 de desembre, que sobretot entrava a regular la justícia juvenil, també introduïa en el CP (art. 577) un nou tipus de delictes de terrorisme tot el «terrorisme urbà, de carrer o impropis», fórmula de l'anomenada *kale borroka* en què els menors, que intervenen sovintejadament, complementen algunes de les accions amb *performances* artístiques (pintades o concerts) o manifesten la mateixa actitud crítica amb el «sistema». En un sentit radicalment oposat es troba la crítica a una utilització extralimitada de les sancions penals per a la prevenció i correcció de les conductes més greus (per a tots, vegeu Ignacio BERDUGO DE LA TORRE, «La regulación del terrorismo en el Código penal español: cuatro cuestiones», *Criminalia: Revista Mexicana de Ciencias Penales. Nueva Época*, desembre 2020, p. 587-612).

transformar el sistema polític, o si, per contra, persegueixen desencadenar un reflex emocional d'hostilitat, incitant i promovent l'odi i la intolerància incompatibles amb el sistema de valors de la democràcia» (FJ 4a, iii, STC 35/2020) perquè «la sanció penal [...] requereix, com una manifestació del discurs de l'odi, una situació de risc per a les persones o drets de tercers o per al propi sistema de llibertats».

Més d'una observació ha estat feta a una argumentació com aquesta: entre altres coses, quin ha de ser el grau de tolerància social a l'«estimulació» produïda per certs tipus de missatges, emesos per raó de certes idees, a partir de la «democràcia no militant» que el mateix Tribunal reconeix que defineix el nostre sistema juridicoconstitucional i que ja va posar de manifest en la STC 235/2007, de 7 de novembre (cas Pedro Varela). Es tracta d'una tolerància que posa en dubte la nostra dignitat (com assenyala Javier Gomà)?⁹ O, per contra, aquesta tolerància demostra la dimensió i la profunditat de la nostra democràcia (o, com afirma Santiago Alba,¹⁰ un suposat «dret a la inseguretat»)?

Sigui com sigui, el TEDH ha reconegut també el caràcter limitat de la llibertat d'expressió: el Conveni Europeu de Drets Humans del 1950 la considera en l'article 10 i en l'apartat segon recorda que el seu exercici «podrà ser sotmès a certes restriccions o sancions previstes per la llei, que constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica, per a la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral». I, d'altra banda, hi ha un condicionant global a l'exercici dels drets humans, recollit en l'article 17 del Conveni, segons el qual cap de les disposicions d'aquest no es pot interpretar en el sentit que impliqui «per a un estat, grup o individu», un suposat dret a «dedicar-se a una activitat o realitzar un acte tendent a la destrucció dels drets o llibertats reconeguts» en el Conveni o infligir-hi més limitacions que les que el mateix Conveni considera.

El TEDH afegeix també que per a analitzar els béns jurídics que hi ha en joc —en concret, la incidència que pugui tenir aquesta mena de delictes sobre la llibertat d'expressió— cal ponderar, per exemple, l'impacte que signifiqui la seva difusió pública, les circumstàncies personals del cas o la relació temporal que es pugui establir amb actuacions terroristes concretes.¹¹

9. Javier GOMÀ, «Nadie puede atropellar la dignidad sin envilecerse, sin degradarse y sin degradar», <www.bbc.com/mundo/noticias-54569672> (consulta: 14 abril 2021).

10. <www.cuartopoder.es/ideas/opinion/2018/02/26/santiago-alba-rico-derecho-a-la-inseguridad/> (consulta: 14 abril 2021).

11. Pel que fa a aquesta qüestió, en el FJ 4c de la STC 35/2020 es refereix bona part de la doctrina més recent, que entén que no hi ha llibertat d'expressió o que aquesta es pot limitar quan les manifestacions o conductes representin «un risc per a la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, la defensa de l'ordre o la prevenció del delictes» (per exemple, Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans [STEDH] de 2 d'octubre de 2008, cas Leroy contra França, o STEDH de 7 de febrer de 2006, cas Halis Dogan contra Turquia), i que són importants per al Tribunal en relació amb la ponderació de l'aplicació d'un tipus penal sobre la llibertat d'expressió, la difusió pública del que es digui, les circumstàncies personals de qui ho faci (com va succeir en els casos Castells —periodista— contra Espanya en la STEDH de 23 d'abril de 1992, o Otegi

