

II JORNADA
DE DRET PÚBLIC CATALÀ
VÍCTOR FERRO POMÀ

2023

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

II JORNADA DE DRET PÚBLIC CATALÀ VÍCTOR FERRO POMÀ

Sobirania

•

2021

Josep Serrano Daura
(coordinador)

BARCELONA 2023

Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà (2a : 2021 : Barcelona, Catalunya), autor

II Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà : sobirania. — Primera edició

Bibliografia

ISBN 9788499657103 (imprès). — ISBN 9788499657097 (en línia)

I. Serrano Daura, Josep, editor literari II. Ferro, Víctor, 1936-2007, entitat homenatjada

III. Societat Catalana d'Estudis Jurídics. IV. Títol

V. Títol: Segona Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà

1. Dret públic — Catalunya — Història — Congressos. 2. Sobirania — Congressos.

342(460.23)(063)

342(460.23)(091)(063)

341.211(063)

Junta de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics

President: Josep M. Vilajosana i Rubio

Vicepresidenta primera: Mariona Serdà Cabré

Vicepresident segon: Francesc Torrent Cufí

Tresorer: Josep Cruanyes i Tor

Secretari: Jordi Pujol Moix

Vocals: Xavier Genover i Huguet, Pilar Rebaque Mas,

Oriol Sagarra i Trias i Josep Serrano Daura

Delegat de l'IEC: Joan Egea Fernández

© dels autors dels textos

Editat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics,

filial de l'Institut d'Estudis Catalans

Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Primera edició: abril del 2023

Text revisat lingüísticament per Montse Marès

Compost i imprès per T.G.A., SL

ISBN (ed. digital): 978-84-9965-709-7

ISBN (ed. impresa): 978-84-9965-710-3

Dipòsit Legal: B 9913-2023

DOI: 10.2436/10.3004.04.1



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>.

TAULA

PRESENTACIÓ	5
INAUGURACIÓ	9
Víctor Ferro i Pomà, <i>per Joan Egea i Fernández</i>	
PONÈNCIES	
El sentiment sobiranista i la identitat catalana a l'època contemporània, <i>per Jordi Casassas Ymbert</i>	17
Servei domèstic, gènere i classe: una anàlisi historicojurídica, <i>per Olga Paz Torres</i>	27
Els fons marins: patrimoni comú de la humanitat. Valoració des de l'exercici de la sobirania, <i>per Anna M. Badia Martí</i>	47
Sobirania de l'estat i espai global de la informació i la comunicació en el context de la desinformació o desordre informatiu, <i>per Ferran Armengol Ferrer</i>	63
Consideracions sobre la vigència de la sobirania nacional, <i>per Joan Lluís Pérez-Francesch</i>	87
Sobirania i democràcia en el procés català: dos models contraposats, <i>per Josep M. Vilajosana i Rubio</i>	99

Oferim el recull de les intervencions presentades en la II Jornada de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà, celebrada el 25 de novembre de 2021.

Com en la I Jornada, també en aquesta han col·laborat la Diputació de Barcelona, l'Acadèmia de Bones Lletres de Barcelona i el Col·lectiu Maspons Anglasell.

La voluntat d'aquesta Societat és continuar aquesta activitat, amb la seva periodicitat bianual, com una aportació més a l'estudi, el coneixement i la difusió del dret públic català.

Hem d'agrair les aportacions fetes pels ponents i ara publicades. I hem de destacar també el discurs inaugural del Dr. Joan Egea Fernández, president del Consell de Garanties Estatutàries.

Barcelona, gener del 2023
Junta de Govern de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics

INAUGURACIÓ

VÍCTOR FERRO I POMÀ

Joan Egea i Fernàndez

President del Consell de Garanties Estatutàries

Abans que res, vull agrair la invitació que, en nom de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, em va fer el Dr. Josep Serrano per a participar en aquest acte inaugural de la II Jornada d'Estudis de Dret Públic Català Víctor Ferro Pomà, que enguany es dedica a la sobirania i que constitueix també un merescut homenatge a la persona i l'obra de qui li dona nom, el professor Víctor Ferro, que, malauradament, ens va deixar ja fa més de catorze anys.

Permeteu-me també que manifesti l'especial satisfacció que sento pel fet que, un any després que la pandèmia de la COVID-19 obligués a posposar-ne la celebració, avui ens puguem retrobar ja presencialment.

La primera vegada que vaig sentir a parlar del professor Ferro va ser quan, just després que es publicués, l'any 1987, el seu llibre *El dret públic català: Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*, un company del Seminari d'Història del Dret de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona me'l va recomanar tot insistint que era de lectura imprescindible. En llegir-lo, de seguida em vaig adonar que, efectivament, es tractava d'una obra fonamental que esdevindria de referència en l'àmbit de la història del dret català, com així ha estat; cosa que no és gens estranya si tenim en compte que estem parlant d'un dels grans especialistes en història del dret públic de Catalunya, si no el millor.

Haig de reconèixer que aleshores em va cridar l'atenció que l'autor d'una obra tan important per a la historiografia del dret hagués desenvolupat la seva recerca científica fora de l'àmbit universitari. I també em va sorprendre que ho hagués fet ja en plena maduresa, amb poc més de cinquanta anys i després de culminar una reeixida carrera professional com a funcionari de l'Organització de les Nacions Unides i col·laborador també d'altres organitzacions internacionals molt rellevants que, com que són tan nombroses, m'estalvio d'esmentar. Per això considero que, encara que fos amb retard, va ser una sort que el professor Tomàs de Montagut l'acabés incorporant a l'Àrea d'Història del Dret de la Universitat Pompeu Fabra, ja que això va permetre no només que els estudiants poguessin gaudir dels seus coneixements, sinó que ho fessin també els mateixos professors companys de la Facultat. És més, era d'aquells professors que, a banda de fer gran l'assignatura, incrementen la reputació dels estudis que imparteixen.

Va ser aleshores quan vaig poder comprovar personalment que, com va assenyalar el professor Montagut mateix en la I Jornada de Dret Públic Català, Víctor Ferro era una persona entranyable, amb una gran intel·ligència, una amplíssima cultura i una enorme vocació de servei públic. Mai no feia ostentació, afegeixo jo, dels seus

coneixements, sinó que es caracteritzava per una gran modèstia, com, d'altra banda, queda de manifest en la justificació que ell mateix fa en la introducció d'*El dret públic català*. És més, aquest tarannà queda reflectit també en el text de Fontanella (*Tractatus de Pactis Nuptialibus*, I, cl. 3, glo. 1, núm. 32 *in fine*) que, a tall de màxima o de lema, reproduïx a l'inici del llibre i que, al meu parer, constitueix una mena de carta de presentació de la seva manera de ser, que, per cert, el jurista d'Olot entenia que caracteritzava els juristes catalans en general. Concretament, en aquest text Fontanella, després d'elogiar els doctors del Sacri Regii Senatus Cathalonix i els advocats que hi exercien, afirma, amb un excés d'humilitat, que els catalans no són tan atrevits com els d'altres nacions perquè sempre temen les crítiques i per això escriuen poc, a banda que, pel seu natural, senten aversió a l'ostentació pública.

Com a civilista que soc i també, per què no dir-ho, com a aprenent d'historiador del dret que he estat, si més no en la meua etapa de formació (d'això ja fa molts anys), m'agradaria fer un paral·lelisme entre el camí que vam emprendre una part del civilistes catalans i l'obra de Víctor Ferro. Em refereixo al fet que l'aprovació de la *Compilació del dret civil especial de Catalunya* l'any 1960 i, més destacadament encara, la celebració del Segon Congrés Jurídic Català, del qual ara tot just acabem de commemorar el cinquantè aniversari, van portar que una part dels professors de dret civil iniciéssim un camí semblant al que, en relació amb el dret públic, seguiria també el llibre objecte d'aquesta breu ressenya. Els civilistes partíem també del fet que la recerca científica passava necessàriament per aprofundir en les arrels de la tradició jurídica catalana com a via més sòlida per a tornar a bastir la imponent estructura que havia caracteritzat el dret civil català en èpoques no gaire llunyanes. Com he assenyalat en altres ocasions, això va comportar que, amb una formació històrica més aviat migrada, ens haguéssim de submergir o, emprant les paraules que el professor Ferro fa servir per a explicar com va bastir la seva obra, «escorcollar, extractar i ordenar» les fonts del nostre dret històric i la literatura jurídica més rellevant, per a així poder descobrir el veritable significat de les institucions i el seu funcionament en cada època concreta. Ho fèiem perquè creïem que això ens facilitaria, com així ha estat, l'adaptació del dret català als nous temps.

Ho remarco perquè, en rellegir *El dret públic català* per tal de preparar aquesta intervenció, he pogut confirmar que la finalitat que Ferro perseguia en presentar el passat col·lectiu de Catalunya a través de les seves institucions polítiques i administratives (tot lamentant-se, per cert, que no hagués rebut l'atenció aprofundida que mereixia), coincideix —si canviem «institucions polítiques i administratives» per «institucions civils»— amb la que perseguíem els civilistes: recuperar el dret històric. Es pot dir, fins i tot, que materialment, amb aquella nova renaixença, en força aspectes ambdós àmbits de la recerca històrica es complementen. És el cas, per exemple, de l'apartat 7.1 del llibre, el dedicat al «Dret», on Ferro tracta del dret comú, dels preceptes reials i llur articulació amb el dret paccionat, del costum i les altres fonts del dret, de la jerarquia de les normes, de la interpretació de les lleis, etc., matèries, totes elles, que Josep

Maria Gay i jo mateix ja havíem analitzat, des d'un punt de vista eminentment iusprivatista, en un article —molt modest, si es compara amb el llibre del professor Ferro— que vam publicar, vuit anys abans, en la *Revista Jurídica de Catalunya*: «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta». En aquest treball, a banda de delimitar l'àmbit de la nostra recerca al mateix període al qual després, des de la perspectiva del dret públic, se circumscriuria el llibre del professor Ferro, vam utilitzar també les mateixes fonts bibliogràfiques (els clàssics catalans dels segles xv al xvii).

En fi, partíem també del criteri que allò veritablement rellevant per a l'estudi de la història és el coneixement de les institucions polítiques, judicials, administratives i financeres, a l'empara, lògicament, d'unes normes i uns mecanismes d'ordenació i de disciplina social que, en el cas de Catalunya, eren plenament equiparables amb les d'altres territoris d'Europa. Ferro ho il·lustra d'una manera extremament clara quan diu que no és possible entendre, valorar o jutjar el actes d'un personatge històric sense tenir una idea més o menys precisa de, per exemple, com s'arribava al càrrec que ocupava, quant de temps s'hi estava, de qui depenia, els poders que tenia i sobre qui els podia exercir. És a dir, del context o règim normatiu.

Això significa, dit amb unes altres paraules, que no ens hem de conformar amb la mera erudició històrica, sinó que el coneixement de les nostres arrels ha de servir, justament, per a fer evolucionar les institucions (tant si són de dret públic com de dret privat) cap a l'assoliment de les màximes cotes d'autogovern.

També em va cridar força l'atenció la seva manera d'abordar la interpretació del nostre dret històric, ja que, més enllà de la descripció neutra de la norma en qüestió, Ferro atorga un protagonisme molt destacat al seu destinatari o, el que és el mateix, a la persona i els seus drets. Em refereixo al fet que destria i classifica cadascun dels drets de la persona, que, segons ell, poden trobar un cert equivalent no només en les primeres constitucions del segle XIX, sinó, fins i tot, en les modernes. És a dir, tracta les Constitucions de Catalunya com si fossin l'equivalent —òbviament, amb totes les reserves i els matisos que vulgueu— d'un sistema constitucional català *avant la lettre*. Això s'explica, al meu parer, pel caràcter fortament pedagògic del llibre, que alhora es tradueix en l'acostament de les institucions històriques a un context intel·lectual modern que les fa més entenedores per als lectors no especialitzats, tal com adverteix ell mateix. És a dir, mira de donar una visió actualitzada que, sense incórrer en l'anacronisme, fa més entenedora l'exposició i la comprensió de les institucions històriques.

En ocasions, això el porta a donar una certa visió idealitzada del règim juridicopúblic dissenyat per les Constitucions de Catalunya. En aquest sentit, per a fer-lo més comprensible es permet la llicència literària de dir, per exemple, que la legislació de Catalunya reconeixia, amb més o menys amplitud, diversos drets que avui solen figurar en els llistats de llibertats fonamentals que encapçalen les constitucions modernes, seguint *Los fueros de Cataluña* que l'any 1879 havien publicat Josep Coroleu i Josep Pella i Forgas. Això, a l'hora de la veritat, no impedeix que es desmarqui d'aquests

autors i afirmi, amb un to més realista, que *Los fueros* era un llibre amb finalitats vulgaritzadores i apologètiques on els autors van tractar d'encabir les normes i les institucions tradicionals de Catalunya.

Per a anar acabant, permeteu-me només fer un petit excurs sobre el tema de la jornada d'enguany, en particular sobre la diferent manera amb què el Decret de Nova Planta va acabar marcant el futur del dret públic i del dret civil (no parlo genèricament de dret privat perquè el camí del dret mercantil amb el *Llibre del Consolat de Mar* com a màxim exponent català ha estat una altra història).

Em refereixo al fet que resulta indicatiu i alhora molt aclaridor que el primer cop, si no vaig errat, que el llibre de Víctor Ferro es refereix a la *sobirania* sigui quan tracta precisament de la pèrdua d'aquesta com a conseqüència del Decret de Nova Planta. Concretament, afirma que el Decret va representar la decapitació i la desnaturalització de les institucions catalanes perquè va implantar els principis absolutistes i va destruir la individualitat sobirana de Catalunya, que restava annexada de fet, però irregularment, a Castella.

El Decret de Nova Planta també va repercutir fortament sobre el dret civil. Vull dir que el fet que aquest es mantingués vigent no va significar, com se sap prou, que no es veiés afectat, ja que, alhora que restà privat de les fonts de producció pròpies, progressivament anà quedant arraconat i substituït, en moltes matèries, pel dret de Castella. Dit d'una altra manera, el seu manteniment formal no va impedir —ans al contrari, va comportar— que visqués una llarga època de penombra o agonia que va durar més de dos segles i mig.

Recuperada la potestat legislativa per la Generalitat, aquella mena de conjunció —supervivència agònica i necessitat d'actualització— ha canviat del tot i avui podem presumir d'uns resultats extraordinàriament remarcables que fan que el Codi civil de Catalunya sigui una realitat. El Codi, com em deveu haver sentit a dir en altres ocasions, ha incrementat la reputació del nostre dret, atès que el dret codificat és percebut pels juristes i pels ciutadans en general com un dret més acreditat que proporciona més anomenada a un ordenament. Fins i tot es pot arribar a afirmar, amb totes les matisacions que calguin, que és una manifestació de sobirania, en el sentit que està presidit pel dogma de plenitud de l'ordenament jurídic —en aquest cas, del civil—, que s'integra en el procés de conformació de la nació catalana i deriva de l'exercici sobirà del Parlament de Catalunya, que té en bona mesura (no completament) el monopoli de la producció normativa en aquest àmbit.

Per a acabar, ara sí, em referiré, encara que només sigui per una certa deformació professional originada pel càrrec que encara ocupo en el Consell de Garanties Estatutàries, a unes paraules que el professor Ferro escriu en la pàgina 393 del llibre, citant Lluís de Peguera (*Decisiones*, 65, 2, i 191, 10) i Jaume Càncer (*Variae resolutiones*, III, 3, 112), i que em van cridar l'atenció perquè es poden associar al control preventiu que el Consell desenvolupa sobre les normes *in fieri* del Parlament o sobre la legislació d'urgència que pot arribar a aprovar el Govern. Víctor Ferro parteix del fet que

la preservació de la llibertat civil depèn necessàriament de l'observança constant de les normes:

[...] només és possible la pervivència de llibertat mitjançant l'imperi del dret (la 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), el qual, perquè sigui plenament actuant, requereix, evidentment, que hi estiguin sotmesos els mateixos governants.

Podria seguir, són temes que m'apassionen i que em portem a molts anys enrere d'aprenent d'historiador de les institucions civils, però és hora que parlin els experts. Vist el programa i els ponents, segur que la Jornada serà tot un èxit. Moltes gràcies.

PONÈNCIES

EL SENTIMENT SOBIRANISTA I LA IDENTITAT CATALANA A L'ÈPOCA CONTEMPORÀNIA

Jordi Casassas Ymbert
Institut d'Estudis Catalans

PLANTEJAMENT INICIAL

Des de la Guerra dels Segadors fins a la mort de Franco transcorren tres-cents setanta-cinc anys en els quals la irrupció catalana en la modernitat contemporània s'esdevé enmig d'una densitat, una tensió i sovint un dramatisme realment excepcionals. Malgrat això, Catalunya construeix durant aquests anys una economia moderna, un teixit urbà i un món institucional que l'assimilen a les àrees més transformadores de l'Europa occidental. Tot això serà decisiu a l'hora de fixar el modern i plural dinamisme identitari i col·locarà en un lloc central de la dinàmica catalana la reivindicació sobiranista enfront de l'Estat espanyol. Sens dubte, les identitats es replantegen, es reafirmen i es concreten en el si de societats que es tensen i es transformen amb rapidesa. Paral·lelament, la sobirania es reivindica quan es té consciència que s'ha perdut i quan la seva recuperació es considera imprescindible per a compaginar la cohesió social i el progrés econòmic present i futur. En la perspectiva d'aquests dos grans vectors històrics, Catalunya es constitueix com un veritable laboratori del canvi modern en el context general de l'auge dels estats nació.

LES CONDICIONS DEL CANVI IDENTITARI A LA CATALUNYA CONTEMPORÀNIA

Per a entendre la importància que té el problema identitari en la Catalunya contemporània —el de les identitats col·lectives i, a la llarga, el de la nacional— ens hem de referir a dos vectors principals: el geogràfic i material, d'una banda, i el polític, militar i de la violència moderna, de l'altra.

Catalunya té un relleu muntanyós realment complicat. Fins a mitjan segle XIX no sorprenia una afirmació com la de Tomàs Bertran i Soler que «tot Catalunya són Pirineus», tant per la superfície ocupada per les serralades pirinenques i prepirinenques com per la importància de l'ocupació humana i de les seves activitats durant segles. Hi havia una corona de petites ciutats, molt actives, que reunien l'energia de la muntanya

i feien de cadena de transmissió d'aquesta cap a les planes litorals: Olot, Ripoll, Vic, Berga, Solsona i, encara, Tremp i la Pobla de Segur a l'extrem occidental. El sistema de l'hereu, clau en la fixació territorial, fomentava els contactes i els dinamitzava a través de la figura del cabaler. Es pot dir que quasi totes aquestes ciutats esdevindrien centres carlins importants, reflex en bona part de la queixa, ben fonamentada quasi sempre, que la crisi imparable del món tradicional els restava bona part de la seva vella funcionalitat, una crisi que es deixà sentir des dels primers passos del segle XIX.

Des del punt de vista demogràfic, el flux muntanya-plana-costa és la història de la modesta revolució agrícola, comercial i industrial que va caracteritzar l'àrea catalana i va diferenciar-la de la resta d'Espanya des de finals del segle XVII (la generació dels Feliu de la Penya i els Aparici ho va explicar ja el 1680). La nova mobilitat i el nou dinamisme econòmic es van servir de la —per altra banda, humil (mediterrània)— xarxa hidrogràfica, que es va convertir en vies de comunicació i en espai de la industrialització i la inicial integració territorial moderna: la del Llobregat-Cardener-Anoia, la del Besòs-Congost (ambdues representen un embut amb final a la metròpoli barcelonina) i la del Ter. De fet, des del segle XVIII es comença a perfilar el que amb el temps se'n dirà la Catalunya ciutat. Com és lògic, aquesta modernització econòmica la feren persones concretes. Sovint s'ha parlat de la voluntat de ser i de fer i de la cultura del treball i de l'esforç per a ressaltar el protagonisme d'una burgesia que tirava endavant en un espai tan pobre en recursos naturals i matèries primeres com era el català. Però això no ens pot fer oblidar el protagonisme de la massa treballadora, la gent forçada a erradicar-se, amb l'enorme cost cultural i antropològic que comportava aquest traspass violent. La societat catalana s'ha fet, des de l'inici de la contemporaneïtat i de manera creixent, basant-se en la mobilitat de la població i en l'aportació constant d'immigració, que en el segle XX va subministrar grans contingents de població no catalana. Aquest tret, en una àrea que des de la primera meitat del segle XIX va començar a presentar índexs de natalitat excepcionalment baixos, ha estat definitiu a l'hora de conformar la identitat catalana contemporània.