Plantejat el tema en els termes exposats, el TC entén que en aquest cas la condició artística i militant de Strawberry podria significar que les seves manifestacions en els tuits fossin enteses, com ell al·lega, fora del context en què haurien de ser concebudes, com a enaltiment del terrorisme o manifestacions del delictes d'odi envers les víctimes del terrorisme. Però, i aquesta és la dada més important, no entra a valorar si es poden o no contextualitzar en aquests tipus penals, sinó que es deté en un estadi previ, perquè afirma que el TS no ha fet una ponderació de les circumstàncies de la persona que emet aquests missatges en relació amb la posició institucional de la llibertat d'expressió i l'eventual necessitat que aquesta llibertat d'expressió es nodreixi de comentaris que, com aquests, poden fins i tot resultar majoritàriament insuportables. De manera categòrica, afirma que el TS explícitament va considerar irrellevant fer una ponderació d'aquesta mena, de manera que en el fons no es pronuncia sobre la vertadera intenció del cantant en proferir aquestes expressions i valora negativament aquesta absència de ponderació, que la jurisprudència constitucional entén necessària i a la qual confereix prou pes lesiu de la llibertat d'expressió per a atorgar l'empara al recurrent.

Tanmateix, la Sentència incorpora un vot particular que palesa, com en altres casos, una profunda divergència en els criteris d'anàlisi respecte de la tensió entre la llibertat d'expressió i altres béns jurídics. El magistrat Alfredo Montoya nega que el TS no hagi fet una ponderació suficient sobre la vulneració de la llibertat d'expressió que comporta l'aplicació de la sanció penal i sobre la capacitat que les manifestacions de Strawberry tenen de posar en situació de risc persones, drets de tercers o el sistema general de llibertats reconegut en l'ordenament jurídic. I, en tot cas, nega que les deficiències argumentatives respecte a aquesta qüestió tinguin per si mateixes entitat suficient per a significar una violació del dret fonamental a la llibertat d'expressió.

De manera específica, Montoya incideix en l'estudi del cantant i de la seva trajectòria fet pel TS i en el recordatori que aquest ofereix que aquestes circumstàncies personals no han de comportar de manera automàtica una exoneració penal. Montoya també recorda que el TS considera la publicitat de les cançons, derivada de la seva condició artística, prou coneguda en certs àmbits i, afegida a la difusió produïda en el present per les noves tecnologies, una de les circumstàncies que justifiquen limitar la llibertat d'expressió i sancionar la conducta. A més, apunta que la Sentència reitera pronunciaments previs en el mateix sentit d'entendre que la burla a les víctimes del terrorisme fins a comportar la seva humiliació no pot emparar-se en la llibertat d'expressió. El magistrat dissident es pregunta directament «en què pot contribuir a la formació de l'opinió pública lliure difondre [...] que qui va patir el segrest més llarg de la

Mondragón contra Espanya en la STEDH de 15 de març de 2011), que hi hagi coincidència amb actes terroristes (com en el cas esmentat Leroy contra França) o que s'acrediti que ha tingut impacte sobre alguna conducta violenta (com en el cas Öztürk contra Turquia en la STEDH de 28 de setembre de 1999 o en el cas esmentat Leroy contra França, on la condemna penal es lliga al fet que s'entengui que la suposada llibertat d'expressió és en realitat una manifestació del «discurs de l'odi per justificar el recurs a la violència per a la consecució d'objectius polítics» [FJ 4c STC 35/2020]).

història d'Espanya hauria de tornar a passar per tal experiència» (punt 2, apartat v del vot particular, STC 35/2020).

Més encara, el magistrat dissident es fa ressò, a més, del canvi jurisprudencial produït en el TS arran de la STC 112/2106 (cas Erkizia) i que es palesa en la seva sentència sobre el cas Strawberry: en la distinció entre dol i intenció, el Tribunal afirma la irrellevància de la darrera quan es dona en l'autor la representació d'elements del tipus penal d'enaltiment del terrorisme.¹²

És evident, doncs, que, pel que fa a aquesta mena de manifestacions, a les quals ningú no nega el component ideològic, s'ha produït una divergència entre el TS i el TC, i fins i tot dins d'aquest últim, quant al grau de ponderació entre béns jurídics i l'eventual lesió de la llibertat d'expressió que hagi de realitzar el jutgador. Aquesta «carència» permet a la jurisdicció constitucional no haver d'entrar en el contingut dels tuits i en la seva legitimitat com a expressions d'ideologia.¹³

Quelcom semblant pot acabar succeint respecte de la més recent Sentència del Tribunal Suprem 1298/2020, de 7 de maig, de la qual el TC ha inadmet el recurs d'empara per manca de justificació de la seva «especial transcendència constitucional» d'acord amb la regulació d'aquest recurs des de la reforma del 2007 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional.¹⁴

3. INJÚRIES A LA CORONA (I ALTRES SÍMBOLS DE L'ESTAT)

És volguda l'acumulació en aquest apartat dels casos que puguin haver estat considerats d'injúries a la corona i a altres símbols de l'Estat. Els uns i els altres poden representar una manifestació de la seva discrepància amb el que signifiquen per a qui hi profereix els insults. En el cas de la corona i més enllà de la discrepància personal amb el seu comportament o amb un determinat titular, la institució és contestada en si mateixa per una part de la ciutadania per la seva ideologia republicana. Quelcom semblant succeeix amb la bandera des de la perspectiva d'aquella part de la població que no la sent com a seva per la seva posició a favor de la independència del seu territori o, en general, a favor del dret abstracte a l'autodeterminació dels pobles que la integritat territorial que signifiquen els seus símbols vindria a limitar. El mateix s'ha esdevingut envers els òrgans de l'Estat: la crítica del mateix TC o del poder

12. Vegeu sobre aquesta qüestió Göran RÖLNERT, «El enaltecimiento del terrorismo: desde el caso De Juana Chaos a César Strawberry. La recepción de la doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Político*, núm. 109 (setembre-desembre 2020), p. 191-227.

13. Una situació semblant es produeix en la STC 112/2016, on, per contra, el TC entén que la ponderació sobre la proporcionalitat de la sanció penal que limita la llibertat d'expressió ha estat feta de manera adequada.

14. Una «objectivació» del recurs d'empara, en paraules del seu principal teoritzador, el magistrat que fou president d'aquest òrgan, Pedro Cruz Villalón, alimenta ombres i dubtes, a la vista de la seva utilització més com a excusa que com a veritable raó per a tramitar uns recursos o els altres, ja que és visible en moltes sentències l'omissió d'una reflexió mínima sobre aquesta qüestió i, en d'altres, com ara aquesta, la justificació de l'admissió del recurs per part del mateix TC.

judicial per raó dels seus pronunciaments, o del sistema polític en general per part de les opcions ideològiques que li són més combativament contràries.

Sobre tots ells, la pregunta que ens hem de fer és si es pot dir el que es vulgui dels símbols que, entre altres coses, consagren el sistema polític on són permeses aquesta mena de manifestacions de crítica desagradable i fins i tot clarament hostil. L'exemple en el qual basarem l'argumentació és la STC 190/2020, de 15 de desembre, anomenat cas Fragoso per raó de la persona, membre d'un sindicat de filiació nacionalista gallega, que durant l'acte d'hissar la bandera i cantar l'himne espanyol per part d'una formació militar, va proferir imprecacions i insults contra la bandera («puta», en concret), fet que va despertar la incomoditat i el rebuig en una part dels assistents, tant militars com civils.

El Tribunal, que finalment rebutja el recurs d'empara, comença contradient en part, com altres vegades, la seva pròpia posició d'exigir al recurrent una justificació de l'especial transcendència constitucional del recurs, perquè, ja des de la providència d'admissió, l'entén justificat com a ocasió per a «examinar la legitimitat de la condemna penal imposada per proferir unes expressions ofensives dirigides a un dels símbols d'Espanya» (FJ 1, *in fine*, STC 190/2020). No hi ha dubte sobre la constitucionalitat del tipus penal aplicat, per la qual cosa se centra, per raó de la ponderació de la sanció en relació amb la limitació de la llibertat d'expressió que significa, a determinar si les manifestacions fetes pel recurrent i sancionades per la justícia eren «indubtablement injurioses, ultratjants o oprobioses, és a dir, expressions ofensives sense relació amb les idees o opinions que s'exposin i que resultin innecessàries per a l'exposició d'aquestes» (FJ 3 STC 190/2020), perquè, com ha dit en nombroses oportunitats, l'article 201a CE no reconeix un suposat «dret a l'insult».

Tant el TC, en sentències com la STC 35/2020, analitzada abans, com la jurisprudència del TEDH, que cita i en la qual hi ha fins i tot esmenes a posicionaments del primer, afirmen que «la tolerància i el respecte de la igual dignitat de tots els éssers humans constitueixen el fonament d'una societat democràtica i pluralista [...] [fet que pot fer necessari que en elles calgui] sancionar i fins i tot prevenir totes les formes d'expressió que propaguin, incitin, promoguin o justifiquin l'odi basat en la intolerància» (FJ 3 STC 190/2020), però la base de l'argumentació, on no hi ha discrepància en la sala que enjudicia el supòsit, no fa arribar a tots els magistrats a la mateixa conclusió, i és precisament aquest grau de discrepància el que fa que aquesta resolució sigui un objecte d'anàlisi interessant.