Pel que fa al segon vector, el politicomilitar i de la violència moderna, a Catalunya ha tingut una incidència especial. Una simple seqüència dels fets més rellevants relatius als segles XVIII-XX dona fe de la bel·licositat, l'insurreccionalisme i la crispació social permanents que van afectar la vida d'aquest territori: 1640-1652, alçament dels segadors i proclamació de la República Catalana lliure sota tutela francesa; 1659, important pèrdua territorial amb la Pau dels Pirineus; 1705-1714, Guerra de Successió; 1713, desengany internacional amb la Pau d'Utrecht; 1718-1719, ocupació de part del territori per les tropes franceses i alçament al sud dirigit per Carrasclet; 1740-1750, dècada d'alta conflictivitat gremial; 1750-1760, dècada d'alta conflictivitat menestral i municipal; 1773, avalots contra les llesves; 1789, importants Rebomboris del Pa a Barcelona i altres ciutats catalanes; 1793-1795, cruenta guerra contra la Convenció Nacional Francesa i creació de la primera Junta del Principat a Manresa; 1808-1814, guerra napoleònica, i 1812, annexió de Catalunya a l'Imperi francès; 1817, alçament

liberal del general Lacy, reprimint durament; 1820-1823, revolta liberal progressista, alçaments absolutistes i creació de les juntes particulars; 1823, invasió dels Cent Mil Fills de Sant Lluís, que es queden a Catalunya fins al 1827; 1827, alçament rural dels Malcontents; 1833, divisió provincial i inici de la Primera Guerra Carlina, a Catalunya fins al 1840; 1835, Primera i Segona Bullanga; 1836, Tercera Bullanga; 1837, insurreccions militars a Barcelona, grans victòries carlines i Quarta Bullanga; 1842, insurrecció progressista a Barcelona i bombardeig; 1843, nova insurrecció i Bullanga de la Jamància; 1845, revoltes contra les quintes per tot Catalunya; 1846, alçament carlí dels Matiners, Segona Guerra Carlina a Catalunya; 1849, Tomàs Bertran i Soler proclama la Diputació General del Principat; 1854-1856, Bienni Progressista, primera vaga general, juntes, brutal repressió popular obrera; 1866, importants alçaments socials i progressistes; 1868-1873, Sexenni Democràtic, gran mobilització federal, dins del qual tenen lloc, el 1869, les primeres partides carlistes i la revolta federal contra les quintes, el 1870, una nova revolta federal, el 1872, l'inici oficial de la que per a Catalunya serà la Tercera Guerra Carlina, i el 1873, la creació de juntes federals; 1874, alçaments republicans i obreristes; 1877, fi de la Tercera Guerra Carlina a Catalunya, que va demostrar un clar sentiment particularista; 1880, Primer Congrés Catalanista i inici del procés de constitució del catalanisme polític; 1892-1896, acció directa anarco-comunista; 1902, grans vagues obreres i represa dels «petards», «Barcelona, ciutat de les bombes»; 1909, Setmana Tràgica; 1914-1918, efectes de la Gran Guerra, i a Barcelona el 1917 esclata la triple crisi militar, constitucional i obrera; 1919-1921, guerra social; 1923, a Barcelona, cop d'estat de Primo de Rivera; 1924, intent d'assalt anarquista a les Drassanes de Barcelona; 1925, atemptat fallit al Garraf; 1926, Fets de Prats de Molló; 1931, doble proclamació de la República a Barcelona; 1932-1933, alçaments llibertaris a l'Alt Llobregat; 1934, proclamació independentista del Sis d'Octubre i repressió subsegüent; 1936-1939, Guerra Civil, i el 1937, Fets de Maig; 1950-1975, lluita antifranquista més activa i transversal d'Espanya.

Aquesta seqüència de cinquanta-set esdeveniments no esgota la subversió, la inestabilitat i la violència que han caracteritzat de manera constant la vida de la Catalunya contemporània, i cal tenir present que alguns d'aquests elements afecten una dècada sencera i, per tant, deixen un panorama d'inestabilitat pràcticament permanent. Durant el segle XIX l'àrea de Barcelona va viure més anys en estat de guerra o de suspensió parcial de les garanties constitucionals que no pas de normalitat. Del 1795 al 1873 es pot dir que en tots els alçaments es van organitzar juntes particulars que fixaven la independència, ni que fos provisional, de Catalunya, fet que només es pot entendre si es té en compte que als plets polítics i socials se sumava un fort i persistent sentiment de particularitat. La inestabilitat i el particularisme contrastaven, però mai foren un impediment perquè es consolidés a Catalunya una vertadera revolució comercial i industrial que l'ha singularitzat i diferenciat dintre del panorama hispànic fins als nostres dies. Paral·lelament, l'acció punitiva en contra d'aquesta Catalunya subversiva va ser sempre molt violenta, ja fos sota la monarquia absoluta, ja fos, més

tard, durant la vigència de l'estat monàrquic formalment liberal. Tots aquests fets i les reaccions subsegüents van ser decisius a l'hora de conformar la identitat catalana del període.

LA TRANSMISSIÓ CONTEMPORÀNIA DELS RECORDS

Els records són fonamentals per a fixar les identitats. Però en una societat tan mòbil, canviant i inestable com la catalana resultava essencial i més necessari que mai disposar de conductes i d'instruments que permetessin la pervivència dels records col·lectius que es consideraven imprescindibles per a mantenir una certa cohesió com a poble. Així doncs, en una societat amb alts índexs d'analfabetisme la difusió social dels records esdevenia prioritària, i molt més perquè no disposava del poder polític necessari per a fomentar aquesta cohesió. Però en contra d'aquesta pervivència s'oposava el canvi social accelerat, amb l'erradicació i el desconcert que generava, per exemple, passar del món rural al del treball industrial precari.

Si ens situem en el món popular, podem considerar que uns dels canals més eficaços de transmissió van ser el familiar i el parroquial, molt especialment en el món rural, predominant fins a la segona meitat del segle XIX malgrat el pes de la industrialització. Posem el cas d'un avi que a les portes del vuit-cents encara podia explicar l'heroïcitat resistent del seu pare durant els fets del 1714, en una transmissió ben directa i viva; a més, els actes repressius posteriors que identificaren l'absolutisme borbònic aportaven una càrrega mítica i sempre actualitzada a la narració d'aquest avi a la vora del foc. Per altra banda, a les parròquies petites el capellà sortia sociològicament cada cop amb més freqüència del mateix món pobre dels seus feligresos i en ocasions es convertia en un agent propagandista i, fins i tot, de mobilització: això es va veure amb el protagonisme dels capellans trabucaires durant la Guerra Gran, la del Francès i les successives carlinades. Al costat de la defensa carlista del tron, la tradició i l'altar, hi havia la defensa de les maneres de ser particulars, amenaçades progressivament, una sensibilitat que més endavant va poder integrar-se en el catalanisme amb una gran naturalitat. Durant la Guerra del Francès, una part de la historiografia d'origen nacional romàntic va parlar de la participació catalana en l'onada d'espanyolitat que al capdavall va permetre foragitar els invasors. En realitat, però, la tònica va ser l'organització d'unes juntes que lluitaven bàsicament per defensar la localitat o la contrada; i la majoria de diputats que assistiren a les Corts de Cadis en representació de Catalunya asseguraven anar-hi, bàsicament, per a defensar-hi les seves velles institucions i el sistema jurídic propi.

En el món urbà, la lluita en contra de les arbitriarietats, les lleves, els impostos i burots, la corrupció dels notables, la gana, etc., provocava onades repressives dirigides per l'Estat central, llunyà i progressivament incomprensible. Amb l'arrencada del segle XIX, els nous sentiments més arrelats entre aquests sectors eren l'antiestatis-

me, l'antimilitarisme i l'anticlericalisme (la lluita contra els «de dalt» s'arrossegava des de feia molt de temps i cada cop es concretava més). En les primeres bullagues dels anys trenta es va arribar a cridar que lluitaven per a «ser dignes de l'heroïcitat dels nostres avis» (en referència al 1714). La repressió militar, els bombardeigs freqüents i les arbitriietats de les autoritats i els funcionaris forans (castellans, ridiculitzats en el teatre popular) incrementaven la resistència i alimentaven una cultura popular en confluència amb les idees i estratègies molt radicals del republicanisme (aquest, també amb grans dosis de particularisme que heretaria el federalisme). El particularisme popular s'enfrontava també amb la castellanització de conveniència de la burgesia local, que havia de viure a redós de la força repressiva de l'Estat per tal de neutralitzar la periòdica violència republicana i obrerista que tenia tan propera als seus domicilis. La llengua popular, la catalana, es convertia d'aquesta manera en un tret natural de diferenciació social amb una gran càrrega simbòlica i política.

Al costat d'aquest món popular existia el de l'alta cultura, afectat de ple per la imposició del castellà procurada per la Corona des de dos o tres segles abans. Però, com hem indicat més amunt, des dels treballs de Feliu de la Penya i de Josep Aparici del 1680 ja es feia explícita una clara voluntat de definir un model català alternatiu al dels Àustria. Posteriorment, els memoràndums i memorials adreçats als Borbó van reivindicar «respectuosament» la particularitat catalana davant la voluntat uniformitzadora de la Corona, que es volia imposar com la manifestació de la «racionalitat» moderna. En el si de la Junta Particular de Comerç es promocionaren treballs que fonamentaven sistemàticament la particularitat econòmica, històrica i jurídica de Catalunya: Antoni de Capmany va ser convertit a mitjan segle XIX en el símbol de la recuperació particular catalana. Per altra banda, la Junta de Comerç va anar creant el conjunt d'escoles i acadèmies que constituïrien el sistema educatiu superior específicament català, al marge de l'espanyol i perfectament adaptat al dinamisme modern propi.

Des de les primeres dècades del vuit-cents Catalunya va rebre la influència del corrent romàntic, especialment el d'inspiració germànica, que buscava la raó de ser dels pobles en les particularitats històriques, lingüístiques, literàries, institucionals i jurídiques, i rebutjava els valors universals abstractes defensats per la Il·lustració francesa. No cal reproduir la història de tots coneguda de la Renaixença catalana. Tan sols ressaltarem la tasca ingent que realitzaren poetes i literats en general, historiadors, lingüistes, juristes, bibliotecaris, arxivers i filòsofs per a recuperar la llengua del poble, les llegendes, els herois, els codis, les cròniques i tot un conjunt de materials amb grans possibilitats per a ser utilitzats en el procés de fonamentar una cultura particularista que va anar arrelant socialment amb el pas del temps. El teatre popular es va convertir en un bon vehicle de difusió (sempre perseguit i controlat per les autoritats liberals), però també les associacions de cant coral i, posteriorment, les del denominat *excursionisme patriòtic*. Des del 1859, els certàmens literaris dels Jocs Florals de Barcelona constituïren un model que es va anar reproduint en ciutats i pobles amb una intencionalitat patriòtica creixent i amb l'ús exclusiu del català; i el corrent va tenir la força

suficient per a alimentar la seva versió alternativa popular o xarona. Com s'ha retret sovint, la majoria d'aquests intel·lectuals creien en la independència cultural de Catalunya i en el seu particularisme històric i polític dins la nació espanyola. Però la seva feina creant tòpics, recuperant llegendes, actualitzant records, reinterpretant festes, etc., seria fonamental a l'hora de crear aquest substrat sobre el qual es fonamentaria el nou edifici identitari i la incorporació en ell dels plantejaments sobiranistes moderns.

La premsa va tenir un paper fonamental i imprescindible en la fixació i l'extensió social d'aquest gran bagatge cultural identitari. Inicialment identifiquem la premsa, especialment prolífica en els períodes més liberals i permissius, amb el món burgès i, a mesura que va avançant el segle XIX, amb la creixent diversificació social, política, sindical, cultural, de centres d'interès i d'especialitzacions que caracteritzà la vida urbana moderna. A Catalunya proliferaren les publicacions periòdiques, encara que a la primeria la majoria ho feren de manera efímera, fet que generà un sistema periodístic particular que cap a finals de segle arribava a les principals ciutats catalanes des de Barcelona (quan no es tractava de premsa local) i esdevenia un poderós vehicle d'unificació d'idees, sensibilitats i gustos.

Uns quants exemples donen fe d'aquesta importància del vehicle periodístic. Durant el Trienni Liberal sobresortiren el *Periódico Universal de Ciencias, Literatura y Artes* (1821) i *El Europeo* (1823). Des de la represa liberal fins a la mort de Ferran VII destaquem *El Vapor* (1833), *El Guardia Nacional* (1836), *Lo Pare Arcàngel* (1841), *Lo Vertader Català: Revista Religiosa, Política, Científica, Industrial y Literaria* (1843) i *El Catalán* (1849). Dels anys quaranta en endavant proliferaren els calendaris, almanacs, anuaris, àlbums i portaveus institucionals més diversos. Als anys seixanta, i de manera especial durant el període de major permissivitat del Sexenni Democràtic, trobem *La Barretina* (1868), *Lo Mestre Titas* (1868), *Lo Gay Saber* (1868), *Lo Somatent* (1868), *Les Barres Catalanes* (1869), *La Gramalla* (1870), *La Campana de Gràcia* (1870), *La Renaxensa* (1871), *L'Esquella de la Torratxa* (1872) i *La Bandera Catalana* (1875). Durant la Restauració, entre d'altres, *L'Excursionista* (1878), *La Veu del Montserrat* (1878), *Diari Català* (1879), *La Il·lustració Catalana* (1880), *La Tramontana* (1881), *L'Avens* (1889), *La Veu de Catalunya* (1891), *Catalonia* (1898), *Pèl & Ploma* (1899) i *Els Segadors* (1899). A la llista caldria afegir-hi la premsa més generalista, com el degà *Diario de Barcelona* (1792), *El Telégrafo* (1858), *El Correo Catalán* (1876), *La Publicidad* (1878), *El Diluvio* (1879) i *La Vanguardia* (1881).

LA CODIFICACIÓ POLÍTICA DE LES IDENTITATS I EL SENTIMENT SOBIRANISTA

La bel·licositat en relació amb el record del 1714 ja hem vist que s'havia mantingut ben viva entre els sectors populars; ben aviat seria sistematitzada pel relat històric, la poesia, el teatre o la pintura romàntica. El record, entre d'altres, de l'abat Oliba, el

gran constructor de finals del segle x, el de Jaume I el Conqueridor i de l'imperi medieval, el del noranta-quatrè president de la Generalitat, Pau Claris, o el del conseller en cap Rafael Casanova, es convertien en mites incorporats per dret propi a la transversal cultura particularista catalana amb prou força per a substituir o si més no imposar-se als herois fixats per la cultura nacional castellana. Fins i tot ja el 1872 es va contraposar dins l'associació romàntica catalanista Jove Catalunya el model d'una Catalunya conformada per l'Església a un altre que donava el protagonisme a la mobilització del poble català (en el que va ser una primera formulació política i, per tant, generadora de divisions).

La burgesia econòmica local va acabar fabricant el seu pavelló de catalans il·lustres a mesura que es veié obligada a autoorganitzar-se per a tirar endavant iniciatives que hauria d'haver fet l'Estat (ferrocarrils, carreteres, canals, etc.). El federalisme i el sindicalisme obrer s'organitzaven en estructures que els eren pròpies i properes, i en rebutjaven d'altres que eren imposades des de fora; i el federalisme fins i tot va recórrer a la imatge de la vella Corona d'Aragó quan el 1868 va proposar una forma de lluita alternativa (Pacte de Tortosa). Tampoc no es pot oblidar l'enorme esforç fet per l'Església catalana, amb un centre important al Seminari de Vic, per a fonamentar i defensar la seva visió catòlica del particularisme catalanista i de les seves arrels històriques.

Però a tot això li costà moltíssim trobar la traducció a una política ben estructurada i amb capacitat d'acció pública permanent. De fet, es tractava de la lenta estructuració d'un sentiment particular (si es vol, nacional des de la perspectiva cultural lingüística) que només trobava una certa organització política lligada a altres reivindicacions, com va ser el cas del moviment federal durant el Sexenni Democràtic. No va ser fins al període 1879-1880, amb el protagonisme de Valentí Almirall, que el sentiment catalanista va començar a pensar en una forma d'organitzar-se per a l'actuació específica en relació amb aquell sentiment. El segon pas va ser treballar perquè aquesta acció superés el proselitisme catalanista i enfoqués l'organització cap al control polític electoral, amb la mobilització social subsegüent que això havia de comportar. Aquest salt qualitatiu no s'encetà fins a la darrera dècada del segle XIX, al mateix temps que es plantejà per primer cop d'una manera estructurada el repartiment de sobirania amb l'Estat (Bases de Manresa del 1892). En el pas de l'estructuració d'un sentiment a la seva conversió en acció política, el catalanisme tornava al primer pla l'herència quasi bisecular de la reivindicació identitària i sobiranista davant de l'Estat central.

No ens pot sorprendre aquesta organització política aparentment tan tardana. Fins i tot en els espais europeus on el nou estat liberal s'havia consolidat primer i on la vida liberal parlamentària havia assolit un funcionament més estable, va costar molt que la vida política dels partits assolís un grau d'implicació social mínimament transversal. De fet, durant força dècades la vida política va implicar només les elits aristocràtiques, burgeses i dels grans representants de les professions liberals. Es mantenia la mateixa concepció senyorial antiga que qui tenia diners i posició podia dedicar part

del seu temps a la «cosa pública» com una devolució parcial de la fortuna que li havia somrigut per naixença, per l'activitat econòmica o per mèrit en la seva vida. Una mica pertot arreu s'organitzaren dos grans partits de notables que es diferenciaven ben poc entre ells però que servien per a assegurar el joc parlamentari. La incorporació social en aquest clos a la pràctica tan tancat es va justificar a través del sistema del sufragi censatari, i la lluita dels sectors petitburgesos i de les noves classes mitjanes en ascens i amb necessitat d'incorporar-se a la vida pública es va centrar a anar forçant l'ampliació d'aquest sufragi restringit. Els partits d'opinió, socialment transversals, amb quadres fixos i vida estable en els períodes interelectorals, van tardar molt a aparèixer i a poder-se integrar en el debat oficial, tan controlat (recordem el pes coercitiu del caciquisme).

No és estrany, doncs, que al catalanisme li costés tant aquesta conversió política: es tractava d'un moviment que en principi no s'adreçava a un sector concret de la població per a defensar els seus interessos; es tractava d'un moviment subversiu en el sentit que discutia la plena sobirania d'un estat nació consolidat i reconegut internacionalment; i es tractava, finalment, d'un moviment que contestava la nacionalització empresa per l'estat de referència i que n'hi contraposava una d'alternativa. Si la immensa majoria del món del treball i dels sectors populars en general se seguien definint com a apolítics i el món burgès vivia amb gran temor la inestabilitat governamental i la crisi de violència social que li semblava incontrolable (temes greus en l'etapa finisecular), al catalanisme com a moviment li quedava un espai força reduït on poder proposar un programa polític electoral. De fet, molts dels vells proselitistes culturals seguien negant la possibilitat que el catalanisme es pogués integrar en el món de la corruptela política electoral.

Els protagonistes de la conversió política del catalanisme van acabar sent els mateixos intel·lectuals, estudiants i petits professionals liberals que anteriorment havien consolidat la seva proposta cultural lingüística. Segurament haurem d'especificar que van ser les noves generacions nascudes a partir del 1870 les que van decidir-se a fer aquest complex salt cap a l'acció política. Es tractava d'homes formats dins el corrent regeneracionista que va afectar especialment el món mediterrani a partir del 1871 (amb una gran influència del francès Ernest Renan) i que els va impulsar a la intervenció pública per a mirar de sostreure els seus països de l'endarreriment. Aquest intervencionisme del sector intel·lectual professional va connectar ben aviat amb el catalanisme i va acabar concretant-se i adquirint contingut en les assemblees successives de la Unió Catalanista. En aquestes reunions anuals (1892-1896), interrompudes per l'estat de guerra que afectà bona part de Catalunya durant la crisi colonial de finals de segle, es va tractar el problema de la sobirania catalana dins l'Estat espanyol (inici dels plantejaments autonomistes, que no es materialitzaren fins quaranta anys després amb l'Estatut de Núria), l'organització política i les condicions de la concurrència electoral, el finançament, un nou sistema tributari, la creació d'un funcionariat català modern, el programa de creació d'infraestructures, l'ensenyament català, etc. En definitiva,

el plantejament autonòmic, la gran proposta sobiranista del catalanisme, no era tan sols teòric, ja que anava acompanyat de la reflexió sobre l'organització política electoral imprescindible i del primer plantejament de l'obra de govern que calia desenvolupar.

Sabem que el primer èxit electoral del catalanisme polític va ser el del 1901 (atès que l'assaig del 1898 a Vilafranca del Penedès no havia reeixit), però no podem oblidar que la candidatura dels «quatre presidents» va guanyar amb el suport del 8% dels sufragis barcelonins, fet que va evidenciar que la seva capacitat de penetració social inicial va ser ben minsa. No obstant això, només sis anys més tard ja va assolir la connexió social de les classes mitjanes i d'amplis sectors populars de Barcelona amb altres demarcacions catalanes i va atreure a les urnes un absolutament inèdit 70 % del cens electoral. L'explicació habitual és que la gent va reaccionar indignada contra la repressió estatal, el mal govern i la resposta injusta i desproporcionada a l'assalt militar a les redaccions de *Cu-Cut!* i *La Veu de Catalunya* amb la Llei de jurisdiccions especials (militar). Però de repressió i mal govern n'hi havia hagut moltes vegades durant el segle anterior sense que en cap moment es lligués la protesta amb l'expressió catalanista organitzada. El 1907 la política catalana coordinada pel catalanisme polític per mitjà de la candidatura de Solidaritat Catalana disposava d'un programa reivindicatiu i de govern i d'una organització política (partits, quadres, premsa) prou contrastats per a atreure l'interès de molta gent. Podem pensar que aquesta connexió va ser possible tan aviat perquè la tasca d'extensió cultural nacional assajada durant tota la segona meitat del segle XIX i amb una intensitat i una pluralitat creixents havia fet camí i ara començava a fructificar. Encara que sembli estrany, la tasca nacionalitzadora empresa pel catalanisme com una alternativa a l'espanyolització estatal va donar els seus fruits. Hi ha pocs llocs al món on s'hagi produït un procés alternatiu similar.

Després, el catalanisme va demostrar amb la Mancomunitat una notable capacitat de govern amb una incidència força transversal (gràcies a institucions de l'àmbit sanitari o a l'Escola del Treball, per exemple). Pel que fa a la reivindicació sobiranista en l'etapa plenament política, fonamentalment s'ha produït coincidint amb períodes de crisi i de tensió internacional i/o amb períodes de debilitat manifesta de l'Estat central: al voltant de la Gran Guerra i de la crisi de la Restauració, en sortir de la dictadura de Primo de Rivera, en morir el dictador Franco o amb el canvi de mil·lenni.

IDENTITATS SOCIALS, IDENTITAT NACIONAL I REIVINDICACIÓ SOBIRANISTA

Amb el que hem dit fins aquí penso que es pot afirmar que una de les grandeses del catalanisme actual és que no ha inventat res. El catalanisme té darrere seu una llarga trajectòria al llarg de la qual ha elaborat un projecte cultural polític particular que ha sabut traduir en una reivindicació política perfectament justificada i ben estruc-

turada. Ningú no pot argumentar improvisació ni seguidisme d'uns líders que en un moment determinat hagin tingut una obnubilació; per aquest camí mai no es podran desqualificar les actuacions i els comportament col·lectius d'un moment concret com l'actual. El catalanisme moviment plural té perfectament argumentats el territori de la nació, la seva societat, els símbols, els mites, les institucions representatives i els projectes nacionals. No hi ha gaires moviments nacionalistes que no disposin d'estat propi i que puguin lluir una coherència persistent semblant. Per altra banda, aquest procés històric del catalanisme s'ha anat fent amb una societat plural i dinàmica, organitzada institucionalment en allò que ara denominem *societat civil*, la qual ha servit de coixí a l'impuls d'unes elits intel·lectuals i professionals que sense aquest substrat organitzatiu haurien estat ben poca cosa i sense la qual el moviment hauria pogut caure en el folklore.

El catalanisme ha reivindicat la seva sobirania en relació amb un procés històric en el qual ha trobat el subjecte en el factor poble, més que no pas en les individualitats. Ens podem preguntar, doncs, si això pot representar un llast en la fase actual d'un món occidental determinat per un individualisme exacerbant. Per altra banda, també ens podem preguntar si la gran coherència reivindicativa històrica, elaborada pel catalanisme a contracorrent del procés de consolidació dels estats nació, al cap i a la fi en els moments actuals li podrà representar un hàndicap: la longevitat li podrà provocar una esclerosi pròpia de la vellesa? I, finalment, ens podem preguntar fins a quin punt aquest catalanisme en el qual pesa tant l'experiència històrica podrà sobreviure a la deriva ahistòrica que es va anar consolidant en el món occidental a partir de la dècada dels seixanta del nou-cents i que a nosaltres ens va afectar una vintena d'anys més tard.

Són temes que resten oberts, però que no correspon a aquesta intervenció de resoldre.

Moltes gràcies.

SERVEI DOMÈSTIC, GÈNERE I CLASSE: UNA ANÀLISI HISTORICOJURÍDICA

Olga Paz Torres

Universitat Autònoma de Barcelona¹

«Thus, at sixteen, I entered into a career of drudgery where long hours, low wages and very often inadequate food were accepted standards of a life that was a thrust on one out of sheer necessity.»

LAVINIA SWAINBANK²

«Why should looms remain idle when tens of thousands of country girls fancied ribbons but could not afford to buy? By what social alchemy did inventions for saving labour become engines of immiseration?»

E. P. THOMPSON, *The making of the english working class*³

1. DISCRIMINACIÓ ECONÒMICA I SOCIAL DE LES DONES TREBALLADORES

Les preguntes pessimistes llançades per E. P. Thompson revelen formes d'explotació intolerables i respostes abocades a negar la màxima que defineix la societat capitalista com a lliure. Els canvis socials i econòmics soferts per les dones de classe treballadora durant la revolució industrial i la transformació del seu estatus en la família són dos aspectes que cal tenir en compte. Aquest capítol parteix de la base que la característica històrica que fixa la posició de les dones treballadores per compte d'altri és la discriminació econòmica i social fins a uns nivells que afecten la seva dependència i que es tradueixen en la seva exclusió de la condició de ciutadanes. Aquesta reducció teòrica, en canvi, no es correspon amb la realitat, ja que en la nostra societat contemporània les dones de classe treballadora eren reproductores i productores.

1. Olga.paz@uab.cat.

2. Text citat a T. McBRIDE, *The domestic revolution: The modernisation of household service in England and France, 1820-1920*, Londres, Croom Helm Ltd., 1976, p. 82.

3. Londres, Victor Gollancz Ltd., 1963 (1a ed.), p. 205.

Els estereotips, tòpics i llocs comuns sobre el servei domèstic ofereixen un discurs transversal intrínsec socialment que té com a resultat una legislació d'abandó i discriminació. La presència d'aquest discurs, patent en la legislació dels nostres dies, que enfonsa les seves arrels en etapes anteriors —vuitcentistes, però també en l'època franquista, per al cas d'Espanya—, mostra un llenguatge, una ideologia i unes conseqüències que no es corresponen amb els principis d'un estat social i democràtic de dret. El servei domèstic és difícil de definir. Inclou la realització de tasques que van des dels processos essencials de manteniment de la reproducció —com la cura de nounats i nens petits— fins al manteniment de les llars en les quals es presta el servei. En qualsevol cas, és important reconèixer el rol crucial que ha desenvolupat aquest sector malgrat ser un àmbit que ha passat molt desapercebut i que està clarament infraregistrat. Si bé el servei domèstic en les llars és crucial per a la vida familiar i és un evident suport social al sistema, encara roman devaluat i invisibilitzat. Les treballadores dedicades laboralment al servei domèstic són i han estat històricament una part de la fàbrica de la societat europea, la dignitat i la integritat de la qual, així com els seus drets com a treballadores, han estat i són permanentment vulnerades i violades. Sovint s'oblida que el treball domèstic és un àmbit principal i que la seva justa organització i regulació és fonamental. Des de la història social, i també des de la jurídica, constitueix un repte analitzar-ne l'evolució.

La visibilització d'aquest aspecte és el que dona lloc a una consciència de gènere i de classe, de diversos graus i abastos. El present capítol té com a finalitat oferir un estat de la qüestió de les problemàtiques en relació amb el servei domèstic i de la insuficient resposta de l'ordenament jurídic positiu des d'una perspectiva històrica. Aquesta recerca aportarà les propostes existents i discutides sobre aquest tema des d'una perspectiva comparada a partir de polítiques socials i les seves repercussions jurídiques, discriminatòries per a les dones. L'objectiu principal és revelar la situació històrica i legal d'un àmbit de treball que afecta especialment el col·lectiu femení. El procés de recerca pretén conèixer en quina mesura els diferents factors socials, jurídics i institucionals es relacionen amb el servei domèstic —i, per extensió, el treball femení— i com aquests elements es relacionen entre si.

El qüestionament de la separació tradicional entre esfera pública i esfera privada, la divisió entre espais polítics i espais domèstics, el pes de les històries fragmentades enfront de visions més totalitzadores i deterministes, permetran revelar les invisibilitats, les condicions de treball, des d'una perspectiva de gènere. Seguim la britànica Joan Scott, per a qui l'ús de la categoria «gènere» és decisiu en l'anàlisi històrica per tal d'evitar biaixos, com ja va posar de manifest a *Women, work and family*, publicat el 1978, i a «Gender: an useful category of historical analysis», publicat el 1986. Les teories hegemòniques sobre la ciutadania, engegades pel que fa al gènere i majoritàriament eurocèntriques, no tenen en compte que la mateixa categoria és un concepte global que inclou la relació entre l'individu, la societat i l'estat.

La lectura de la ciutadania en clau de gènere ha de considerar el problema de les dones no solament en contrast amb els homes, sinó també en relació amb la subordinació i la dominació respecte als grups socials. La definició liberal tradicional de *ciutadania* es construeix sobre la base que tots els ciutadans són iguals i que les diferències en funció de la classe, el gènere o la raça són irrellevants, en el sentit que no afecten el seu estatus de ciutadans. Feministes com Carol Pateman i Ursula Vogel han mostrat que la ciutadania excloent que afecta les dones, i el retard en l'obtenció dels drets derivats, és una parcel·la en la construcció dels drets adquirits pels homes.

En cert sentit, ha de desmantellar-se la identificació del que és privat amb el domini familiar i del que és polític amb el domini públic, i s'ha de subratllar que la construcció de la ciutadania depèn de diferents arestes i capes complexes, més transversals que la relació entre individu i estat. La característica històrica que fixa la posició de les dones treballadores per compte d'altri és la discriminació econòmica i social a uns nivells que afecten la seva dependència i que es tradueixen en l'exclusió de la condició de ciutadanes. Aquesta reducció teòrica, en canvi, no es correspon amb la realitat, ja que en la nostra societat contemporània les dones de classe treballadora eren reproductores i productores.

La visibilització d'aquest aspecte és el que dona lloc a una consciència de gènere i de classe, de diversos graus i abastos, amb impacte en els fòrums de discussió internacionals, que es converteixen en centres de debat als anys trenta del segle xx. Disciplines convergents com la història social i la història de les dones són essencials per a qualsevol recerca historicojurídica centrada en les dones de classe treballadora. La història de les dones té, entre d'altres, el repte de reescriure la història des de la perspectiva de gènere.

Els nous treballs sorgits com a conseqüència del capitalisme industrial fomenten l'estricta divisió sexual del treball pel fet que les dones de classe treballadora progressivament participen del treball extradomèstic. La societat liberal i burgesa practica l'exclusió absoluta de les dones de l'esfera pública, incloent-hi el mercat laboral, i, d'altra banda, se centra en l'admiració de la mestressa de casa i del treball dut a terme per aquesta, no considerat com a tal del moment que no es tradueix en diners.

La realitat històrica és molt diferent: dones que dins de la llar treballen com a mestresses de casa i a fora ho fan en treballs no declarats, a domicili, artesanals, etc. Aquestes circumstàncies difuminen en essència la divisió entre el que és públic i el que és privat.

El retard democràtic d'Espanya és evident respecte a altres països occidentals, on la lluita de les dones pel sufragi havia donat ja els seus primers fruits a la fi del segle xix, quan el vot els va ser concedit en diversos estats dels Estats Units. A Anglaterra, Alemanya i França el moviment comença el 1903. Geraldine Scanlon explica el retard del moviment feminista espanyol en funció del rebuig i l'oposició amb què Espanya es va enfrontar a dos fenòmens europeus que segons ella són l'arrel del mo-

viment feminista europeu i americà: les doctrines ideològiques que van inspirar la Revolució Francesa i els canvis econòmics produïts per la revolució industrial.

L'encreuament dels segles va certificar que havia arribat l'hora que les multituds —i amb fortes limitacions, les dones— entressin en la història. Aquesta irrupció va revelar una polifonia de veus que fins a aquell moment eren desconegudes. L'«enigma de la feminitat» es va alçar llavors com un dels grans temes de la fi de segle, creuant-se amb altres debats, igualment exaltats, sobre la qüestió religiosa, la qüestió social i la qüestió nacional. La feminitat no era una illa. Els moderns —Freud i els seus col·laboradors al capdavant— semblaven obsessionats a esbrinar què era la dona, què volien les dones, i es van obstinar a definir els trets d'una identitat col·lectiva construïda al marge de l'edifici simbòlic de les institucions, les lleis i els reglaments masculins. La dona moderna irrompia en un món d'homes, ocupant espais. Ara hi havia també «clubs» de dones, associacions i sindicats. I molts feminismes... —és una tradició—. En aquest context, es va brindar una oportunitat per a la participació femenina, absent o poc visible fins aleshores.

Efectivament, en la Primera Conferència de l'Organització Internacional del Treball (OIT), celebrada a Washington el 1919, va tenir lloc el Congrés Internacional de Treballadores, organitzat per les dones de la Women Trade Union, amb dos temes sobre la taula: la protecció de la maternitat i el treball nocturn de les dones. El 1920 s'havia de celebrar el VIII Congrés de l'Aliança Internacional per al Sufragi Femení (International Women's Suffrage Alliance, IWSA), el primer després de la Primera Guerra Mundial. Chrystal Macmillan, militant de l'Aliança a Londres, es va desplaçar a Madrid el 1919, quan a penes feia un any de l'organització i la militància dels grups espanyols, per a organitzar el Congrés a Madrid. Els objectius de l'IWSA continuaven centrant-se en la consecució del vot i la fixació posterior de drets polítics per a les dones, l'ajuda a països orientals en els quals la dona tenia la consideració d'esclava i la valoració de la presència de les dones en la Societat de Nacions.

La conflictivitat entre la Unió de Dones Antifeixistes (UME) i l'Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME) va aparèixer quan s'havia de prendre la decisió de qui havia de representar Espanya en el VIII Congrés de l'IWSA. Totes dues organitzacions s'enfrontaren públicament i l'ANME i l'UME entraren en competència fins al punt d'anul·lar Espanya com a seu congressual: el Congrés se celebraria a Ginebra. Al mateix temps, molts sectors de la premsa espanyola havien atacat la celebració del Congrés a Espanya perquè consideraven que tant l'ANME com l'UME defensaven un feminisme materialista.

Les directives del Consell Suprem Feminista i de l'ANME van escriure:

Las sociedades feministas que no forman parte del Comité para organizar el Congreso, no son ni han sido nunca contrarias a la celebración del mismo en España, sino que se celebre sin que el idioma español y las sociedades españolas ocupen el lugar que les corresponde.

Davant aquesta realitat, l'IWSA va acabar celebrant el Congrés al juny a Ginebra. Des d'allí —van assistir-hi delegades de l'ANME encapçalades per Isabel Oyarzábal— enviaren cròniques com aquesta:

En todos los países del mundo, menos ocho, incluyendo España, tienen el derecho de sufragio femenino, y nos demuestran con datos que en todos aquellos en que la mujer toma parte en su vida política, como miembro del Parlamento o en la Administración Local, su situación ha sido beneficiosa para el país [...] el feminismo no es ya un ideal de difícil solución sino una hermosa realidad.

El marc internacional és aprofitat pel col·lectiu republicà femení per a evidenciar la necessitat d'incorporar el punt de vista de les dones en la conformació d'un nou ordre mundial. La delegació espanyola de la Segona República a l'Assemblea General de la Societat de Nacions, celebrada entre el 7 i el 29 de setembre de 1931 i de la qual formava part Clara Campoamor, va presentar una resolució que va quedar aprovada per l'Assemblea de la manera següent:

La Asamblea, convencida del gran valor de la contribución femenina a la obra de la paz y de la buena armonía de los pueblos, fin esencial de la Sociedad de Naciones, ruega al Consejo examine la posibilidad de intensificar la colaboración de las mujeres en la obra de la Sociedad de Naciones.

Darrere d'aquestes intervencions, i en línies més generals, existeix tota una sèrie d'antecedents de participació i d'implicació internacional, especialment a la seu de la Societat de Nacions. Aquest és el cas de la Lliga Femenina Espanyola per a la Pau, del 1930, una associació més de les que es van crear a Espanya en suport a la institució internacional, al costat d'altres com el Consejo Internacional de Mujeres o la Alianza Internacional Pro-Sufragio Femenino. El plantejament general era discutir i aprovar la normativa internacional de protecció del treball femení assalariat realitzat fora de la llar. La ideologia prevalent era la que entén que la dona té el seu «lloc propi», que els treballadors homes fan seva per a preservar la seva autoritat patriarcal. La identitat masculina, base d'aquest discurs, radica en la respectabilitat del guanyador del pa, el qual és el proveïdor de la seva esposa i la seva família, fet que li atribueix una major consideració social.

Aquest aspecte es tradueix en el fet que les dones de classe treballadora —absents de l'escenari juridicopolític però no immunes— són objecte d'un major control moral que els homes de classe treballadora, impulsat pel legislador, burgès i reformista. Però, i les dones? Una primera constatació és que si bé les veus precursors del moviment feminista es van deixar sentir tímidament a Espanya, les que alimentaven les postures contràries a l'emancipació de la dona eren molt més potents, i no sols les provinents de l'Església, sinó també les del discurs científic i filosòfic.

Les protestes rellevants a favor d'una reforma legal tenen lloc ben entrat el segle xx. Concretament, la Constitució de la Segona República és la que estableix la igualtat jurídica entre els sexes dins i fora del matrimoni, la Llei del divorci i la consecució del dret a vot per a les dones espanyoles, com veurem més endavant.

L'ampliació de la categoria de «ciutadania» a sectors socials exclosos del seu exercici és un dels motors, un eix mobilitzador, de les revolucions liberals del segle XIX i dels processos de transformació democràtica dels principals països europeus. A Espanya no és fins a la Segona República que, de manera controvertida, les formes de participació política excloents es reformulen amb l'ànim de superar la visió restrictiva de la ciutadania política, tan associada a l'univers masculí.

El parlament espanyol va ratificar la Llei del 8 d'abril de 1932 (*Gaceta de Madrid*, 14 d'abril de 1932), per la qual es ratifiquen els convenis de l'OIT referents a l'edat mínima d'admissió d'infants en els treballs agrícoles, els treballs industrials i el treball nocturn. En aquesta llei es prohibia el treball de nens menors de catorze anys en empreses d'aquesta índole, tant les públiques com les privades, o en les seves dependències, durant les hores assenyalades per a l'ensenyament de les escoles públiques de cada localitat. Els jurats mixtos de treball rural o, a falta d'això, les delegacions del Consell de Treball, podien autoritzar amb finalitats de formació professional l'ocupació de nens durant les hores d'ensenyament en treballs agrícoles senzills en èpoques de recol·lecció per a una durada anual no superior als quatre mesos. Fora d'aquestes hores de treball, s'havia de garantir l'ensenyament públic. L'Ordre del 6 de març de 1934 (*Gaceta de Madrid*, 18 de març de 1934) va regular el treball de menors i dones en les tasques de soldadura de caixes de conserva. La normativa plantejava una flexibilitat en la seva aplicació que justificava la finalitat de la formació professional de nens menors de catorze anys durant el temps de recol·lecció. Autoritzava una pràctica habitual, i encara ho és en els nostres dies en el treball agrícola. La formació que era impartida a les escoles tècniques agrícoles s'equiparava amb la que rebien els menors durant les etapes d'increment del treball al camp.

2. ELS LLOCS COMUNS DEL SERVEI DOMÈSTIC: ABANDÓ I EXCLUSIÓ DEL MERCAT LABORAL

La present recerca se situa en els marges assenyalats i pretén dotar de visibilitat la situació històrica de les treballadores de la llar i les nombroses problemàtiques que hi estan associades. La dependència tradicional de les dones respecte dels homes era simultàniament psicològica i politicoeconòmica, i tenia conseqüències devastadores per a elles. Per regla general, el tradicional domini masculí de les associacions professionals i dels sindicats ha exclòs les dones en l'accés a les mateixes oportunitats laborals i ha reduït dràsticament l'oportunitat de solidaritzar-se entre elles. Aspectes com aquest, en l'un o l'altre sentit, i molts d'ells institucionalitzats i legislat, han pos-

sibilitat que els homes mantinguin el control sobre el treball femení i hagin perpetuat la seva dominació fins als nostres dies.