La Sentència conclou que els fets considerats provats per la recorreguda, en concret el context (una cerimònia de les més solemnes en relació amb la bandera), les expressions proferides, la seva innecessarietat, sobretot en relació amb les reivindicacions laborals a les quals pretenia donar suport, i el «sentiment d'humiliació» que van sentir bona part dels assistents a l'acte, avalen el que s'hi va concloure: que el recurrent no quedava emparat per la llibertat d'expressió de l'article 20.1a CE. La segona qüestió que entén necessari analitzar, la proporcionalitat de la sanció, està relacionada directament amb la dita constatació i des del punt de vista d'aquesta anàlisi té una importància especial perquè una de les reivindicacions d'Amnistia Internacional i del Consell d'Europa és que l'àmbit penal, ni que sigui el seu tipus menys greu, pot ser considerat ja desproporcionat a aquesta mena de conductes. I el Tribunal considera que la multa establerta és una pena proporcional a la conducta.

La polèmica, però, està servida perquè són quatre els vots particulars que se'n deriven i cinc els magistrats dissidents, en bona part dels casos perquè entenen que la jurisprudència constitucional hauria d'haver-se adaptat a la doctrina europea que es desprèn de la Sentència de 13 de març de 2018, cas Stern Taulats i Roura Capellera contra Espanya, on, tot denunciant la solució donada al cas per la STC 177/2015, de 22 de juliol, es conclou que les excepcions a la llibertat d'expressió en l'àmbit del debat polític tenen un marge tendent a la nul·litat i que si en la crema d'una fotografia del rei es va entendre que la dita llibertat d'expressió emparava el gest, el mateix s'hauria de dir de l'insult a la bandera, tenint en compte que en aquest cas, com en aquell, no es pot concloure que les dites manifestacions generin cap mena de perill real per a l'ordre públic o d'incitació a una violència efectiva, o que constitueixin un discurs d'odi.

Aquesta argumentació és, en principi, la que desenvolupa la magistrada Encarna Roca. Per la seva banda, Andrés Ollero, que per la seva usual adscripció ideològica demostra que aquest tema va més enllà dels posicionaments conservador o progressista, recorda que ja són massa les vegades que Espanya ha estat condemnada per vulnerar la llibertat d'expressió en casos en què s'han produït manifestacions que poden resultar malsonants o molestes, però que en cap cas no estan adreçades a generar odi o intolerància, per la qual cosa, tenint en compte el contingut extensiu de la llibertat d'expressió, hauria d'haver-se plantat al·legant que les dites expressions no constituïen en si mateixes actes antijurídics, perquè eren actes lícits de llibertat d'expressió tenint en compte la jurisprudència europea esmentada i la vinculació entre les frases i la reivindicació política de qui les diu. De fet, Ollero troba la prova de tot plegat en el fet que el ministeri fiscal, que es manifestava procliu a la condemna abans de la sentència europea del cas Stern Taulats i Roura Capellera, desapareix d'escena immediatament després de pronunciar-se aquesta.

Més interessant des del punt de vista de la doctrina és el vot particular dels magistrats Juan Antonio Xiol i María Luisa Balaguer, sobretot des del punt de vista del valor que s'atorga als símbols i de la manera en què aquests poden emparar fins i tot les persones que discrepen del seu significat. En aquest cas es tracta de la bandera, símbol, entre altres coses, de la unitat territorial d'Espanya, però també ho és la corona per raó del que estableix la Constitució, i sobre aquesta qüestió ja es va pronunciar el TC i Espanya va ser condemnada pel TEDH, com justament recorden la major part dels vots particulars. La reflexió versa, doncs, entorn de la possibilitat de dir el que es vulgui dels símbols que ens emparen. I Xiol i Balaguer recorden la doctrina constitucionalista que sobre això ha assenyalat que, de la mateixa manera que els símbols tenen una força integradora, també provoquen un rebuig de la mateixa dimensió en qui no se sent integrat, i que totes dues posicions ideològiques són legítimes i, per tant, també ho és la seva expressió exterior, encara que al receptor de les dites manifestacions no li agradi. I, més encara, de manera expressa i en línia amb les peticions que han estat fetes des d'instàncies internacionals, «la proliferació dels delictes d'expressió en la llei penal, junt amb una interpretació oberta moltes vegades a interpretacions poc restrictives i a una freqüent utilització del procés penal per a sancionar determinades expressions que admetrien l'aplicació de mecanismes estatals d'inferior gravetat, amenaça d'instal·lar de manera inquietant la imatge d'una societat sotmesa i en actitud disciplinada, poc conforme amb el que ha de ser

l'exercici de la crítica en una societat democràtica avançada» (punt 2 *in fine* del vot particular, STC 190/2020). De fet, en la seva argumentació i com sobretot es desprèn del punt 3 del vot particular, Xiol i Balaguer tenen certs dubtes sobre la constitucionalitat de l'article 543 CP, amb una redacció tan oberta que ni tan sols reclama, com no pot ser d'una altra manera en la distinció entre dol i intenció,¹⁵ que hi hagi ànim d'ultratjar els símbols.