Amb el desenvolupament de la forma de vida capitalista, les persones grans, els nens i les dones participen visiblement menys en la producció econòmica i esdevenen dependents dels homes adults, que contribueixen amb diners al seu manteniment. Els estereotips, tòpics i llocs comuns sobre el servei domèstic ofereixen un discurs transversal intrínsec socialment que té com a resultat una legislació d'abandó i discriminació.

La presència d'aquest discurs, patent en la legislació dels nostres dies, que enfonsa les seves arrels en etapes anteriors —vuitcentistes, però també en l'època franquista—, mostra un llenguatge, una ideologia i unes conseqüències que no es corresponen amb els principis d'un estat social i democràtic de dret. El servei domèstic és un àmbit en general poc estudiat: hi pertanyen grups de treballadores de difícil recompte. Estem davant una mena de treball diferent del fix a temps complet, ignorat com a regla general perquè es considera que es tracta d'una producció fora del mercat. Els nous treballs sorgits com a conseqüència del capitalisme industrial infringeixen l'estricta divisió sexual del treball pel fet que les dones de classe treballadora progressivament participen més en el treball extradomèstic.

Pel que fa al cas britànic, fins ben entrat el segle XIX les dones treballen sobretot en fàbriques tèxtils i de ceràmica. Paral·lelament, el culte victorià a la domesticitat reforça la divisió sexual del treball. La societat liberal i burgesa practica una exclusió dominant de les dones de l'esfera pública, incloent-hi el mercat laboral, i, d'altra banda, se centra en l'admiració de la mestressa de casa i del treball dut a terme per aquesta, no considerat com a tal perquè no es tradueix en diners. Però la realitat històrica és molt diferent: dones que treballen com a mestresses de casa dins de la llar i a fora ho fan en treballs no declarats, a domicili, artesanals, etc.

Aquestes circumstàncies difuminen en essència la divisió entre el que és públic i el que és privat. Cap a finals del segle XIX algunes de les qüestions que sorgeixen són: 1) si les dones aconsegueixen majors quotes d'independència a causa del treball realitzat fora de la llar, especialment abans de contreure matrimoni, o si, per contra, 2) la industrialització incrementa l'opressió de les dones de classe treballadora, que es veuen obligades a treballar sota l'imperatiu de la necessitat. En el capitalisme industrial, la divisió sexual del treball predominant en l'àmbit domèstic es reforça i es trasllada, de manera que són els homes els que produeixen la força de treball, enfront de les dones, que depenen d'ells econòmicament. La ideologia prevalent és la que entén que la dona té el seu «lloc propi», que els treballadors homes fan seva per a preservar la seva autoritat patriarcal. La identitat masculina, base d'aquest discurs, radica en la respectabilitat del guanyador de pa, el qual és el proveïdor de la seva esposa i la seva família.

Aquest aspecte es tradueix en el fet que les dones de classe treballadora —absents de l'escenari juridicopolític però no immunes— són objecte d'un major control moral que els homes de classe treballadora, impulsat pel legislador, burgès i reformista. Però, i les dones? Davant les males condicions de treball, responen adaptant-se o bé

reivindicant-se? Quin tipus de poder informal exerceixen a través de la família de classe treballadora? Fonts com ara material autobiogràfic, diaris i correspondència de dones treballadores no es troben fàcilment. Altres fonts com, per exemple, la premsa dirigida a dones, els informes mèdics o els manuals d'economia domèstica, són més pròpies de les dones de classe mitjana. Disciplines convergents com ara la història social i la història de les dones són essencials per a qualsevol recerca historicojurídica centrada en les dones de classe treballadora.

La història de les dones té, entre d'altres, el repte de reescriure la història des de la perspectiva de gènere. La construcció dels significats en termes de la diferència —el que és femení no és masculí— permet mostrar la importància del llenguatge i el gènere en el camp de la història social i jurídica. La politòloga Nancy Fraser sosté que quan les necessitats es tradueixen en drets, es qüestionen els límits tradicionals entre les esferes econòmica, política i domèstica. La potent dicotomia entre el que és públic i el que és privat ha estat revisada amb afirmacions que la consideren una falsa oposició.

3. EL SERVEI DOMÈSTIC COM A PONT ENTRE LA SOCIETAT RURAL I LA SOCIETAT URBANA

Si se situa les dones de classe treballadora en l'espai central de la recerca, apareix una narrativa completament diferent sobre les relacions de gènere i de classe. Tradicionalment, aquest grup camina fora dels marges de la història; per contra, si es considera com un grup protagonista, canvia la percepció de les mesures polítiques, econòmiques i jurídiques en les quals elles estan implicades.

Si partim de la base que el coneixement històric ha estat construït des del poder dominant, les dones no constitueixen un grup social al qual la història defineixi com a precursor dels processos revolucionaris.

María Dolores Ramos constata el 1995 la paradoxa segons la qual «la història ha analitzat en tota la seva complexitat el que s'esdevé en l'esfera pública i ha oblidat, no obstant això, que és en la privacitat on s'aprehenen i s'interioritzen els rols socials i sexuals». Malgrat la revisió de tòpics feta des de la història social, el cos principal de la recerca existent no departeix amb la història de les dones o de gènere.

La necessitat actual d'exposar les diferències històriques dels grups marginats, els testimoniatges dels quals s'havien exclòs dels grans relats de la història social, troba el canvi de sensibilitat interdisciplinària en el rebuig del determinisme econòmic i en l'auge d'incorporar l'anàlisi cultural; en altres paraules, en el profund procés d'auto-crítica des de dins de la història social mateixa, que qüestiona la separació tradicional, ja esmentada, entre esfera pública i esfera privada, que convergeix en una dissolució entre espai públic/polític i espai privat/domèstic, i que atorga protagonisme a la subjecció del coneixement i a les històries fragmentàries enfront de les visions més totalitzadores i deterministes.

El postestructuralisme francès —amb el desconstruccionisme de Jacques Derrida, per exemple— i els estudis culturals britànics han resultat útils per a revisar, transformar i validar els mètodes d'anàlisi de la història social des d'un pensament feminista. En la historiografia britànica, historiadores com Joan Scott i Louise Tilly, i feministes com Sheila Rowbotham i Ann Oakley, concreten en la seva anàlisi els rols específics per raó de sexe atribuïts a les mestresses de casa, mares i treballadores, les vides de les quals en línies generals es defineixen en funció de les necessitats i expectatives familiars.

La condició de mare, o de mare en potència, de les dones treballadores comporta que les tasques a les quals s'han vist relegades estiguin relacionades amb funcions de maternitat social (infermeres, mestres, assistents, serventes, etc.). L'expansió fabril i el desenvolupament d'una legislació intervencionista han incrementat el cost de la reconciliació que han de dur a terme les dones treballadores una vegada contreuen matrimoni. La pertinença a una classe social i la subjecció cultural al gènere són aspectes cada vegada més utilitzats en la recerca històrica i imprescindibles per a incorporar nous punts de vista i objectes de coneixement a la història social.

A partir de la dècada dels vuitanta del segle xx hi ha hagut un interès creixent dels historiadors en el rol desenvolupat pels treballadors domèstics en les societats europees occidentals, aspecte que s'entén millor quan una part molt significativa de la població treballadora s'hi ha dedicat en algun moment de la seva vida. Aquesta circumstància, més acusada en països com el Regne Unit, ajuda a subratllar la importància de la contribució del servei domèstic a la definició dels models socials, econòmics i familiars contemporanis, especialment als països del nord d'Europa.

En el cas d'Espanya, més enllà de les desamortitzacions i els desmantellaments de l'Antic Règim esdevinguts, com se sap, en les dècades centrals del segle xix, la veritat és que no s'inicia el procés de modernització de les estructures socials, ni el de substitució de les classes més privilegiades, com la noblesa i el clergat. Més aviat al contrari: alts funcionaris, metges i advocats comencen a imitar l'antic estil de vida gràcies als rendiments derivats de la propietat.

Aspectes com els anteriors són essencials per a convergir en una primera afirmació: el servei domèstic, l'ocupació individual majoritària de les dones en el segle xix, actua de pont entre la societat rural, més tradicional, i la urbana, més moderna. A pesar que la industrialització proveïa formes alternatives al servei domèstic, aquest continuà atraient un nombre gens negligible de dones treballadores britàniques al llarg del segle xix. Theresa M. McBride hi troba l'explicació que es tracta d'un treball de caràcter tradicional que atreu especialment les dones solteres joves d'àmbits rurals.

Per a aquesta autora, la mobilitat del camp a la ciutat duta a terme per dones joves al llarg del segle xix té com a destinació principal el servei domèstic, treball que va facilitar una certa «modernització» dels valors de les dones implicades. Si bé els historiadors de la família i les estructures domèstiques han demostrat àmpliament la importància del servei domèstic, les publicacions que tenen com a objecte els servents

com a grup són menys significatives. El «servei» com a institució d'anàlisi és un espai que enriqueix la recerca en camps com la història de les dones, de la família, de la migració, de la mobilitat social, etcètera.

El servei domèstic, com a col·lectiu, no ha generat documentació material que pugui servir de suport a la recerca històrica. És usualment analfabet, amb una mobilitat elevada i, per regla general, aombrat per aquells a qui servia. Per a afegir majors dificultats, artesans i industrials mitjans, ocupadors del major nombre de servents domèstics, no han deixat constància del paper exercit per aquests en les seves economies familiars.

Un altre factor determinant de l'escassa atenció que s'ha dedicat al servei domèstic és que es tracta d'un àmbit majoritàriament femení. En conseqüència, existeix un gran desconeixement sobre la majoria de dones dedicades al servei domèstic, considerades per regla general insignificants des del punt de vista econòmic i un grup dependent i amb escàs control sobre la seva presa de decisions. No obstant això, hi ha recerques que han demostrat que per a un grup no menyspreable de dones el servei domèstic era una elecció, una manera de vida, més enllà d'un simple pas en el seu cicle vital.

Amb ingressos baixos, com ho eren els de la resta de dones treballadores, però amb una independència que superava la d'aquelles dones els paupèrrims salaris de les quals complementaven la unitat econòmica familiar en el cas de les dones treballadores casades, el servei domèstic era un treball que, dins d'uns límits, permetia a moltes dones joves i sense oportunitats, triar i ser relativament independents: al Londres victorià triaven el servei domèstic abans que el matrimoni, i un percentatge gens menyspreable entraven o tornaven al servei quan es quedaven vídues. L'auge del servei domèstic constitueix un element important en l'acceleració de la urbanització de les societats industrialitzades des de finals del segle XVIII fins a mitjan segle XIX. És una mostra de l'increment del benestar de les classes mitjanes urbanes, en clar contrast amb les incòmodes i brutes condicions de vida que ofería la ciutat als inicis de l'era industrial.

D'altra banda, l'anàlisi del servei domèstic des del punt de vista històric és crucial per a entendre l'augment de la «privacitat» —element indispensable de la modernitat vuitcentista— i com les elits es distancien dels treballadors domèstics.

En la nova concepció de l'habitatge burgès, normalment situat a les zones eixamplades de la ciutat, se supera la no diferenciació dels espais i s'observen tres zones diferenciades: els espais de representació, els familiars i els assignats al servei domèstic. Contràriament, el declivi del servei domèstic, situat en ple segle XX, és una mostra de l'augment de les oportunitats d'ocupació, especialment per a les dones. Ho confirma la dada següent: després del 1890 a Anglaterra el servei domèstic descendeix. Un punt d'inflexió significatiu és la Primera Guerra Mundial, com també ho és la depressió econòmica dels anys trenta del segle XX, ja que obliguen moltes dones a tornar al servei domèstic a causa del descens generalitzat dels ingressos familiars. Des d'un punt de vista analític, es presumeix que històricament el treball infantil és

determinant per a maximitzar els escassos ingressos de la unitat familiar en els casos de famílies de classe treballadora. La divisió sexual del treball constitueix, per tant, un aspecte que marca des d'edats molt primerenques i assigna tasques específiques en funció de si s'és nen o nena, qüestió que al seu torn afecta l'educació reglada que reben tant els nens com les nenes. De fet, l'escassa o absent educació d'aquestes va ser subratllada per la Comissió de Treball Infantil (Children's Employment Commission, 1862). I cal destacar que les nenes emprades en el servei domèstic havien estat excloses de la protecció oferta per la primera regulació, més centrada en tallers i fàbriques. És el 1867, a través de la *Workshop regulation act*, quan s'amplia la definició de «taller» i es prohibeix que cap nen o nena de menys de vuit anys treballi a mitja jornada, per la qual cosa s'estableix una classificació en funció de l'edat i les hores de treball permeses. El servei domèstic és, de sobres, l'àmbit on hi ha més dones treballadores. Aquesta dada confirma que en l'àmbit metropolità la divisió sexual del treball està directament relacionada amb l'assumpció de rols culturals masculins i femenins: l'esfera domèstica (relacionada amb tasques domèstiques de treball no oficial) és l'espai natural en el qual es desenvolupen les nenes treballadores, per regla general.

El servei domèstic com a sector i com a col·lectiu constitueix un factor essencial en l'anàlisi del mercat de treball, especialment pel que fa a les migracions entre el camp i la ciutat, el sexe, l'edat i els orígens de les treballadores domèstiques, i en la constatació que es tracta d'una ocupació que esdevé majoritàriament femenina a partir del segle XIX, i és que l'entrada en el servei domèstic és per a moltes dones joves una oportunitat d'obtenir ingressos, encara que siguin molt baixos.

4. LA RUPTURA DE LES FRONTERES EN EL DEBAT INTERNACIONAL: UNA OPORTUNITAT PER ALS DEBATS SOBRE LA IGUALTAT

Les fortes tensions polítiques i socials viscudes a Espanya van perjudicar el desenvolupament del feminisme en el segle XX. En general, el moviment va ser titllat d'irrellevant i burgès per l'esquerra, que a canvi oferia la perspectiva d'una emancipació total en una societat socialista o anarquista. La dreta, d'altra banda, va veure clarament, després de la seva desconfiança inicial, que la millor manera d'afeblir el moviment era apoderar-se'n i explotar-lo per a les seves pròpies finalitats. El moviment es va debatre, per tant, entre la indiferència de l'esquerra i les ambicions de la dreta, i, en conseqüència, va aconseguir molt poc.

La trajectòria del feminisme històric a Espanya reflecteix la pervivència d'una cultura excloent. El primer feminisme no parteix d'una noció d'igualtat, sinó de la diferència de rols socials i polítics entre homes i dones. Als anys vint del segle XX, amb l'impuls modernitzador que sacseja Europa, a Espanya la identitat femenina encara es continua basant en el discurs de la domesticitat, mentre que treball i vida pública conformen l'eix de la identitat masculina.

La campanya a favor del dret de la dona al treball va topar amb una hostilitat molt més gran fins i tot que la campanya en pro de la seva millor educació. La realitat és que la majoria de les dones espanyoles no estaven més convençudes que els homes del fonament dels seus drets professionals. És significatiu el fet que molts dels fullets dirigits a convèncer la dona del seu paper de submissió i obediència dins de la societat estaven escrits per dones.

També pel que fa a la situació laboral de la dona, Espanya experimentava un retard considerable en relació amb altres països. Però quina era la situació laboral de la dona espanyola? Naturalment, la polèmica entorn de la incorporació de la dona al treball concernia exclusivament la dona de classe mitjana. Les dones aristòcrates, òbviament, quedaven al marge d'aquest assumpte i, d'altra banda, el treball de les dones de classe baixa es veia com una cosa necessària que no podia entrar en discussions d'índole moral.

D'entre tots els treballs que exercien les dones, els acceptats més favorablement per la societat eren els que —com el de mestra— tendien a considerar-se com una prolongació natural del caràcter femení. Les reivindicacions en el terreny legal van ser escasses i van aconseguir poques coses en les últimes dècades del segle XIX. El 1888 el Partit Socialista Obrer Espanyol va incorporar en el seu programa la reivindicació d'una equiparació salarial entre els sexes pel mateix treball. Calgué esperar fins a la Llei del 13 de març de 1900 perquè s'iniciés de manera efectiva la legislació estatal de protecció de l'obra a Espanya. Les condicions de la dona en el treball van anar millorant amb l'ampliació d'aquesta legislació mitjançant el Reial decret del 13 de novembre de 1900, la Llei del 8 de gener de 1907 i el Reial decret del 21 d'agost de 1923. Aquestes lleis precursors ho són de l'ideari republicà i de la generació de dones que després van nodrir les files de la Segona República.

En línies generals, es tractava d'objectius compartits per les nostres republicanes, que, immerses en la crisi de consciència desencadenada per la guerra colonial, es van vincular a projectes cívics de caràcter secularitzador mentre intentaven reconstruir les seves identitats individuals i regular unes noves relacions socials de gènere que posessin fi a l'autoritarisme familiar, dignifiquessin el valor del treball femení, promoguessin l'educació integral de les dones i contribuïssin al reconeixement de l'autoritat femenina als espais públics i privats. Les dones republicanes espanyoles, especialment a partir de la configuració del Lyceum Club el 1926, van ser un autèntic lobby femení.

A força de suportar tot tipus de crítiques, aconseguiren ocupar una porció de l'espai públic als *anys de plata* de la cultura espanyola. La participació de les dones com a feministes actives en entitats com l'Associació Nacional de Dones Espanyoles, pionera a l'Espanya del 1918, o la Unió de Dones Antifeixistes, de clara tendència comunista, també és avantguardista: exigeixen llibertat i expressió pròpies. Viuen de manera diferent el cos, sense barret ni guants. Són modernes des de la lliurepensadora Carmen de Burgos, *Colombine*, fins a la catòlica Concha Espina. Ateneïstes, assídues al Lyceum Club, activistes, universitàries algunes, escriptores, periodistes i confe-

renciants. Dones —Celsia Regis, Francesca Bonnemaison o Dolors Monserdà— que formen part *grosso modo* del moviment feminista burgès, del qual el Lyceum Club és protagonista, en comparació amb el tractament del problema de la dona des del vessant anarquista de les primeres dècades del segle xx, sota el guiatge de l'anarquista més coneguda, Frederica Montseny, i de publicacions com *La Revista Blanca* o *Estudis*, que es manifesten a favor de la igualtat sexual. Davant els impediments generalitzats d'aquest accés, les dones busquen la creació d'espais públics propis, com el Lyceum Club, fundat el 1926 per Maria de Maeztu, en els quals es combat amb noves idees l'imaginari col·lectiu anterior, basat en l'exclusió de la dona i la seva consideració com a «segon sexe», o en el mite de la «perfecta casada», en un lloc a part del que correspon a l'individu en les societats liberals i postliberals com a subjecte polític.

De fet, les dones apareixen representades simbòlicament com a autèntiques *outsiders* de la política i l'arquetip masculí és el dominador del coneixement científic, una de les màximes de la modernitat. Les dones busquen espais per a la seva independència professional, llocs on, a més de parlar, puguin exercir.

El segle xx impulsa el tractament col·lectiu del «problema femení» des de la comunitat internacional. Per descomptat, també els moviments femenins col·lectius modifiquen vincles i obren llocs de contacte, i, òbviament, creen tensions. Un dels aspectes més importants és que fan patent un malestar global que es tradueix en la demanda de les dones —Iris M. Zavala parla de «veritable underground de transformacions i idees»—. En el període d'entreguerres sorgeix un nou estil polític i discursiu. En altres espais, són els «bojos anys vint» del xarleston, el cubisme i el futurisme, de la Bauhaus, els gratacels i l'expressionisme alemany, de Virgínia Woolf i la seva habitació.

L'abast de la política i de les relacions internacionals de la Segona República espanyola, centrades fonamentalment en l'anhel pacifista, té com a referent el debat internacionalista del moment; més concretament, les ideologies i inquietuds sobre quins són els temes objecte de preocupació en el vèrtex comú de la política internacional de la Societat de Nacions i de la Segona República espanyola. Aquesta s'entén com el moment de culminació del regeneracionisme, aspecte que implica una superació social, econòmica i moral dels problemes que la monarquia havia comportat per al país. L'eix fonamental de la nova política internacional és la clara cooperació en el manteniment de la pau mundial. Aquest pensament se situa en la línia del que havia publicat feia unes dècades Àngel Ganivet en la seva obra *Idearium español. El porvenir de España* (1897), o del que estava defensant en diversos fòrums el que va ser ambaixador de la República en la Societat de Nacions, Salvador de Madariaga.