Xiol i Balaguer, com Conde-Pumpido, entenen que els insults a la bandera, com a «oposició severa, crítica i no violenta», són exercici legítim de la llibertat d'expressió i de la llibertat ideològica que aquesta comporta, perquè, en línia amb el que ha quedat establert en la doctrina del Tribunal Suprem dels Estats Units, sols es poden reprimir les expressions que comportin «risc clar i imminent» de generar conductes violentes o perjudicials.¹⁶ La crítica dels discrepants rau en el fet que la Sentència, en no haver existit cap comportament d'aquest tipus en aquell context, desestima l'empara perquè entén innecessàries les expressions del condemnat en relació amb la reivindicació laboral que es feia, la qual cosa és, com argumenten els discrepants, absurda, atès que va aconseguir el que pretenia, és a dir, sacsejar l'opinió pública, almenys en l'entorn on es van produir.

Finalment, el magistrat Conde-Pumpido fa, en el seu vot particular, una argumentació conclusiva sobre la manca de justificació d'una condemna fonamentada en la innecessarietat de les expressions proferides pel recurrent en empara, i afirma, com d'una manera o altra fan tots els discrepants, que la instrumentalització d'aquestes en la reivindicació politicosindical del condemnat és evident i que negar-la pot significar una dissuasió generalitzada d'emprar la llibertat d'expressió perquè no es pot calcular quan s'entendrà «innecessària» a la idea reivindicada.

D'aquesta manera, el TC, per una minsa majoria, desestima el recurs d'empara amb una argumentació diferent de la que utilitzà en la STC 177/2015, rebutjada després pel TEDH: que existeix en els condemnats (aleshores, Stern i Roura per la crema de fotografies del rei) un discurs d'odi, que aleshores també va ser rebutjat pels magistrats Roca, Xiol i Adela Asúa, qui, a més, advertia el Tribunal de la perillosa banalització d'aquest tipus penal que representava aquesta posició, i més quan no havia estat emprat pel TS en la seva sentència condemnatòria.¹⁷

15. La distinció entre tots dos extrems està directament relacionada amb el tomb de la jurisprudència del Tribunal Suprem dels Estats Units des de la «bad tendency» al «clear and present danger», que ja ha estat comentat i que de manera quirúrgica dissectiona Abel ARIAS CASTAÑO, *Clear and Present Danger Test: no es pot criminalitzar la intenció*, ja que precisament la voluntat de qui profereix aquestes expressions és produir una reacció; tanmateix, la qüestió que du a la discrepància de parer és si la representació en l'autor d'elements de tipus penal (dol) comporta de manera automàtica responsabilitat penal, sense poder, en casos com aquest, destriar el context (polític) que incita al debat i exclou l'antijuridicitat.

16. És evident, tanmateix, la dificultat que representa l'anàlisi d'aquesta relació de causa-efecte: ¿solament quan uns fets perjudicials ja s'han produït, es poden jutjar les expressions que els poden haver provocat? Quin estàndard de valoració es pot fer de manera prèvia? Almenys es pot dir que en molt poques ocasions hi haurà seguretat en una previsió d'aquesta mena, per la qual cosa serà inviable aplicar el tipus penal tal com està redactat. La mateixa argumentació es va fer en el vot particular que acompanyà la STC 177/2015, de 22 de juliol, després objecte de condemna per part del TEDH (cas Stern i Roura contra Espanya).

17. La mateixa crítica fa Germán M. TERUEL, «Discursos extremos y libertad de expresión», *Revista*

4. ACTES CONTRA LA LLIBERTAT DE CULTE I OFENSA DELS SENTIMENTS RELIGIOSOS: PODEN SER OBJECTE DE PROTECCIÓ PENAL?

La STC 192/2020 refereix el cas de la mateixa persona que ja va ser processada per la crema de les fotografies del rei a Girona i, juntament amb una altra, objecte de la sentència ja esmentada (STC 177/2015). En aquest cas, Jaume Roura Capellera és acusat, processat i condemnat per un delictes contra els sentiments religiosos (art. 523 CP) per haver entrat en una església catòlica durant la celebració de la missa i llançar-hi pamflets contra una eventual reforma de la Llei de l'avortament. Tant el ministeri fiscal com el recurrent al·legaven que els fets eren estrictament exercici de la llibertat d'expressió i que en cap moment no hi va haver discurs d'odi o voluntat d'ofendre els sentiments dels assistents a la celebració religiosa, però per al TC va ser decisiu, per a entendre que no s'havia vulnerat la llibertat d'expressió, el fet que les actuacions van ser dutes a terme durant la celebració del culte, cosa que va impedir i pertorbar la seva realització, per la qual cosa s'encabien perfectament en el tipus penal esmentat.

Tot i que el tema de les ofenses als sentiments forma part també de l'estructura del tipus penal d'enaltiment del terrorisme (amb humiliació a les víctimes) i que aquesta tipificació de factors subjectius ha estat criticada en molts casos,¹⁸ és en l'article 523 CP on la referència a un factor en principi aliè a la racionalitat normativa es col·loca en el centre de la tipicitat. De tota manera, conserva un element objectiu, ja que demana que es produeixi alguna alteració de la manifestació externa de la llibertat religiosa, és a dir, el culte. I en això cal recordar la STC 46/2001, de 15 de febrer, el fonament jurídic segon de la qual estableix:

El contingut del dret a la llibertat religiosa no s'escapa en la protecció davant ingerències externes d'una esfera de llibertat individual o col·lectiva que permet als ciutadans actuar d'acord amb el credo que professin, ja que cal apreciar una dimensió externa de la llibertat religiosa que es tradueix en la possibilitat d'exercici, immune a tota coacció dels poders públics, d'aquelles activitats que constitueixen manifestacions o expressions del fenomen religiós.

de Estudios Jurídicos: Segunda Época, núm. 17 (2017), qui diu que no es tracta de discurs d'odi, sinó de discurs intolerant, perquè, com es recorda en els vots particulars de Xiol i Valdés, no es pot equiparar la monarquia amb els «colectivos secularmente vulnerables», i la magistrada Adela Asúa demana, per a evitar més males interpretacions, determinar l'estàndard de perill «clar i imminent» com a conseqüència d'una incitació directa a la violència. Tanmateix, el Tribunal Constitucional demanava «perill cert», d'acord amb la terminologia nord-americana, i en la STC 235/2007 (cas Pedro Varela) i la STC 112/2016 (cas Tasio Erkizia) entengué que existia. Potser no és tant que no s'utilitzin els conceptes, sinó que la valoració de la imminència o la realitat del perill no s'interpreten de la mateixa manera en tots els aplicadors jurisdiccionals. De fet, Germán M. TERUEL, «Discursos extremos y libertad de expresión», considera necessari redissenyar el delictes d'enaltiment del terrorisme (art. 578 CP) com un delictes de perill concret per a evitar que el seu abast abstracte envaeixi l'àmbit de la llibertat d'expressió.

18. Vegeu, per a tots, Jorge SALINAS, «Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. xxxv (2019), p. 221-268.

L'esmentada Sentència 192/2020 resol un cas en què no existeix cap dubte respecte de l'adequació de cadascuna de les conductes a l'exercici de la llibertat constitucional: l'activista distribueix pamflets i fa manifestacions públiques sobre la seva posició contrària a la reforma de la Llei de l'avortament vigent. Les persones que es troben a l'església estan exercint el dret de culte. El problema, com recorda la Sentència, rau en la concurrència de totes dues llibertats. I és que, així com nombrosa jurisprudència del TEDH ha avaluat *performances* fetes dins de recintes religiosos¹⁹ i ha ponderat el nivell de sanció penal aplicable, el cas que ens ocupa es produeix durant la celebració de la missa. I el TC entén que no és el mateix.

Malgrat tot, caldrà veure quina posició assumeix el TC en relació amb un cas semblant als que ja han estat objecte d'anàlisi jurisdiccional europeu: en la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid (Secció Trentena) 102/2019, de 21 de febrer, es condemnà pel delictes de profanació dues activistes del col·lectiu FEMEN que l'any 2014 van entrar a la catedral de l'Almudena nues de mig cos en amunt, on mostraven escrits de reivindicació del dret a avortar i altres («Altar para abortar», «Gallardón inquisidor», «aborto ilegal» o «tomemos el altar»), i posteriorment s'encadenaren a una estàtua del Crist crucificat. Les condemnades van interposar un recurs d'empara que encara no ha estat resolt.

5. UNA REFLEXIÓ DES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

Per què es donen aproximacions tan diverses? El TS i el TC no sempre estan d'acord en la consideració de les prioritats, però dins del mateix TC hem vist en els darrers temps que també es produeixen fortes discrepàncies, les quals sens dubte són determinades per l'abast que es consideri que s'ha de donar a la jurisprudència del TEDH, que en aquesta matèria està tendint a la consideració d'uns límits a la llibertat d'expressió sols possibles si s'ha formulat un discurs d'odi. Ben cert és, però, que sota aquest paraigua s'han emparat algunes argumentacions de les jurisdiccions internes per a condemnar el que, des de la perspectiva europea, no ha estat entès igual (en seria un exemple la incorporació del discurs d'odi en la STC 177/2015 en relació amb la crema de fotografies del rei).