Aquesta projecció internacionalista de la Segona República és conseqüència dels antecedents històrics de crisi. El Desastre del 98 implica dues actituds: l'adopció d'una política basada en la neutralitat, exemplificada en l'aïllacionisme com la millor manera de desenvolupar-se en la denominada «Europa de la pau armada», i l'evidència dels veritables interessos internacionals d'Espanya i l'establiment dels objectius posteriors. Quatre són els esdeveniments històrics que cal tenir en compte en aquest con-

text: les aliances de la primera dècada del segle, la Primera Guerra Mundial, la creació de la Societat de Nacions i els efectes de la crisi econòmica. L'adhesió d'Espanya a la Societat de Nacions el 1919 i la correlativa acceptació de la part XIII del Tractat de Versalles, en la qual es va crear l'OIT, havien inaugurat una etapa de profitosa recepció d'instruments laborals internacionals que la dictadura de Primo de Rivera havia fomentat. La ciutat d'acolliment tant de la Societat de Nacions com de l'OIT va ser Ginebra i els temes de referència van ser els relacionats amb l'impuls d'una legislació internacional de caràcter públic com a base del dret desenvolupat posteriorment a escala nacional en l'àmbit laboral.

L'anhel pacifista referit a l'inici és simptomàtic del caràcter de «laboratori» del sistema dissenyat per a trobar solucions i vies de resolució als conflictes de treball ocasionats pel sistema econòmic dels propis governs. Amb el Tractat de Versalles (1919) es va crear l'OIT i, segons el seu primer director, Albert Thomas, les tasques que se li van encomanar des dels seus orígens van ser dues:

Establecer por doquiera un régimen de trabajo «realmente humano», instituir e imponer —con las reservas del caso, dada la soberanía de cada estado— una legislación internacional del trabajo. A la vez por un afán de humanidad y por el miedo a una competencia mutua desleal, todos los estados contratantes se han comprometido a garantizar, mediante la adopción de normas uniformes (proyectos de convenio) o medidas equivalentes (recomendaciones), mejores condiciones de trabajo y, en la medida de lo posible, iguales para todos los trabajadores del mundo.

Aquesta política d'internacionalització de les condicions de treball s'expressa amb tota claredat en l'exposició de motius del Reial decret del 24 de maig de 1928, signat per Primo de Rivera, pel qual s'autoritzava el Govern a ratificar tres convenis de la Conferència de l'Organització Internacional del Treball. Es tracta dels relatius a la jornada industrial de vuit hores (Conferència de Washington, 1919), als accidents de treball (Conferència de Ginebra, 1925) i a la igualtat de tracte de treballadors nacionals i estrangers en matèria d'accidents de treball (Conferència de Ginebra, 1925). En efecte, el mateix Madariaga sosté que la política exterior d'Espanya ha de ser una manifestació més de la «filosofia de la República», i així es plasma en la Constitució del 1931 quan s'estableix que els principis generals de democràcia, justícia i llibertat que regeixen la política interior han d'inspirar la internacional. L'article 7 d'aquest text sosté que l'Estat espanyol acatarà les normes universals de dret internacional i les incorporarà al seu dret positiu, i l'article 65 estableix que tots els convenis internacionals ratificats per Espanya i inscrits en la Societat de Nacions i que tinguin caràcter de llei internacional, es consideraran part constitutiva de la legislació espanyola. I no podem deixar d'esmentar la referència que fa l'article 76 als convenis de l'OIT. Aquests aspectes estan dirigits a la constitució d'una comunitat internacional organitzada. S'estableixen noves divisions polítiques i s'inaugura un sistema que tindrà

una gran ressonància: la intervenció. La falta d'organització institucional se supleix amb les estructures d'equilibri existents fins a la Primera Guerra Mundial, basades en el sistema del «concert europeu», fonamentat en l'equilibri de poder. És evident que la Gran Guerra és un cop fort per al desenvolupament del dret de gentes i produeix un desànim molt marcat respecte de l'efectivitat d'aquest ordre jurídic, entès com un sistema no formal, atès que manca d'un tractat escrit i que funciona a través de reunions més o menys espontànies en ocasió d'un conflicte o una qüestió que afecta Europa. L'objectiu primordial és la consecució de la pau mundial. Especialment estem pensant en temes com la delimitació de les fronteres: no oblidem que Europa domina el món, ja que tot Àfrica és a les seves mans, igual que l'Índia, el Vietnam, la Polinèsia o part de l'Àsia Menor. O en aspectes relatius al comerç internacional o la independència de nous països... En aquests supòsits, els països europeus es reuneixen de manera informal. N'és un exemple la Conferència de Berlín (1885-1886).

El dret internacional d'aquest moment està integrat fonamentalment per normes elaborades per cossos diplomàtics, principis generals, etc., i predomina l'absència d'una dogmàtica establerta i elaborada a l'estil del dret públic i el dret privat. Els anys immediatament posteriors a la Primera Guerra Mundial impliquen el sorgiment de nous estats en la societat internacional, un nou tipus de relacions basades en la multilateralitat i l'aparició de la primera organització política internacional, representada en la Societat de Nacions. Ha arribat el moment en el qual la història diplomàtica esdevé història de les relacions internacionals.

5. ALGUNES CONCLUSIONS

Al segle XIX les fronteres socials tradicionals s'eclipsen pel ràpid desenvolupament de l'economia de mercat i la creació de la societat de classes. Totes les relacions socials, incloent-hi les divisions per raó de gènere, es veuen afectades per aquest canvi. No és superflu recordar que no és el treball en si el que degrada o engrandeix, sinó el poder dels grups dominants, que són els que defineixen quines tasques, quins treballs, són considerats socialment degradants o rellevants; circumstància que força la construcció de categories socials carregades de prejudicis. Cap dels habitants de la part de la societat en penombra permanent pot aspirar a ser inclòs en el cos polític i de presa de decisions: dones, nens, servents i altres membres de la classe treballadora, així com els nadius a les colònies i, per extensió, tots els que no siguin blancs. Col·lectius que es relacionen amb comportaments més animals que no pas racionals. Des de finals del segle XVIII i principis del XIX, l'estil de vida de la classe mitjana es caracteritza per l'èmfasi en la importància de l'ordre, incloent-hi també el domèstic. Mentre que la responsabilitat del domini de la llar i de les demandes emocionals del marit i dels nens és una responsabilitat de l'esposa i mare, hi ha un esforç continuat per separar l'esforç manual —més pesat i brut— de les tasques domèstiques, assignat a les serventes. Si bé

aquesta divisió entre les tasques domèstiques més emocionals i les més físiques depèn dels recursos econòmics de la unitat familiar, així com del nombre de nens, existeix una pressió creixent per a emprar un nombre elevat de serventes i, a mesura que avança el segle, en tasques cada vegada més especialitzades.

A mitjan segle XIX és una realitat que el nombre de servents domèstics masculins ha descendit considerablement i que han estat substituïts per dones, majoritàriament joves i solteres. La industrialització i la urbanització tradicionalment han estat la base del creixement del servei domèstic com a força de treball, entesa per alguns autors (com Cosir [1973] o Boserup [1970]) com una forma d'ocupació obsoleta en les societats avançades. D'acord amb aquest model, el nombre de serventes domèstiques descendeix ràpidament a mesura que apareixen noves oportunitats laborals per a les dones.

Al segle XIX la mecanització progressiva del treball agrícola porta moltes dones joves a buscar ocupació com a serventes als barris urbans de les classes mitjanes: per exemple, al voltant de dos milions de dones van ser contractades com a tals en la segona meitat del segle XIX a la Gran Bretanya, especialment al sud d'Anglaterra, quan el servei domèstic representava el quaranta per cent del treball femení.

Durant la Segona Guerra Mundial moltes d'aquestes dones van trobar noves formes de treball a mesura que les oportunitats per a les dones s'anaven incrementant. Després de la guerra, el servei domèstic tradicional, que vivia les vint-i-quatre hores del dia a casa de l'ocupador (*live-in servants*), desapareix en la majoria de llars de classe mitjana i la mística de la feminitat persuadeix moltes dones de fer les tasques domèstiques pròpies elles mateixes. El servei domèstic, pel fet que es desenvolupa en l'espai privat de l'ocupador, transgredeix els marges públic/privat i la dicotomia producció/reproducció. Autors com Pappas-DeLuca argumenten que aquesta interdependència permet a la treballadora de la llar desenvolupar un espai propi de resistència. Aspectes com la mobilitat física i social estan presents i en conflicte permanent, i és un fet el canvi de les dones des dels marges cap al centre. A gran escala aquest desplaçament femení visualitza les tensions entre localitat i globalitat en el que Bhabha ha definit com a «third space», els residents del qual estan permanentment refent els marges i canviant les bases de la diferència.

Aquest tercer espai, que es relaciona directament amb la unitat familiar, és també un lloc on apareixen en primer terme producció i reproducció. Per exemple, la redistribució que té lloc en la família entre els membres que aporten guanys i els que no, està directament relacionada amb la divisió del treball inherent a l'organització patriarcal i capitalista de la producció, així com amb els canvis duts a terme pels poders públics en la intervenció en les relacions laborals. Les perspectives de treball en un aparentment «espai protegit» fan que molts pares permetin a les seves filles deixar la llar i traslladar-se a la ciutat a buscar treball. Al seu torn, els ocupadors entenen que l'oferiment d'allotjament i manutenció a casa seva és un acte de caritat que no necessita ser retribuït amb un salari. Per tant, a les restriccions espacials i físiques de les treballadores de la llar se sumen els condicionants i prejudicis socials derivats del seu sexe i la seva classe.

El servei domèstic és una ocupació inusual en el sentit que es desenvolupa a la llar de l'ocupador, és el lloc de treball del treballador i, alhora, un espai de relacions familiars i interpersonals. Aquestes relacions són especialment interessants d'analitzar des de la perspectiva de gènere perquè exploren aspectes com ara la dominació i la subordinació entre dones, la majoria de vegades de diferents races i classes socials. La recerca d'aquestes relacions jeràrquiques és rellevant perquè revela les formes d'interrelació entre classe social i gènere i perquè qüestiona estereotips que atorguen als homes tot el poder i resten a les dones tota l'autoritat. Regular el que és difícilment regulable? La formalització i institucionalització del servei domèstic és un repte encara pendent, sobretot pel que fa a l'estructuració de les relacions entre ocupador i treballadora de la llar. Encara que la formalització de la relació laboral no elimini jerarquies, brinda elements per a fer-la més equilibrada: possibles canvis que no transformaran les relacions de poder descrites, però que podran produir noves connexions subtils però palpables entre gènere i classe.

6. BIBLIOGRAFIA

- AUGUST, A. *The british working class, 1832-1940*. Harlow: Pearson Longman, 2007.
- BARBER, M. «Below stairs: the domestic servant». *Material History Bulletin*, núm. 19 (1984), p. 37-46.
- BHABHA, H. *The location of culture*. Londres: Routledge, 1994.
- BURGUERA, M. «La influencia de Joan Scott en la historia contemporánea de España: historia social, género y “giro lingüístico”». A: BORDERÍAS, C. (ed.). *Joan Scott y las políticas de la historia*. Barcelona: Icaria, 2006, p. 179-220.
- CASTIGLIONE, D.; SHARPE, L. (ed.). *Shifting the boundaries: Transformation of the languages of public and private in the eighteenth century*. Exeter: Liverpool University Press, 1995.
- DAVIDOFF, L. «Class and gender in victorian england: the diaries of Arthur J. Munby and Hannah Cullwick». *Feminist Studies*, vol. 5, núm. 1 (1979), *Women and power: dimensions of women's historical experience*, p. 86-141.
- Domestic service and the formation of European identity: Understanding the globalization of domestic work, 16th-21st Centuries*. Berna: Peter Lang, 2004.
- DUBERT, I. «Domestic service and social modernization in urban Galicia, 1752-1920». *Continuity and Change* [Cambridge: Cambridge University Press], núm. 14 (2), 1999, p. 207-226.
- DURÁN, M. A. *De puertas adentro*. Madrid: Instituto de la Mujer, 1987.
- FOLGUERA, P. «Mujer y cambio social». *Revista Ayer*, núm. 17 (1995), p. 155-171.
- FRASER, N. *Unruly practices: Power, discourse, and gender in contemporary social theory*. Cambridge: Polity, 1989.
- GOODMAN, D. «Public sphere and private life: toward a synthesis of current historio-

- graphical approaches to the old regime». *History and Theory*, núm. 31 (1992), p. 1-20.
- GRAVES, P.; WHITE, J. «An army of redressers: the recent historiography of british working class women». *International Labor and Working Class History* [Cambridge University Press], núm. 17 (1980), p. 1-17.
- HARRIS, O. «Households and their boundaries». *History Workshop*, núm. 13 (1982).
- HARTMANN, H. «The family as the locus of gender, class, and political struggle: the example of housework». *Signs* [The University of Chicago Press], vol. 6, núm. 3 (1981), p. 366-394.
- HENSHALL, J. *Gender, migration and domestic service*. Londres: Routledge, 1999.
- HINDESS, B. *Politics and class analysis*. Oxford: Wiley-Blackwell, 1987, esp. p. III-24.
- HONDAGNEU-SOTELO, P. «Regulating the unregulated?: Domestic workers and their social networks». *Social Problems*, núm. 4 (1994), p. 50-64.
- HORN, P. «Child workers in the pillow lace and straw plait trades of victorian Buckinghamshire and befordshire». *The historical Journal* [Cambridge University Press], vol. XVII, núm. 4 (1974), p. 779-796.
- HORN, P. *The rise and fall of the victorian servant*. Nova York: St. Martin's, 1975.
- KATZMAN, D. M. *Seven days a week: Women and domestic service in industrializing America*. Nova York: Oxford University Press, 1978.
- KENT, D. A. «Ubiquitous but invisible: female domestic servants in mid-eighteenth century London». *History Workshop Journal* [Oxford University Press], núm. 28 (1989), p. 111-128.
- KESSLER-HARRIS, A. *Gendering labor history: The working class in American history*. Urbana: University of Illinois Press, 2007.
- KIRBY, P. «A brief statistical sketch of the child labour market in mid-nineteenth century London». *Continuity and Change* [Cambridge University Press], vol. 20, núm. 2 (2005), p. 229-245.
- LUKÁCS, G. *Historia y consciencia de clase*. Traducció al castellà de Manuel Sacristán. Ciutat de Mèxic: Grijalbo, 1969 [1a ed.: 1923].
- MATTHIES, S. «Families at work: an analysis by sex of child workers in the cotton textile industry». *Journal of Economic History* [Cambridge University Press], vol. XLII, núm. 1 (març 1982), p. 173-180.
- MAYHEW, H. *London labour and the London poor*. Edició a cura de V. Neuburg. Harmondsworth: Penguin Books, 1985 [1a ed.: 1852].
- MCBRIDE, T. *The domestic revolution: The modernisation of household service in England and France, 1820-1920*. Londres: Croom Helm Ltd., 1976.
- MELDRUM, T. «Domestic service, privacy and the eighteenth-century metropolitan household». *Urban History* [Cambridge: Cambridge University Press], vol. 26, núm. 1 (1999), p. 27-39.
- NASH, M. *Presencia y protagonismo: Aspectos de la historia de la mujer*. Barcelona: Serbal, 1984, p. 19-20.

- PALMER, Phyllis M. *Domesticity and dirt: Housewives and domestic servants in the United States, 1920-1945*. Filadèlfia: Temple University Press, 1989.
- RAMOS, M. D. «Historia social: un espacio de encuentro entre género y classe». *Revista Ayer*, núm. 17 (1995), *Las relaciones de género* [coord.: G. Gómez-Ferrer], p. 85-102.
- RAMOS, M. D. *Mujeres e historia. Reflexiones sobre las experiencias vividas en los espacios públicos y privados*. Màlaga: Atenea, 1993.
- RILEY, D. *Am I that name?: Feminism and the category of women in history*. Londres: Palgrave McMillan, 1988.
- SARASÚA, C. *Criados, nodrizas y amos: El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño, 1758-1868*. Madrid: Siglo XXI, 1994.
- SCHWARZ, L. «English servants and their employers during the eighteenth and nineteenth centuries». *Economic History Review*, núm. 52 (1999), p. 236-256.
- SCOTT, J. «On language, gender and working-class history». *International Labor and Working-Class History*, núm. 31 (1987), p. 1-13.
- SCOTT, J. *Gender and the politics of history*. Nova York: Columbia University Press, 1988.
- SCOTT, J. «The evidence of experience». *Critical Inquiry*, vol. 17, núm. 4 (1991), p. 773-797.
- STANSELL, C. *City of women: Sex and class in New York, 1789-1869*. Nova York: Alfred A. Knopf, 1986.
- STRASSER, S. *Never done: A history of American housework*. Nova York: Pantheon, 1982.
- SUTHERLAND, D. E. *Americans and their servants: Domestic service in the United States from 1800 to 1920*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1981.
- THOMPSON, E. P. *The making of the English working class*. 1a ed. Londres: Victor Gollancz Ltd., 1963.
- TILLOT, P. M. «Sources of inaccuracy in the 1851 and 1861 censuses». A: WRIGLEY, E. A. (ed.). *Nineteenth-century society: Essays in the use of quantitative methods for the study of social data*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972.
- TURBIN, C. «Domestic service revisited: private household workers and employers in a shifting economic environment». *International Labor and Working-Class History*, núm. 47 (1995), p. 91-100.
- VICKERY, A. *Behind closed doors: At home in Georgian England*. New Haven: Yale University Press, 2009.
- YUVAL-DAVIS, N. «Women, citizenship and difference». *Feminist Review*, núm. 57 (1997), *Citizenship: pushing the boundaries*, p. 4-27.
- ZEITLIN, J. «From labour history to the history of industrial relations». *Economic History Review*, vol. 40, núm. 2 (1987), p. 159-184.

ELS FONS MARINS: PATRIMONI COMÚ DE LA HUMANITAT. VALORACIÓ DES DE L'EXERCICI DE LA SOBIRANIA

Anna M. Badia Martí

*Catedràtica de dret internacional públic
Universitat de Barcelona*

1. PLANTEJAMENT

El punt de partida d'aquesta exposició és respondre a la qüestió «per què tractem el concepte de *patrimoni comú de la humanitat* en un seminari sobre la sobirania?».

El concepte de *patrimoni comú de la humanitat* sorgeix als anys setanta com a aproximació «revolucionària» enfront de la consolidació de la divisió de l'espai terrestre mundial en zones que estan sota la sobirania territorial dels estats. Es tracta d'un concepte jurídic destinat a regular els espais que els estats decideixen que queden fora de l'aplicació de la sobirania territorial. Naturalment, es tracta d'espais que per la seva configuració són especials i de difícil apropiació sota els criteris d'adquisició del territori i d'ocupació posterior.

Els espais amb possibilitat de donar contingut a aquest concepte són: l'Antàrtida, l'espai ultraterrestre i els cossos celestes, l'alta mar i els fons marins. Tots ells tenen en comú dos trets que s'han pactat en tractats internacionals: no són susceptibles d'entrar a formar part de la sobirania territorial d'un estat i el seu espai es gestiona de manera consensuada. Aquests són els punts comuns, però cadascun dels espais té la seva evolució i, per tant, els compromisos de gestió internacional dels recursos també hi tenen diferent contingut, tema detonant pel que fa als interessos sobre cadascun dels espais i els qui són cridats, o tenen possibilitats de ser-ho, a aquesta gestió internacional.

L'Antàrtida està regulada pel règim internacional antàrtic, que té el seu origen en el Conveni de Washington del 1959¹ i està consolidat, cosa a la qual ha contribuït l'es-

1. Va entrar en vigor el 23 de juny de 1961 (*Boletín Oficial del Estado* [BOE], núm. 152, 26 de juny de 1982).

tabliment de la Secretaria del Tractat de l'Antàrtic a l'Argentina.² El règim té el punt central de deixar en suspens les pretensions territorials³ i establir el pacte de dedicar l'espai a la recerca científica de manera cooperativa, si bé en queden al marge els usos militars, a més d'una moratòria, *sine die*, de l'explotació dels recursos,⁴ imprescindible per a la protecció del medi, qualificat de «reserva natural».⁵ Interessa retenir, pel que fa al que tractem en aquest treball, que els grups d'estats de la comunitat internacional es divideixen en: estats que formen part del règim antàrtic, i hi distingim entre els que inicialment van signar el Tractat de l'Antàrtic i els que s'hi han adherit posteriorment, i un tercer grup d'estats que no s'han sumat al règim antàrtic però que els és oposable en el sentit que es considera un «règim objectiu», en la versió àmplia d'aquest que proposa el relator Waldock.⁶ Malgrat les discrepàncies existents entorn del concepte de *règim objectiu*, una nota definitiva d'aquest diu que «[...] es la regulación internacional de un espacio físico concreto excluido de la soberanía de cualquier estado».⁷

L'espai ultraterrestre i els cossos celestes tenen també un règim internacional a partir del Tractat del 1967 sobre els «principios que deben regir las actividades de los

2. <www.ats.aq/index_s.html> (consulta: 27 febrer 2022).