Però també ha estat percebuda una certa aproximació entre les jurisprudències del TEDH i el Tribunal Suprem dels Estats Units. Si aquest va deixar enrere la doctrina de la «bad tendency» per a restringir l'eventual condemna penal als casos en què les manifestacions externes d'ideologia fossin un «clear and present danger» per a l'ordre públic i la seguretat, el TEDH ha anat valorant els béns jurídics que hi ha en joc en cas que aquest perill es doni: la integritat territorial, la seguretat nacional, etc.; però també ha valorat amb cura el tema religiós.

19. En la Sentència de 17 de juliol de 2018 (cas Mariya Alekhina i altres contra Rússia) s'enjudicia la sanció penal que va ser imposada a un grup de música punk que va intentar interpretar una cançó a la catedral de Moscou justament per a, *a contrario sensu* del que pretén el recurrent en empara, distingir la situació en què no s'està desenvolupant un acte de culte de la que va provocar Roura Capellera a la catedral de Girona, on sí que s'estava oficiant un acte religiós.

Li és més aliè, en canvi, l'efecte que pugui tenir la llibertat d'expressió sobre els símbols de l'estat (potser perquè és justament l'estructura hostil a la unificació real d'Europa?), si no és perquè directament afecta la seguretat exterior.²⁰

Els valors que hi ha en joc, les prioritats i el context estan fent o no una evolució convergent? Sigui com sigui, la doctrina criminològica de tolerància zero, aplicada a la ciutat de Nova York pel seu alcalde, Rudolph Giuliani, durant la dècada dels noranta i després tan estudiada com criticada,²¹ afirma que la permissivitat amb el caos als espais públics, ja sigui generat per la brutícia, les deixalles, els grafitis o les destrosses en els immobles, ja sigui generat per la presència de persones amb comportaments inadequats (mendicitat, prostitució, drogoaddicció, etc.), provoquen a la llarga una espiral de delinqüència cada cop més perillosa. Des d'aquesta perspectiva, l'actitud contrària, de tolerància total excepte quan la relació amb la violència ja sigui un fet contrastat, redundaria en un clar perjudici del sistema social i polític que suposadament la llibertat d'expressió contribueix a construir.²²

Tanmateix, existeixen arguments també per a la posició antagònica, com poden exemplificar els casos viscuts recentment dels rapers Hasel i Valtòny: la quantitat de persones a les quals havien arribat les seves cançons era mínima fins al moment en què el seu processament va llançar-los a l'estrelat mediàtic.²³ I la circumstància no és menor, tenint en compte que es considera un agreujant de la conducta oprobiosa la seva publicitat, més gran com major és l'impacte que produeix un escàndol en l'opinió pública.

20. Certament, ens trobem en una cruïlla entre jurisdiccions respecte de la qual s'ha escrit àmpliament pel que fa al grau d'afectació que pot produir sobre la sobirania dels estats. Vegeu Pablo SÁNCHEZ-MOLINA, «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9 (octubre 2015), p. 224-231.

21. Vegeu en aquest sentit la tesi doctoral de Nancy CAZORLA, *La proximité policière: entre réalités et mythes: De la police de proximité aux expériences de «community policing» américaines*, París, L'Harmattan, 2009. Cal recordar que els diversos models policials i de seguretat ciutadana, tant pública com privada, es determinen en consideració de la doctrina de tolerància zero.

22. Quelcom semblant va succeir amb la determinació normativa de l'autoritat del personal docent i sanitari: provocada per alguns successos concrets, la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, de reforma del Codi penal, inclou en l'article 550.1, segon paràgraf, que en tot cas es consideraran actes d'atemptat contra l'autoritat els comesos contra els funcionaris o sanitaris que es trobin fent les funcions pròpies dels seus càrrecs.

23. Quelcom semblant va succeir amb l'ordre de segrest que es va dictar d'un número de la revista satírica *El Jueves* en la portada del qual apareixia una caricatura dels aleshores prínceps d'Astúries Felip i Letizia en una situació considerada per l'Audiència Nacional «irreverent» perquè, arran de l'ajuda de 2.500 euros a la maternitat que en aquell moment anuncià el Govern, en la portada esmentada els prínceps apareixien nus i practicant sexe amb l'afirmació al costat: «¿Te n'adones? Si et quedes prenyada... ¡Això serà el més semblant a treballar que he fet en la meua vida!». Ni amb les noves tecnologies es podia evitar que avui dia aquella portada es continuï veient, ni que la revista esmentada acumulés més lectors d'aquell número que en tota la seva història. És clarificadora la dissecció que fa del cas Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, «Libertad de expresión y tutela de la Corona: el caso de "El Jueves"», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43 (2019), p. 371-387. En altres contextos metodològics es parla també de l'«efecte Streisand» en relació amb el coneixement públic d'una dada o una persona justament per la voluntat de reclamar a qui la fa pública que ho deixi de fer, amb un efecte diabòlic d'engrandiment de la notícia a les xarxes socials. Ho descriu Valeria RAMÍREZ, «Efecto Streisand. Las reglas del juego en las redes sociales y en la web 2.0», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833 (2011), p. 13 i seg.