3. L'article 4 del Tractat de l'Antàrtic reconeix les pretensions, però les deixa en suspens. Pretensions que provenen o bé del descobriment i l'ocupació posterior o bé de la prolongació de les fronteres dels estats veïns fins al Pol Sud.

4. Protocol al Tractat de l'Antàrtic sobre la protecció del medi ambient, del 4 d'octubre de 1991 (BOE, núm. 42, 18 de febrer de 1998).

5. Veg. l'article 2 del Tractat de l'Antàrtic.

6. «1. Un tratado establece un régimen objetivo cuando se deduce de sus estipulaciones y de las circunstancias de su celebración que la intención de las partes es crear en interés general obligaciones y derechos de carácter general relativos a una región, estado, territorio, localidad, río o vía navegable determinados o a una determinada zona del mar, fondo del mar o espacio aéreo, a condición de que entre las partes figure algún estado que tenga competencia territorial con referencia a la materia que sea objeto del tratado o que tal estado haya consentido en la disposición de que se trate. 2 a) Cuando un estado que no sea parte en el Tratado consiente expresa o implícitamente en la creación o en la aplicación de un régimen objetivo, se considerará que ese estado ha aceptado dicho régimen. b) Cuando un estado que no sea parte en el Tratado no proteste contra el régimen, ni manifieste de otra forma su oposición al mismo, durante un plazo de x años contando desde la fecha de registro del Tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas. 3. Un Estado que haya aceptado un régimen del tipo mencionado en el párrafo primero: a) estará sujeto a cualesquiera obligaciones que el mismo entrañe y b) podrá invocar las disposiciones del régimen y ejercitar todo derecho de carácter general que el régimen confiera, con sujeción a las estipulaciones del Tratado. 4. Salvo que se disponga otra cosa en el Tratado, un régimen del tipo mencionado en el párrafo primero solo podrá ser modificado o revocado por las partes en el Tratado con el asentimiento de los estados que hayan aceptado expresa o implícitamente el régimen y tengan un interés sustancial en su aplicación» («Derecho de los tratados [tema 3 del programa]: Documento A/CN.4/167 y Add. 1 a 3. Tercer informe sobre el derecho de los tratados, por Sir Humphrey Waldock, relator especial», a *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, Nova York, Naciones Unidas, 1965).

7. M. A. MARTÍN LÓPEZ, «Estudio de los regimenes objetivos en el derecho de los tratados», *REEI: Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 20 (2010), p. 10.

estados sobre la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes».⁸ L'Acord del 5 de desembre de 1979 sobre les activitats dels estats a la Lluna i altres cossos celestes⁹ estableix en el seu article 11 que la «Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad» i que els «estados partes en el presente acuerdo se comprometen a establecer un régimen internacional, incluidos los procedimientos apropiados, que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna, cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser posible». En paraules de Juan Manuel Faramiñán Gilbert, «[...] hay que reconocer que como consecuencia de ello este tratado no tiene el refrendo que se esperaba de la comunidad internacional, aspecto que continúa siendo en nuestros días una deuda pendiente con los intereses de la humanidad».¹⁰ No s'albira de moment que s'estigui avançat en aquest sentit, sinó més aviat al contrari.

Dos espais marins formen part de la Convenció de les Nacions Unides sobre el Dret del Mar (CONVEMAR, 1982):¹¹ alta mar i fons marins. Aquest últim espai és la màxima expressió del concepte de *patrimoni comú*, almenys fins ara, i és l'objecte d'estudi en aquest treball.

No em consta que s'invoqui el concepte de *patrimoni comú* en alta mar, espai que es regeix per les quatre llibertats del mar, a les quals ja es referia Grotius i que són de naturalesa consuetudinària: llibertat de pesca, llibertat de navegació, estesa de cables i canonades, i sobrevol, regulat en el Conveni del 1958 sobre alta mar.¹² Les quatre llibertats es desenvolupen en la CONVEMAR, text que, a més de precisar el que pot fer-se en aquest espai, hi afegeix la llibertat de recerca científica i la llibertat de construir illes artificials i altres instal·lacions.¹³ Tots els estats gaudeixen dels mateixos drets en l'exercici d'aquestes activitats, però també han de tenir en compte la reglamentació dels altres espais que no són alta mar, la protecció del medi marí i la utilització exclusivament pacífica de l'espai. A més, es garanteix l'accés a aquest espai als estats que no disposen de litoral.

Així, tenim un règim jurídic de l'alta mar que es concreta en el fet que «[n]ingún estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de la alta mar a su soberanía».¹⁴

8. BOE, núm. 30, 4 de febrer de 1969.

9. Text adoptat en la resolució A/RES 34/681, del 1984, en la qual Espanya no és part i que ha estat ratificada per disset estats.

10. J. M. de FARAMIÑÁN GILBERT, *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial: Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*, Santa Cruz de Tenerife, Kinnamon, 2020, p. 18.

11. Va entrar en vigor el 16 de novembre de 1994 (BOE, núm. 39, 14 de febrer de 1997).

12. BOE, núm. 319, 25 de febrer de 1971; el Conveni va entrar en vigor el 30 de setembre de 1962 amb caràcter general.

13. Article 87 de la CONVEMAR.

14. Article 89 de la CONVEMAR.

Les breus referències fetes als espais precedents mostren l'existència d'espais que es troben fora de la sobirania territorial dels estats; això sí, amb règims diferents. El més avançat en la gestió col·lectiva és el dels fons marins i oceànics, encara que, com s'anirà mostrant, no és un procés pacífic, la qual cosa probablement té alguna cosa a veure amb el fet que el seu establiment sigui tan lent.

La consideració de patrimoni comú de la humanitat aplicada als fons marins, denominats «la Zona», comença en el punt on s'acaba la plataforma continental, espai que sí que es troba sota la sobirania dels estats. Així, per a poder delimitar els fons marins cal la delimitació prèvia de la plataforma continental pels estats, la qual es fa a través d'un acte unilateral dels estats ribereños, d'acord amb les disposicions de la CONVENMAR.

La qualificació de «la Zona» com a patrimoni comú de la humanitat es va fer el 1970 a través d'una resolució de l'Assemblea General de les Nacions Unides (AGNU).¹⁵ Però aquesta qualificació inicial, de fet, no s'ha acabat d'implementar; és un procés obert i, per tant, no és aliè als canvis i les variacions que ens dispensa el pas del temps.

Una variable important que orienta aquest procés és l'interès pels recursos de la Zona. Efectivament, a mesura que coneixem millor la Zona, cosa que no és fàcil perquè accedir-hi requereix un alt nivell de coneixements científics i de desenvolupament tecnològic, hi ha cada vegada més artefactes que potencialment permeten l'exploració i l'explotació de la Zona. Això posa de manifest, d'una banda, que els coneixements sobre els recursos de la Zona són cada vegada més precisos i motiven la conveniència de plantejar en què consisteixen les activitats a la Zona i que aquestes siguin «sostenibles», noció que aconsegueix, quan es tracta d'explotació de recursos, la consideració de principi jurídic consolidat provinent del dret internacional del medi ambient i reafirmat en l'Agenda 2030.¹⁶

Efectivament, les característiques específiques de la Zona fan que la protecció del medi ambient tingui una dimensió molt important que afecta directament i condiciona les expectatives, ja reals, d'explotació.¹⁷ La preocupació per la protecció del medi ambient ha propiciat l'elaboració d'un «instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativa a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina

15. Resolució A/RES. 2749 (xxv), «Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional», del 17 de diciembre de 1970.

16. Resolució A/RES.70/1, «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible», del 25 de setembre de 2015.

17. Vegeu M. E. SALAMANCA AGUADO, «La política ambiental de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: equilibrio entre la explotación y la conservación del patrimonio común de la humanidad», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. x, núm. 2 (2019), p. 1-43.

de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional».¹⁸ D'altra banda, l'alt grau de desenvolupament científic que permet l'exploració de la Zona requereix una importantíssima inversió econòmica. Aquesta realitat ha facilitat que a la Zona es treballi a través de capital publicoprivat, com veurem més endavant.

Aquests tres elements (desenvolupament científic, protecció del medi ambient i cost econòmic) irrompen en la solució de compromís aconseguida entre els països desenvolupats i els no desenvolupats en el context del nou ordre econòmic internacional, i expliquen la qualificació de patrimoni comú de la humanitat dels fons marins i oceànics des del moment que es va proclamar, el 1970, i que s'ha mantingut fins a l'entrada en vigor de la CONVEMAR. La qualificació dels fons marins com a patrimoni comú de la humanitat va ser el punt de partida per a posar en marxa la Conferència de les Nacions Unides sobre el Dret del Mar. Però, una vegada adoptat el text, la iniciativa va estar paralitzada —durant dotze anys— fins que va entrar en vigor després de ser desbloquejada en un acte de l'AGNU liderat pel secretari general. Una vegada va entrar en vigor, es va crear l'organització internacional que es va encarregar de la seva implementació, l'Autoritat Internacional dels Fons Marins (en anglès, International Seabed Authority, ISA),¹⁹ la qual va necessitar dos anys per a posar-la en marxa.²⁰ Com es podia esperar, amb un període tan dilatat el procés esdevé permeable als moviments de la societat internacional i, malgrat que continua obert, no pot en absolut considerar-se tancat ni paralitzat.

Per al nostre estudi en el marc del seminari considero fonamental tenir en compte la irrupció de les empreses transnacionals i dels ens publicoprivats, elements que erosionen —per a dir-ho d'alguna manera— la centralitat dels estats i que, en definitiva, són formes o models diferents o matisats del concepte tradicional de *sobirania*.

18. Vegeu la completa i recent monografia de R. CASADO RAIGÓN i E. J. MARTÍNEZ PÉREZ *La contribución de la Unión Europea a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional*, València, Tirant lo Blanch, 2021.

19. Acrònim anglès i més utilitzat.

20. L'interessant procés de negociació de la CONVEMAR i el desbloqueig de la seva entrada en vigor es reflecteixen àmpliament en la literatura iusinternacionalista del període. Vegeu, per a tots: C. JIMÉNEZ PIERNAS, «La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la parte XI: nuevos riesgos de la codificación del derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII (2001), p. 105-124; J. A. PASTOR RIDRUEJO, «Los estados industrializados medios, nuevo grupo de intereses en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 1 (1980), p. 915-933; J. A. YTURRIAGA BARBERÁN, «Evolución del consenso en la práctica de las Naciones Unidas: la Conferencia sobre el Derecho del Mar», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. extraordinari 13 (1987) (monogràfic), *ONU: año XL*, p. 53-73. En relació amb el procés, vegeu J. M. SOBRINO HEREDIA, «El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3 (1999), p. 609-634, que posa l'accent en les particularitats de la Zona.

El punt de partida, un cop delimitat, ens porta a identificar els punts d'interès següents: 1) precisar l'interès econòmic pels fons marins, 2) concretar els punts que dificulten la delimitació de la Zona, 3) explicar com es gestiona el patrimoni comú de la humanitat a través de l'ISA, 4) exposar els resultats aconseguits per l'ISA en l'exercici de les seves competències, i 5) consideracions finals.

2. INTERÈS ECONÒMIC PELS FONS MARINS

L'interès econòmic pels fons marins és anterior a la CONVEMAR, i és lògic que sigui així perquè és la justificació per a procedir a la seva regulació. Aquest interès s'ha vist incrementat amb les oportunitats que provenen de la intel·ligència artificial aplicada a drons i robots no tripulats, artefactes que faciliten informació sobre els fons marins molt més àmplia, precisa i segura que l'aconseguida sense aquests avenços tecnològics, i fins i tot obren noves expectatives d'explotació i exploració.

Simplificant molt, identifiquem tres tipus de recursos, tots ells rics en minerals, alguns dels quals són els més preuats en les noves tecnologies.

Els primers recursos identificats són els nòduls polimetàl·lics, ja identificats al segle XIX i els quals consisteixen en la precipitació de minerals a l'entorn d'una matèria orgànica (pot ser la dent d'un tauró), tenen forma rodona o ovalada i estan en suspensió.

Les crostes de cobalt són també precipitacions de minerals, però en aquest cas al voltant de pedres, on les crostes tenen diferent gruix.

Els sulfurs polimetàl·lics són els descoberts més recentment, l'any 1977. Es tracta aparentment de xemeneies que es generen pel contacte entre l'aigua i el magma del centre de la Terra, mescla que crea un líquid corrosiu que arrossega minerals. A partir d'aquí es creen respiradors hidrotermals, que contenen un nombre important d'espècies²¹ que només poden viure en aquest entorn i que tenen interès per a les patents de la indústria farmacèutica i química.

L'acció de l'ISA ha estat identificar aquests recursos en vuit seccions que configuren els mapes de la Zona i que es coneixen amb les denominacions següents: Clarion, Clipperton, zona de fractura, oceà Índic, Atlàntic mitjà, Rid, oceà Pacífic i oceà Atlàntic sud. Totes elles estan fora de la sobirania de cap estat, per això la delimitació de la Zona —de la qual s'ocupa l'apartat següent— té un interès i una transcendència tan grans. Des d'aquí ja pot avançar-se que no s'ha aconseguit delimitar-la.

21. S'hi comptabilitzen al voltant d'unes cinc-centes espècies.

3. DELIMITACIÓ DE LA ZONA

L'article 1 de la CONVEMAR està dedicat als termes emprats en la Convenció. El primer al qual es refereix és el de *Zona*, i ho fa de la manera següent: «Por “Zona” se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional».

Es tracta d'un terme geològic delimitat per l'exercici de la sobirania dels estats, l'espai que està «[...] fuera de los límites de la jurisdicción nacional». En aquest cas, la jurisdicció nacional és la que prové del territori submergit sota la mar, això és, la «plataforma continental», terme també geològic que sol coincidir amb les 200 milles, comptades des de la línia de base.²²

La delimitació de la plataforma ha sofert una evolució entre els convenis del 1958 i l'actual del 1982.²³ En el primer s'entenia que la plataforma es delimitava amb un criteri de profunditat —la isòbata de dos-cents metres— o fins on fos possible l'exploració, criteri que fou elegit perquè permetia l'exploració i l'explotació sota el paraigua de la sobirania.

L'aportació del 1982, que incorporava els avenços científics que permeten accedir a una major profunditat, s'articula a l'entorn de la consideració que cal unificar el criteri geològic amb el criteri jurídic. S'opta per la ficció jurídica que tots els estats han de delimitar la seva plataforma fins a les 200 milles a comptar de la seva línia de base, coincidint amb la zona econòmica exclusiva, i fins a arribar al marge continental. Però això és una ficció ja que en aquest espai hi ha països que no disposen pràcticament de plataforma geològica, com Xile, per exemple. A partir d'aquesta delimitació inicial es tenen en compte aquells països als quals la seva geologia proporciona plataformes àmplies i es busca la coincidència de la plataforma continental geològica amb l'exercici de drets sobirans en aquest espai. Així, per a aquests casos es preveuen dues modalitats d'extensió màxima: fins a una extensió lineal de 350 milles, sempre partint de la línia de base, o bé fixar una isòbata de 2.500 metres i a partir d'aquí, 100 milles més. Entre les 200 milles i els dos supòsits indicats haurà de fixar-se la vora exterior del marge continental de la plataforma continental. Cada estat riberenc haurà de fixar la seva delimitació seguint els criteris que s'estableixen en l'article 76 de la CONVEMAR, on es descriu la manera de fer-ho: ateses les característiques geològiques del marge continental, s'haurà de traçar la delimitació, publicar-la amb mapes i comunicar-ho tot al secretari general.²⁴

22. La CONVEMAR s'ocupa del traçat de la línia de base a partir de la qual s'estableixen els successius espais marins. Ho regula en l'apartat dedicat al mar territorial, en concret en els articles 3-10.

23. Recordem que ambdós estan en vigor.

24. La delimitació que han fet i comunicat els diferents estats figura a: <www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/depositpublicity.htm> (consulta: 27 febrer 2022).

Per tal de facilitar la delimitació de la plataforma continental es va crear la Comissió de Límits, òrgan previst en l'annex II de la CONVEMAR i que proporciona informació i maneres de portar-la a terme. Sempre que hi hagi acord entre les parts, la Comissió s'encarregarà de proposar la delimitació. On existeixen els principals problemes és en la delimitació entre estats limítrofs i entre estats situats l'un davant de l'altre.²⁵

4. GESTIÓ DEL PATRIMONI COMÚ DE LA HUMANITAT A TRAVÉS DE L'AUTORITAT INTERNACIONAL DELS FONS MARINS (ISA)

En aquest apartat s'exposen les línies generals de l'ISA, organització que encara no funciona a ple rendiment i que es va constituir per a gestionar la Zona en interès de la humanitat.

Efectivament, l'article 136 de la CONVEMAR estableix que «[l]a Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad», humanitat que està mediatitzada pels estats, i respecte a això l'article 137 estableix que «[n]ingún estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos» i que «[t]odos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad».²⁶ Així, l'ISA és l'encarregada de l'ús i l'aprofitament dels recursos de la Zona i de fer-ho sota el concepte de *patrimoni comú de la humanitat*.

L'ISA és una organització internacional amb personalitat jurídica pròpia,²⁷ disposa d'un acord de seu²⁸ i d'un protocol sobre els propis privilegis i immunitats.²⁹ Actualment en són membres 168 estats³⁰ i disposa de 94 observadors,³¹ distribuïts entre estats (30),³² organitzacions intergovernamentals (32) i organitzacions no governamentals (32).³³

En l'actualitat l'ISA té els òrgans següents: Secretaria, Assemblea, Consell i dos òrgans de caràcter consultiu que depenen d'aquest últim, el Comitè de Finances i la Comissió Jurídica i Tècnica, composta per trenta membres i que recomana i aprova els plans de treball. Els òrgans publiquen els documents oficials en la pàgina

25. Vegeu <www.un.org/Depts/los/clcs_new/clcs_home.htm> (consulta: 27 febrer 2022).

26. Article 137.2 de la CONVEMAR.

27. Article 176 de la CONVEMAR.

28. Acuerdo entre la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y el Gobierno de Jamaica relativo a la sede de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, <<https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/documents/EN/Regs/HQ-Agrmt.pdf>> (consulta: 27 febrer 2022).

29. Es va aprovar per consens en la 54a reunió de l'Assemblea, el 26 de març de 1998 (ISBA/4/A/8).

30. La UE n'és membre de ple dret.

31. Les condicions per a obtenir l'estatus d'observador es troben a <www.isa.org/jm/es/observadores> (consulta: 27 febrer 2022).

32. Els Estats Units d'Amèrica tenen aquesta condició.

33. La major part de caràcter científic.

web oficial, però no publiquen les actes literals ni resumides de les seves sessions. El que té més pes en l'organigrama és el Consell, que aprova els seus actes per consens, encara que l'última paraula la té l'Assemblea, però necessita el vistiplau del Consell. L'òrgan encarregat de gestionar l'explotació de la Zona és l'Empresa, però encara no s'ha establert i les tasques previstes s'han adjudicat a la Secretaria, que té, a més, les pròpies del fet de donar suport administratiu als òrgans de l'ISA. Actualment el secretari general és Michel Lodge.

L'Empresa, a parer meu, és l'òrgan que en major mesura reflecteix la concepció de *patrimoni comú de la humanitat*. La seva posada en marxa podria ser pròxima i serà interessant veure com s'articula vint-i-cinc anys després de ser dissenyada. Recordem que es va revisar i se'n van limitar les competències en l'acord que va permetre l'entrada en vigor de la CONVEMAR.

L'Assemblea és l'òrgan plenari, es convoca dues vegades l'any i pren les decisions per unanimitat, i quan això és impossible, es passa al règim de majories. L'Assemblea és qui tria els membres del Consell per a quatre anys.

Però l'elecció dels membres del Consell no és una tasca fàcil, ja que els trenta-sis membres que el componen són escollits atenent cinc criteris d'una concreció molt complexa. Es tenen en compte: el criteri de distribució geogràfica equitativa, la producció i el consum dels minerals de la Zona amb taxes percentuals, i el fet que es tracti de països desenvolupats o bé subdesenvolupats, tal com s'estableix en el complicat article 161 de la CONVEMAR.³⁴ Amb la finalitat d'assegurar tots aquests criteris en

34. Article que preveu cinc criteris d'elecció, que transcrivim i al qual afegim els estats que hi són el febrer del 2022, per a fer-nos una idea de com queda establert l'òrgan:

a) Cuatro miembros escogidos entre los estados partes que, durante los últimos cinco años respecto de los cuales se disponga de estadísticas, hayan absorbido más del 2 % del consumo mundial total o hayan efectuado importaciones netas de más del 2 % de las importaciones mundiales totales de los productos básicos obtenidos a partir de las categorías de minerales que hayan de extraerse de la Zona y, en todo caso, un estado de la región de Europa oriental (socialista), así como el mayor consumidor. [República Popular de la Xina, Itàlia, Japó i Rússia]

b) Cuatro miembros escogidos entre los ocho estados partes que, directamente o por medio de sus nacionales, hayan hecho las mayores inversiones en la preparación y en la realización de actividades en la Zona, incluido por lo menos un estado de la región de Europa oriental (socialista). [França, Alemanya, Índia i Corea]

c) Cuatro miembros escogidos entre los estados partes que, sobre la base de la producción de las áreas que se encuentran bajo su jurisdicción, sean grandes exportadores netos de las categorías de minerales que han de extraerse de la Zona, incluidos por lo menos dos estados en desarrollo cuyas exportaciones de esos minerales tengan una importancia considerable para su economía. [Austràlia, Indonèsia, Canadà, Xile i Sud-àfrica]

d) Seis miembros escogidos entre los estados partes en desarrollo, que representen intereses especiales. Los intereses especiales que han de estar representados incluirán los de los estados con gran población, los estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, los estados que sean

l'elecció dels membres i la seva rotació, aquests s'assignen a grups regionals preestablerts i s'estableixen acords entre ells per a assegurar la rotació.³⁵

D'altra banda, encara que no és part de l'ISA, existeix el Tribunal Internacional del Dret del Mar, òrgan judicial independent, creat per la Convenció, que no és part de les Nacions Unides però que té l'estatus d'observador en l'AGNU. El Tribunal Internacional està organitzat en sales i en té una d'específica per als fons marins,³⁶ a la qual poden acudir tant el Consell com l'Assemblea, com també les empreses estatals i les privades.

5. FUNCIONAMENT I RESULTATS DE L'ACTIVITAT DE L'AUTORITAT INTERNACIONAL DELS FONS MARINS

L'ISA du a terme dos tipus d'activitats en exercici de les seves competències. D'una banda, una de caràcter tècnic amb competències normatives, sota la qual s'ha elaborat el que es coneix com el Codi miner, però no sols això, ja que part d'aquesta activitat normativa està dirigida a organitzar la prospecció, l'exploració i l'explotació dels recursos de la Zona, la qual cosa configura la segona activitat, de caràcter operacional. Aquest apartat se sistematitza sobre la base d'aquestes activitats.

5.1. ACTIVITAT TECNICONORMATIVA: EL CODI MINER

Aquesta activitat consisteix a establir normes, reglaments i procediments per a la prospecció, l'exploració i l'explotació dels recursos de la Zona. No es disposa de tota la informació sobre els recursos des del punt de vista de com els pot afectar, no ja l'explotació, sinó l'exploració de la Zona. Es tracta d'un marc normatiu en evolució i que planteja consideracions interessants respecte al seu caràcter normatiu.

grandes importadores de las categorías de minerales que han de extraerse de la Zona, los estados que sean productores potenciales de tales minerales y los estados en desarrollo menos adelantados. [Bangladesh, Brasil, Fiji, Jamaica, Lesotho i Uganda]

e) Dieciocho miembros escogidos de conformidad con el principio de asegurar una distribución geográfica equitativa de los puestos del Consejo en su totalidad, a condición de que cada región geográfica cuente por lo menos con un miembro elegido en virtud de este apartado. A tal efecto, se considerarán regiones geográficas África, América Latina, Asia, Europa occidental y otros estados, y Europa oriental (socialista). [Argentina, Camerun, Panamá, República Txeca, Ghana, Indonèsia, Costa de Marfil, Mèxic, Marroc, Moçambic, Països Baixos, Nigèria, Polònia, Argèlia, Singapur, Espanya, Tonga, Trinitat i Tobago i Noruega]

35. Vegeu <www.isa.org.jm/es/grupos-regionales> (consulta: 27 febrer 2022).

36. Articles 185 i següents de la CONVEMAR.

S'han elaborat tres reglaments d'exploració: *a)* el reglament d'exploració de nòduls polimetàl·lics (n'hi ha dos, un de l'any 2000 i un altre del 2013), *b)* el reglament de sulfats polimetàl·lics (del 2010) i *c)* el reglament de crostes ferromanganeses de cobalt.

A més del Codi miner, s'han adoptat recomanacions de caràcter ambiental, atesos l'impacte de l'explotació de la Zona i altres referents en la recerca científica.

Per tant, l'ISA disposa de capacitat per a organitzar la prospecció, l'exploració i l'explotació de l'espai. Des de la perspectiva jurídica internacional, es tracta d'actes jurídics d'una organització internacional, però no tenen naturalesa jurídica vinculant. El compliment de les «normas, reglamentos y procedimientos» recau en els estats part, que tenen l'obligació, a través del seu dret intern, de fer complir a les empreses, tant si són de la seva nacionalitat com si es troben sota el seu patrocini, les disposicions de l'exploració i l'explotació adoptades en el si de l'ISA. La singularitat del fet d'incloure els dos tipus d'empreses, nacionals i no nacionals, va ser objecte de la petició d'una opinió consultiva a la Sala de Controvèrsies dels Fons Marins del Tribunal Internacional del Dret de la Mar, la primera i última, de moment.³⁷

Efectivament, es va preguntar a la Sala sobre la responsabilitat i les obligacions dels estats que patrocinen ens perquè siguin contractistes o inversors en la Zona.³⁸ L'opinió consultiva ho va resoldre per unanimitat l'1 de febrer de 2011.³⁹

En poques paraules, la Sala atribueix a l'estat patrocinador la responsabilitat de controlar que el contractista compleix les seves obligacions, per a la qual cosa en la seva legislació interna ha de prendre les mesures que assegurin que el contractista actua sota el principi de «diligència deguda».⁴⁰

Per a assegurar-se del funcionament d'aquestes disposicions, el 2017, en el vint-i-tresè període de l'Assemblea, aquesta va sol·licitar al secretari que elaborés un estudi per a facilitar a tots els estats membres l'adopció de les mesures legislatives que es deriven de l'opinió consultiva del 2011, esmentades abans, i de les disposicions dels articles 153-2, 154 i 139 de la CONVEMAR. Aquest estudi, d'interès ineludible,⁴¹ evidència la línia que s'ha de seguir. Com a conseqüència d'això, l'ISA té una base de

37. Vegeu J. N. GUERRERO PENICHE (2012), «La opinión consultiva del Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar a cabo actividades en la Zona», *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 5 (2012), p. 153-218, i M. A. MARTÍN LÓPEZ, «Estudio de los regimenes objetivos en el derecho de los tratados», p. 10.

38. El patrocini estatal és obligatori.

39. *Affaire 17, Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (Demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins)*.

40. Tots els documents del procés seguit davant la Sala es troben a <www.itlos.org/fr/affaires/role-des-affaires/affaire-no-17/#c350> (consulta: 27 febrer 2022).

41. «Comparative study of the existint National legislations on deep seabed mining», a <www.isa.org.jm/files/files/documents/Comparative_Study_NL.pdf> (consulta: 27 febrer 2022).

dades amb la legislació nacional que s'ha adoptat.⁴² Trenta-cinc estats tenen legislació interna sobre això, fins i tot els Estats Units, que n'és un observador.

Pel que fa a l'explotació, no s'ha iniciat a través de la gestió de l'ISA, sinó que s'ha elaborat, com ha de ser, ateses les condicions de protecció del medi ambient, redistribució dels beneficis sota el paraigua del patrimoni comú i la creació de l'Empresa, i la manera d'operar dels inversors. Tenim tres documents per analitzar, cosa que no farem perquè excedeix el nostre objecte d'estudi. En primer lloc, existeix un projecte d'explotació revisat que ha d'aprovar-se i que actualment està en fase de consulta; per a conèixer-ne el contingut ha d'acudir-se al Pla estratègic 2019-2023.⁴³ En segon lloc, tenim un projecte de reglament sobre l'explotació dels recursos a la Zona. Finalment, i no menys important, s'ha encarregat un estudi sobre com s'hauria de dissenyar l'Empresa.⁴⁴

5.2. ACTIVITAT OPERACIONAL: PROSPECCIÓ, EXPLORACIÓ I EXPLOTACIÓ DE LA ZONA

Finalment, s'han establert les línies generals per a iniciar les activitats de prospecció, exploració i una pròxima explotació de la Zona, autoritzades per l'ISA.

La prospecció està vinculada a la recerca científica marina. Es parteix d'un pla de treball en el qual s'ha d'indicar on i com es farà la prospecció. Aquest pla s'ha de presentar al secretari general, el qual l'ha de posar en coneixement de la Comissió Jurídica i Tècnica, que ha d'elaborar un informe i passar-lo al Consell, òrgan que pot o no acceptar-lo.

El pas següent és l'exploració. S'aproven contractes per a quinze anys i renovables. Fins ara s'han signat i aprovat vint-i-nou contractes.

Poden accedir als contractes les empreses dels estats part, directament els estats part o bé les empreses patrocinades per un estat; en aquest cas, han d'aconseguir un certificat de patrocini que es revisa anualment. Aquest és el punt en què té lloc l'assumpció de compromisos sobre la gestió dels recursos, comentat en l'apartat anterior. D'acord amb la decisió de la Sala del Tribunal Internacional de Dret del Mar, la responsabilitat recau en els estats part que tenen una empresa de la seva nacionalitat que hi està operant o bé que en patrocinen una d'estrangera.

42. <www.isa.org.jm/national-legislation-database>(consulta: 27 febrer 2022).

43. <www.isa.org.jm/files/files/documents/Strategic_Plan_Booklet.pdf> (consulta: 27 febrer 2022).

44. Edwin EGEDE, Mati PAL i Charles EDEN, *A study on issues related to the operationalization of the enterprise in particular on the legal, technical and financial implications for the International Seabed Authority and for states parties to the United Nations Convention on the Law of the Sea*, Kingston (Jamaica), International Seabed Authority, 13 de juny de 2019 (Technical Report 1/2019), <https://isa.org.jm/files/files/documents/enterprise_study.pdf> (consulta: 27 febrer 2022).

Es proposa un contracte, on s'indica en quina àrea del fons marí pensa explorar i s'assignen dues unitats: una àrea que explota el contractista i una àrea reservada⁴⁵ (que és l'expressió del patrimoni comú de la humanitat). L'àrea reservada la gestiona la Secretaria, que és l'òrgan que té atribuïdes les competències de l'Empresa, com s'ha dit. Així, quan els contractistes presenten sol·licituds, han de demostrar que existeixen recursos a l'àrea que tenen previst explotar. L'ISA assigna al contractista fins a un màxim de 15.000 km², de manera que es manté el «sistema paral·lel» de l'article 153.2 de la CONVEMAR,⁴⁶ que dona lloc a les àrees reservades.⁴⁷ En els contractes s'han d'incorporar científics per a la seva formació, provinents dels països menys desenvolupats.

6. CONSIDERACIONS FINALS

6.1. RESPECTE A L'AUTORITAT INTERNACIONAL DELS FONS MARINS

L'esbós de l'ISA permet afirmar que es tracta d'un plantejament únic i no compartit amb altres espais que es troben fora de la sobirania dels estats.

Planteja incògnites sobre el disseny de l'«Empresa», com a màxim garant de la noció de *patrimoni comú de la humanitat*, però el disseny apuntat ha sabut emmotllar-se a la situació actual, molt lluny dels postulats del nou ordre econòmic internacional dels anys setanta del segle xx, ja que s'inclina més per la idea de les aliances publicoprivades.

El punt central de l'activitat de l'ISA és la presa de decisions, que busca sempre la unanimitat en els seus òrgans de decisió, el Consell i l'Assemblea, i en un segon nivell acudeix al consens. Aquest *modus operandi* sense cap mena de dubte condiciona el contingut de les disposicions adoptades: normes, reglaments i procediments, que conflueixen en el Codi miner. La terminologia emprada és molt particular i exclusiva d'aquesta organització internacional.

Les activitats exercides a la Zona estan ja des d'un inici vinculades a la protecció del medi marí d'acord amb la CONVEMAR del 1982. En el moment actual, la protecció del medi ambient té major pes, tant per l'Agenda 2030, basada en el desenvolupament sostenible, com pels nous desenvolupaments normatius per a la protecció de la biodiversitat marina. Aquesta preocupació, que es converteix en necessitat, pot

45. Vegeu les àrees reservades a *Current status of the reserved areas with de International Seabed Authority*, Kingston (Jamaica), International Seabed Authority, 2019 (Policy Brief 01/2019).

46. Reservant un espai igual perquè el pugui explotar l'Empresa en un futur. Vegeu *Current status of the reserved areas with de International Seabed Authority*.

47. <www.isa.org.jm/es/%C3%A1reas-reservadas> (consulta: 27 febrer 2022).

servir de reforç de la noció de *patrimoni comú de la humanitat* en la seva gestió per l'ISA. L'organització té la possibilitat de donar-hi un nou rumb amb criteris de major pes multilateral. No és gens menyspreable la confluència de, d'una banda, un espai —la Zona— patrimoni comú de la humanitat i, de l'altra, la protecció del medi ambient, qualificat de «bé públic global».

6.2. RESPECTE A LA DELIMITACIÓ DE LA ZONA

La delimitació i la publicitat del marge exterior de les plataformes continentals haurien de fer-les amb la major rapidesa possible la major part o tots els estats que tenen plataforma continental no delimitada. La lentitud en la seva delimitació esdevé un focus de controvèrsies no només entre els estats limítrofs i els que estan l'un davant de l'altre, sinó també pel que fa a la manera de controlar l'explotació de la Zona. És un escull important per a la caracterització de la Zona com a patrimoni comú i per a la gestió ordenada dels seus recursos.

6.3. RESPECTE AL PATRIMONI COMÚ DE LA HUMANITAT I LA SOBIRANIA

El que s'ha exposat al llarg d'aquestes pàgines mostra que tota l'acció desenvolupada al voltant de la Zona està sempre vinculada a l'exercici de la sobirania dels estats i en depèn, fins i tot en el control de la participació de les empreses a través del dret intern dels estats membres, que és un cas d'extraterritorialitat de les lleis nacionals. Per tant, al meu entendre, la consideració de la Zona com a patrimoni comú de la humanitat i la gestió per a una organització amb competències normatives i operacionals conformen una manera diferent d'exercici de la sobirania en la qual influeixen normes jurídiques internacionals derivades del principi de cooperació internacional i de redistribució dels recursos.

BIBLIOGRAFIA

- CASADO RAIGÓN, R.; MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. *La contribución de la Unión Europea a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional*. València: Tirant lo Blanch, 2021.
- FARAMIÑÁN GILBERT, J. M. de. *Las controvertidas cuestiones sobre la minería espacial: Lagunas jurídicas en la regulación del espacio ultraterrestre*. Santa Cruz de Tenerife: Kinnamon, 2020.
- GUERRERO PENICHE, J. N. «La opinión consultiva del Tribunal Internacional de Derecho del Mar. Aspectos relativos a la determinación del vínculo efectivo entre los

- estados y las personas jurídicas a las que patrocinan para llevar a cabo actividades en la Zona». *ACDI: Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, núm. 5 (2012), p. 153-218.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. «La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la parte xi: nuevos riesgos de la codificación del derecho internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIII (2001), p. 105-124.
- MARTÍN LÓPEZ, M. A. «Estudio de los regímenes objetivos en el derecho de los tratados». *REEI: Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2010), núm. 20.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A. «Los estados industrializados medios, nuevo grupo de intereses en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar». *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 1 (1980), p. 915-933.
- SALAMANCA AGUADO, M. E. «La política ambiental de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: equilibrio entre la explotación y la conservación del patrimonio común de la humanidad». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. x, núm. 2 (2019), p. 1-43.
- SOBRINO HEREDIA, J. M. «El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 3 (1999), p. 609-634.
- YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. «Evolución del consenso en la práctica de las Naciones Unidas: la Conferencia sobre el Derecho del Mar». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extraordinari 13 (1987) [monográfico], *ONU: año XL*, p. 53-73.

WEBGRAFIA

- <www.un.org/Depts/los/clcs_new/clcs_home.htm> [consulta: 27 febrer 2022].
- <www.isa.org.jm> [consulta: 27 febrer 2022].

SOBIRANIA DE L'ESTAT I ESPAI DE LA INFORMACIÓ I LA COMUNICACIÓ EN EL CONTEXT DE LA DESINFORMACIÓ O DESORDRE INFORMATIU

Ferran Armengol Ferrer

La informació i la comunicació són activitats que per si mateixes no coneixen les fronteres. Els mitjans audiovisuals i, encara més, les xarxes socials es difonen arreu del món amb una immediatesa sorprenent, fins al punt que avui dia és possible conèixer pràcticament a l'instant qualsevol esdeveniment que hagi tingut lloc en qualsevol part del món. Culmina així un procés iniciat amb la dimensió internacional que la premsa escrita va adquirir a partir del segle XIX gràcies a les facilitats que oferien el ferrocarril i el telègraf, i que es va desenvolupar al llarg del segle XX amb la radiodifusió i la televisió fins a arribar a la implantació d'internet, ja en el trànsit del segle XX al XXI. Aquesta dimensió universal de la comunicació no ha impedit, però, que siguin els estats sobirans els que en última instància hagin mantingut i mantenen el control més eficient sobre aquests mitjans.

Aquesta contradicció aparent porta a fer una reflexió sobre el paper de l'estat sobirà en relació amb l'espai de la informació i la comunicació. El mateix concepte de *sobirania* implica una idea de poder, i el poder sempre ha volgut controlar la informació i fer-ne ús en la mesura que es pugui. La propaganda, la censura i la desinformació són pràctiques conegudes des de temps antic i es mantenen encara, dissortadament, en nombrosos estats. Per aquest motiu, la llibertat d'informació i comunicació (llibertat de premsa) forma part de la cultura jurídica de la Il·lustració i el 1789 ja va ser reconeguda expressament en la Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà,¹ d'on es va estendre a les constitucions liberals del segle XIX. Ja en el segle XX, l'aparició de la ràdio i la televisió va donar una nova dimensió a la intervenció estatal. Les ones hertzianes no coneixen estats ni fronteres i això va reforçar el protagonisme de l'estat, que assumia la doble funció d'haver de garantir i tutelar uns mitjans adreçats al públic en general dins del seu territori i, alhora, de coordinar-se amb altres estats en la utilització de l'espectre radioelèctric. Aquest protagonisme de l'estat va trobar el seu

1. Article 11 de la Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà.

contrapunt, tanmateix, en la universalització dels drets humans iniciada a partir de la Declaració Universal dels Drets Humans el 1948 i els convenis de caràcter universal i regional que l'han desplegat, als quals es reconeix el dret de tota persona a comunicar i rebre lliurement informació veraç.

La transformació digital dels mitjans de comunicació que ha tingut lloc en els darrers anys ha posat en qüestió aquest paper de l'estat sobirà des de diverses perspectives. D'entrada, la digitalització ha suposat una reducció de la dependència de l'espectre radioelèctric com a mitjà de difusió de la ràdio i la televisió que ha anat de bracet d'un control creixent per part de les grans plataformes d'internet. D'altra banda, la possibilitat de disposar de més informació i més ràpidament no s'ha traduït sempre en la de disposar de més i millor informació, ans al contrari, ha afavorit la difusió de notícies falses o enganyoses (*fake news*) i discursos d'odi. En l'entretant, la professió periodística viu una situació especialment delicada provocada per les amenaces i agressions a què es veuen sotmesos els professionals de la informació com a conseqüència de la seva feina.

Tots aquests elements obliguen a repensar el paper que fins ara han tingut els estats sobirans en l'espai global de la informació i la comunicació. Tanmateix, el fenomen de la desinformació és el més recent i d'alguna manera permet analitzar tota la problemàtica derivada de la relació entre l'exercici de les competències sobiranes de l'estat i la protecció dels drets fonamentals.