A més, també la política criminal reconeix l'efecte de reacció que solen tenir les accions repressives: ¿en quina mesura es reacciona perquè ja no forma part de la cultura dominant el respecte o la protecció de certs béns jurídics (els símbols de la «pàtria» per a un independentista, o els de la transcendència religiosa per a l'ateisme militant, etc.)? O bé és senzillament el que succeeix en general amb qualsevol política prohibicionista (com durant l'anomenada «lleï seca» als Estats Units)? El problema, però, és sempre el mateix: trobar l'equilibri entre la consideració del dret penal com a *ultima ratio*, fons argumentatiu de la majoria de la doctrina actual, i el moment en què certes constants de llibertat es visualitzen com l'espai per a una reivindicació major, fins i tot per a la generació d'una certa sensació d'impunitat, on a qualsevol intent de manejar la situació sols es pot respondre amb un «ara ja és tard». Aquesta és potser la raó per a la crítica a la «lleï mordassa», o per a la inquietud que genera l'actual expansió en la persecució dels delictes d'odi, malgrat que «col·lectius secularment vulnerables» ja no ho siguin tant avui. Però la raó per a la crítica d'aquests tipus de mesures penals ho és també per a la seva existència. Perquè si Espanya no es considera una democràcia militant, les raons per als límits esdevenen caus de polèmica i camp abonat per a la inseguretat jurídica.

RESSENYA

JOSEP SERRANO DAURA (COORD.), *I JORNADA DE DRET PÚBLIC CATALÀ*
VÍCTOR FERRO POMÀ, BARCELONA, SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS
JURÍDICS, 2020, 119 P.

La Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans, té com a objectiu principal la promoció i la difusió del dret català. I, com una de les activitats per a la seva consecució, el 15 de febrer de 2018 es va organitzar una jornada d'estudis dedicada al dret públic català amb la voluntat que es mantingui com una activitat periòdica per a tractar de l'estat i l'evolució d'aquest dret, com un lloc de trobada i de debat entre especialistes en la matèria, tant pel que fa al dret propi com des de la perspectiva del dret internacional.

A més, la jornada, en aquesta i en les edicions successives, es dedica a la figura del malauradament traspassat Dr. Víctor Ferro Pomà, en recordança de la seva persona i la seva obra, centrada en el dret i les institucions historicopúbliques del nostre país.

Les intervencions presentades en aquesta primera jornada s'han publicat en aquest volum aparegut el 2021. En aquesta sessió que inaugura l'activitat s'intenta donar una visió històrica del nostre dret públic com a punt de partida i després es recullen altres aportacions generals sobre l'estat de l'ordenament públic català en l'actualitat. Ja en el futur, les properes jornades que se celebrin hauran de centrar-se en aspectes i qüestions del dret públic positiu, sense evitar el necessari debat també sobre el seu desenvolupament i la seva reforma.

La publicació reproduïx en primer lloc el discurs d'inauguració de la Jornada, «Víctor Ferro, un jurista català per eixordar el món», del Dr. Albert Lamarca i Marquès, president de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya. S'hi glossen el pensament i l'obra de Víctor Ferro.

Després es recopilen les diferents intervencions que hi va haver en la Jornada. El primer bloc, de naturalesa històrica, conté aquestes aportacions:

— «La constitució política de Catalunya i de la Corona d'Aragó (s. IX-XV)», del Dr. Tomàs de Montagut Estragués, de la Universitat Pompeu Fabra.

— «Zones grises de l'observança: Diputació *i/versus* contrafaccions», del Dr. Josep Capdeferro Pla, també de la Universitat Pompeu Fabra.

A continuació trobem reflexions de diferents autors sobre el present i el futur immediat d'aquest àmbit:

— «El nou règim local de Catalunya: entre la tradició i la modernitat», del Dr. Xavier Forcadell i Esteller, coordinador general de la Diputació de Barcelona i de la Universitat Rovira i Virgili.

— «(Re) construir l'estat per salvar la nació: el dret públic a Catalunya després de 1714, vist a partir de l'obra d'Antoni Francesc Puig i Gelabert», del Dr. Ferran Armengol Ferrer, de la Universitat de Barcelona.

— «La migradesa del dret públic català: del nou Estatut a la suspensió de l'autogovern», del Dr. Àlex Bas Vilafranca, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya i de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Cal esperar que aquesta jornada es vagi celebrant d'acord amb la previsió de l'entitat que l'organitza i que serveixi per a promoure el dret públic català i, sobretot, per a vitalitzar-lo i desenvolupar-lo.

Josep Serrano Daura
Universitat Internacional de Catalunya