1. NI «ORDRE INTERNACIONAL», NI «BÉ COMÚ DE LA HUMANITAT». L'ESTAT SOBIRÀ COM A PROTAGONISTA DEL DESORDRE GLOBAL DE LA INFORMACIÓ I LES COMUNICACIONS

En el manifest *El espacio global de la comunicación y la información, un bien común de la humanidad*,² fet públic el novembre del 2018, l'organització Reporters Sense Fronteres (RSF) es refereix a l'espai global de la comunicació i la informació com un bé comú de la humanitat que, com a tal, s'ha de protegir a fi que pugui garantir una veritable comunicació entre individus, cultures, pobles i nacions, i contribueixi al respecte dels drets humans, la concòrdia civil, la pau, la vida i la preservació del medi ambient. Amb aquesta finalitat, RSF considera que aquest espai ha d'estar gestionat per institucions democràtiques i s'ha d'estructurar conforme als principis de pluralisme, llibertat, dignitat i tolerància, i els ideals de raó i entesa, amb l'objectiu que els éssers humans puguin accedir al coneixement, considerat com un dret fonamental

2. París, Reporteros Sin Fronteras, 2018, <<https://rsf.org/es/el-espacio-global-de-la-comunicacion-y-la-informacion-un-bien-comun-de-la-humanidad>> (consulta: 10 març 2023).

que els permet desenvolupar les seves capacitats biològiques, psicològiques, socials, polítiques i econòmiques.

Aquesta idea de *bé comú de la humanitat* remet a la iniciativa d'una «declaració universal del bé comú de la humanitat» llançada pel sociòleg François Houtard com a nou paradigma per a superar el neoliberalisme després de la crisi del 2008 i que va desenvolupar en el seu llibre *Le bien commun de l'humanité*. Aquest bé comú de la humanitat engloba la idea de l'apropiació col·lectiva dels béns comuns, pròpia del keynesianisme i la societat del benestar, amb el principi aristotèlic del bé comú —la prevalença de l'interès col·lectiu sobre l'individual— per a anar més lluny i garantir la producció, la reproducció i la millora de la terra i de la humanitat, en oposició al paradigma destructiu que, al seu parer, representa el capitalisme en el seu vessant neoliberal.³ Per tal de fer efectiva l'aplicació d'aquest principi, Houtard proposava desplegar-lo a través del que anomenava els quatre aspectes fonamentals de la vida en el planeta: la relació amb la naturalesa, la producció de la base material de la vida (vida física, espiritual, cultural), l'organització col·lectiva social i política, i la lectura d'allò real i l'ètica de la seva construcció, és a dir, la interculturalitat. En cadascun d'aquests aspectes calia introduir un canvi de paradigma: concretament, el respecte a la terra com a font de vida, la substitució del valor de canvi pel valor d'ús, la democratització dels processos decisoris i la possibilitat de totes les cultures d'accedir a la cultura d'allò real, cosa que implica posar fi a l'hegemonia del pensament occidental i descolonitzar el pensament, l'educació i els mitjans de comunicació social.

Aquesta idea de descolonització dels mitjans de comunicació social no és nova. Ja als anys setanta del segle xx els països no-alineats van promoure la idea d'un nou ordre mundial de la informació i les comunicacions (NOMIC) en el marc del nou ordre econòmic internacional. L'objectiu del NOMIC era, precisament, superar les relacions de dominació i dependència, pròpies de l'època colonial, que es mantenien en l'àmbit de la informació i les comunicacions a través de tot un seguit de desequilibris de caràcter jurídic i ideològic. Entre aquests desequilibris s'esmentaven la identificació del dret a la informació amb la llibertat de l'agent informador, la prioritat donada al dret a rebre informació per sobre del dret a investigar, la concentració de les grans agències de notícies en països industrialitzats, que provocava un flux de la informació dels països grans als petits, cosa que consolidava la dependència política, econòmica, tecnològica i fins i tot cultural dels països en vies de desenvolupament, i, en general, la imposició d'una interpretació esbiaixada de la realitat d'acord amb els interessos de determinats estats. Per a aconseguir aquests objectius, el NOMIC s'havia d'estructurar a través de la introducció d'una circulació multidireccional i equilibrada de la

3. François HOUTARD, «Déclaration universelle du bien commun de l'humanité», *La Pensée*, núm. 377 (2014/1), p. 61-67.

informació, la substitució de la perspectiva etnocèntrica dominant per una perspectiva pluralista i multidimensional d'allò cultural, la democratització dels mitjans i les estructures de la comunicació a través d'una participació activa del destinatari de la informació, la promoció de sistemes i polítiques nacionals d'informació als països en vies de desenvolupament, i l'establiment d'un pla d'ajuda tècnica que permetés fer efectius aquests objectius.⁴

Aquests postulats van ser assumits per l'Organització de les Nacions Unides per a l'Educació, la Ciència i la Cultura (UNESCO), de manera que en la XIX Conferència General d'aquesta organització, que tingué lloc a Nairobi el novembre del 1976, es va encarregar un informe a una comissió presidida pel jurista irlandès Sean MacBride amb l'objectiu de trobar uns objectius comuns al NOMIC. L'informe («Informe MacBride»), presentat en la XXI Conferència General de la UNESCO, celebrada a Belgrad el novembre del 1980,⁵ s'estructurava en cinc apartats en els quals, després d'abordar la dimensió històrica i internacional de la relació entre comunicació i societat, analitzava l'estat de la comunicació en aquell moment, amb un èmfasi especial en la propietat i el control dels mitjans i les disparitats existents entre els diferents països, les preocupacions comunes relatives a la circulació de la informació, el contingut i la democratització de la comunicació, i el marc institucional i professional, i també incloïa unes conclusions i uns suggeriments de futur. Les conclusions de l'informe, elaborat amb un gran rigor metodològic, van topar, tanmateix, amb l'oposició frontal dels estats occidentals, encapçalats pels Estats Units i la Gran Bretanya, i dels grans grups internacionals de la comunicació, i això va acabar provocant que fins i tot la UNESCO se'n desdigués i abandonés el projecte del NOMIC.⁶ Tanmateix, és prou significatiu que, quaranta anys després de la seva publicació, encara es reivindiqui l'«Informe MacBride», sobretot des de l'àmbit acadèmic, i que el Consell de Drets Humans i l'Assemblea General de les Nacions Unides mantinguin encara els postulats essencials que havien de servir de base al NOMIC.

Això es desprèn de les resolucions sobre «promoción de un orden internacional democrático y equitativo» que l'Assemblea General de les Nacions Unides aprova anualment des del 2011 a proposta del Consell de Drets Humans. En aquestes resolucions es diu:

4. Celestino del ARENAL, «El nuevo orden mundial de la información y de la comunicación», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 6, núm. 1 (gener-març 1985), p. 7-39.

5. Sean MACBRIDE et al., *Un solo mundo, voces múltiples: Comunicación e información en nuestro tiempo*, Ciutat de Mèxic, Fondo de Cultura Económica, 1980.

6. Sobre els antecedents de l'«Informe MacBride» i la seva repercussió posterior, vegeu Miquel de MORAGAS, Mercè Díez, Martín BECERRA i Isabel FERNÁNDEZ ALONSO, «El Informe MacBride, 25 años después. Contexto y contenido de un debate inacabado», *Quaderns del CAC*, núm. 21 (2005), p. 5-14.

[...] la promoción de un orden internacional de la información y las comunicaciones libre, justo, eficaz y equilibrado basado en la cooperación internacional para el establecimiento de un nuevo equilibrio y una mayor reciprocidad en la corriente internacional de información, en particular corrigiendo las desigualdades en la corriente de información hacia y desde los países en desarrollo.⁷

És a dir, contra el desordre global de la informació i les comunicacions, es proposa un ordre basat en la cooperació internacional per a aconseguir un nou equilibri i una major reciprocitat entre països desenvolupats i països en vies de desenvolupament. Val a dir, però, que aquestes resolucions són adoptades generalment amb el vot en contra dels estats occidentals i, en canvi, reben el suport entusiàstic de països amb un historial dubtós quant al respecte de la llibertat d'informació i, en general, dels drets humans.

Mentrestant, la realitat de l'espai de la informació i la comunicació queda encara molt lluny de les propostes de l'«Informe MacBride» o de RSF. A escala internacional, la informació i la comunicació s'organitzen d'acord amb la lògica de la globalització capitalista, és a dir, un «desordre» basat en un capitalisme globalment desorganitzat, sense poder hegemònic ni cap règim internacional de tipus econòmic o polític,⁸ en el qual el poder es dispersa entre diferents protagonistes,⁹ com ara els estats sobirans —incloent-hi els respectius ens subestats i organismes independents—, juntament amb una aglomeració complexa i caòtica d'organitzacions internacionals —universals i regionals—, grups editorials multinacionals,¹⁰ organitzacions no governamentals d'àmbit nacional i internacional i, per descomptat, els mitjans de comunicació escrits, digitals i audiovisuals, els seus professionals i totes i cadascuna de les persones que els consumeixen.

En aquest context, és el sistema d'estats el que continua proporcionant els instruments més eficaços per a aplicar regles i polítiques públiques per a resoldre els problemes d'agenda del sistema global.¹¹ L'espai de la informació i les comunica-

7. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2019*. [...] 74/150. *Promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, doc. A/RES/74/150, punt 6b.

8. Ulrich BECK, *¿Qué es la globalización?: Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducció de Bernardo Moreno i M.ª Rosa Borràs, Barcelona, Paidós, 1998, p. 32.

9. Raffaella GHERARDI, «Individuo, opinione pubblica e istituzioni nell'era de la globalizzazione. Alla ricerca della disciplina perduta», a Giovanna CAVALLARI (dir.), *Comunità, individuo e globalizzazione*, Roma, Carocci, 2001, p. 205-231.

10. El 70 % de l'oferta comunicativa global està en mans de cinc grans grups mediàtics. Vegeu Sergi PICAZO, «De qui són els grans mitjans de comunicació i quins interessos hi ha al darrere?», *Crític*, 3 de desembre de 2019, <www.elcritic.cat/dades/els-grans-mitjans-de-comunicacio-de-qui-son-i-quins-interessos-tenen-37576> (consulta: 4 desembre 2019).

11. Fulvio ATTINÀ, *El sistema político global*, traducció de Julio Trejo Álvarez, Barcelona, Paidós, 2001, p. 159.

cions és encara avui dia més «internacional» que «global». Els estats sobirans són els que fixen les regles i n'assumeixen el compliment dins del seu territori, i constitueixen organitzacions internacionals a través de les quals cooperen a partir del principi d'igualtat sobirana, amb la sola excepció de la integració que ha representat la Unió Europea. Aquesta forma d'organització resulta, però, ineficient a l'hora d'atendre els problemes que amenacen avui dia l'espai de la informació i la comunicació, com són la desinformació o la difusió de discursos d'odi o contra la dignitat humana o la de discursos lesius per a infants i adolescents, que es difonen amb una velocitat prodigiosa pel ciberespai, passant per sobre de les fronteres estatals. A tot això s'afegeix el problema derivat del fet que els mitjans i les xarxes socials estan sota el control de grans corporacions que al seu torn busquen influir en l'opinió pública global sense que els estats puguin fer gran cosa per a evitar-ho.

La solució que permetria superar o resoldre aquests problemes és aconseguir que els principis de l'estat de dret, fins ara circumscrits a l'esfera estatal, avancin fins a una escala global. Però aquesta fita és encara lluny d'aconseguir-se. No són pocs els estats que intenten —i aconsegueixen— aïllar-se del moviment global d'idees i, en general, no hi ha un fonament sòlid per a una regulació universal dels mitjans de comunicació. D'aquesta manera, el «desordre global» de l'espai de la comunicació dona lloc a un règim jurídic integrat per una amalgama dispersa i desordenada de normes de diferent procedència i força coactiva, des de tractats internacionals i de dret internacional consuetudinari, passant pel *soft law* (dret tou) —normes no imperatives— de les organitzacions internacionals i el peculiar sistema normatiu de la Unió Europea, fins a arribar a les legislacions estatals centrals i subestatals, a les quals caldria afegir les normes deontològiques del periodisme, recollides en instruments de caràcter privat que, al seu torn, poden ser d'àmbit local, estatal o internacional, per bé que moltes vegades la seva redacció s'inspira en la pràctica dels estats i les organitzacions internacionals intergovernamentals. Aquesta diversitat d'instruments, normatius i no normatius, revela, tanmateix, que en el fons són els estats sobirans els que encara retenen la potestat de dictar normes vinculants i disposen de la força coactiva dels aparells judicials i administratius per a fer-les complir.

En aquest context, les úniques eines per a poder parlar d'uns principis comuns són les que ofereix el dret internacional públic (deixant de banda el cas singular de la Unió Europea, i en aquest cas són particularment exigües). No existeix un dret consuetudinari aplicable a la protecció dels drets fonamentals de la societat, com és el cas de la llibertat d'informació i comunicació, en el ciberespai.¹² L'únic principi que permet articular un mínim sistema de garanties és el respecte de les llibertats d'opinió i expressió, reconegudes en l'article 19 de la Declaració Universal dels Drets Humans

12. M. CAPPELLO (ed.), *L'application du droit des médias sans frontières*, Estrasburg, Observatoire Européen de l'Audiovisuel, 2018, p. 5 (IRIS Spécial).

i posteriorment en els articles 19 i 20 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (PIDCP), del 19 de desembre de 1966, així com en tractats internacionals d'àmbit regional, com el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals i la Convenció Americana sobre Drets Humans (CADH). Tanmateix, l'aplicació de tots aquests tractats i convenis requereix la seva recepció en el dret intern a través dels mecanismes establerts en aquest per a manifestar la voluntat de l'estat d'obligar-se per les seves clàusules. En aquest cas, la vulneració dels drets reconeguts per aquests convenis i tractats es podrà invocar davant dels jutges i tribunals dels estats. Alguns d'aquests tractats disposen de mecanismes de garantia propis a escala internacional, com el Comitè de Drets Humans, que vetlla pel compliment del PIDCP, el Tribunal Europeu de Drets Humans, que coneix de les possibles vulneracions del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, i la Comissió i la Cort Interamericana de Drets Humans, a les quals es pot recórrer en cas de violació dels drets reconeguts en la CADH. Tanmateix, la possibilitat d'acudir a aquestes institucions requereix com a requisit previ l'exhauriment dels recursos judicials existents en l'ordenament jurídic nacional corresponent.

La conseqüència de tot plegat és que són els ordenaments jurídics estatals i els sistemes judicials de cada estat, en definitiva, els que assumeixen en l'actualitat la garantia del dret a la informació i la comunicació.

2. LA PROTECCIÓ DEL DRET A LA COMUNICACIÓ I LA INFORMACIÓ, ENTRE LES FUNCIONS TRADICIONALS DE L'ESTAT I LA GARANTIA DELS DRETS FONAMENTALS. ANÀLISI A PARTIR DEL FENOMEN DEL DESORDRE INFORMATIU

Aquest sistema internacional o global de la informació i la comunicació està sotmès avui a dos grans tipus d'amenaces: l'extensió del desordre informatiu, o desinformació, i les pressions i amenaces a què estan subjectes els professionals i els mitjans. Segons l'informe de RSF esmentat abans, ambdós fenòmens comporten un atac greu a les llibertats d'opinió i expressió i, de manera més genèrica, a tot el sistema democràtic, i estan relacionats estretament. La desinformació, és a dir, la difusió intencionada de notícies manipulades, si no directament falses, perjudica el dret a la informació, que consisteix en la llibertat de buscar, rebre i tenir accés a informació confiable, és a dir, que s'hagi obtingut, processat i difós lliurement i utilitzant mètodes racionals d'investigació i verificació dels fets. En canvi, la difusió d'informació enganyosa o incorrecta, o l'ocultació d'informació que s'hauria de donar a conèixer, pot perjudicar l'aptitud dels individus per a comprendre allò que s'esdevé al seu entorn i el desenvolupament de llurs capacitats, i comporta una vulneració de la llibertat d'opinió en cas que s'intenti fer de manera abusiva, a través de la força, la tecnologia o la legislació. I, encara més, pot esdevenir un instrument de manipulació social a gran escala a través de la

creació d'un escenari de realitat virtual o postveritat, en el qual és més important l'adequació a les predisposicions de tipus emocional o ideacional de l'emissor o del receptor, o bé d'ambdós, que no pas la conformitat amb els fets comprovats empíricament.

La desinformació està vinculada, d'altra banda, amb el control polític dels mitjans de comunicació, el sotmetiment de la informació a interessos individuals, la influència creixent d'actors corporatius que escapen al control democràtic, els actes violents contra reporters i editors, i el debilitament del periodisme de qualitat. En aquest sentit, són particularment dramàtiques les dades exposades en el *Balance anual 2021 de periodistas encarcelados, asesinados, secuestrados y desaparecidos*,¹³ publicat també per RSF. Al llarg del 2021 els periodistes empresonats arbitràriament han estat 488, la qual cosa representa un increment del 20 % respecte de l'any 2020 i la xifra més alta des que aquest balanç es va començar a publicar, el 1995. Aquest mateix any 2021 els periodistes assassinats han estat 46, incloent-hi professionals del periodisme, periodistes no professionals i col·laboradors, nombre inferior al dels anys anteriors però que representa encara una mitjana propera a un periodista assassinat cada setmana. Per la seva part, els periodistes segrestats han estat 65, alguns dels quals ja feia deu anys que estaven en captiveri, i els periodistes declarats desapareguts, 2. Certament, aquestes xifres es concentren en un nombre reduït d'estats considerats «de risc», però no deixen de representar una tendència general que afecta la professió periodística, encara que sigui amb formes més subtils.

La resposta a aquests fenòmens està en mans de l'estat sobirà. En relació amb les agressions a professionals, pot posar en marxa els mecanismes de la protecció diplomàtica i l'assistència consular, tot i que els resultats en aquest sentit són encara desiguals, ja que no hi ha una pràctica consolidada. Així, per exemple, la periodista belgoespanyola Teresita Dussart es va poder beneficiar de l'assistència consular de les autoritats belgues quan va ser sotmesa a una campanya d'assetjament a l'Argentina. En canvi, l'aplicació de la protecció diplomàtica ha estat qüestionada arran del supòsit de la mort del càmera espanyol José Couso, tirotejat per tropes dels Estats Units mentre cobria la guerra de l'Iraq. El Govern espanyol va aplicar en aquest cas les regles de la protecció diplomàtica, entesa com un acte discrecional dels estats, per la qual cosa va renunciar a exercir cap acció davant del Govern dels Estats Units i va optar per reconèixer una indemnització per danys i perjudicis a favor dels hereus de Couso. Tanmateix, en l'àmbit doctrinal aquesta aplicació «clàssica» de la protecció diplomàtica s'ha qüestionat en favor d'una interpretació més d'acord amb la garantia dels drets humans.¹⁴

13. REPORTEROS SIN FRONTERAS, *Balance Anual 2021 de periodistas encarcelados, asesinados, secuestrados y desaparecidos*, París, Reporteros sin Fronteras, 2022, <www.rsf-es.org/wp-content/uploads/2021/12/BALANCE-ANUAL-2021-ESPANOL-DEF-1.pdf> (consulta: 31 de gener de 2022).

14. Beatriz VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, «Protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Esta-

Aquest protagonisme de l'estat sobirà en l'ordenació dels mitjans de comunicació es fa patent tant en l'àmbit intern com en l'internacional, que en realitat són com les dues cares de la mateixa moneda. Des de la perspectiva del dret internacional públic, l'estat es defineix a partir d'un territori, una població i una organització política, abrigats sota la idea global de la sobirania, la qual cosa el caracteritza com una organització de poder independent sobre una base territorial.¹⁵ És a dir, l'estat exerceix els seus poders de forma plena i exclusiva, sense estar sotmès a cap altre poder o autoritat, en un espai geogràfic determinat —el territori de l'estat— i sobre una població que hi està unida per un vincle de nacionalitat i respecte i de la qual assumeix tot un seguit de funcions que comporten l'aparició d'un conjunt de drets i deures recíprocs. Alhora, aquest exercici exclusiu i *sobirà* del poder es manifesta *ad extra* en les relacions amb altres estats a través del principi d'igualtat sobirana que recull la Carta de les Nacions Unides i que en essència vol dir que cap estat no es pot situar per sobre dels altres.

La sobirania o independència de l'estat es projecta sobre el conjunt de la informació i la comunicació a través de la competència de caràcter territorial sobre els mitjans que es difonen al seu territori i la competència de caràcter personal sobre els professionals de la informació i, de manera més genèrica, sobre la població de l'estat, com a receptora i consumidora de la informació. La competència territorial ha estat històricament preponderant, atès que atribuïa a l'estat la potestat de controlar quina informació es difonia dins del seu espai geogràfic. En els seus orígens, la *llibertat de premsa* era un assumpte estrictament intern i cada estat l'aplicava de conformitat amb els seus principis constitucionals i el seu ordenament jurídic.

Tanmateix, arran de l'aparició de la comunicació audiovisual, aquest control de l'estat sobre la informació difosa al seu territori adquireix una nova dimensió, derivada de les característiques tècniques d'aquests mitjans. L'estat passa a exercir una doble competència: sobre el contingut difós i sobre les xarxes per les quals es transporta la informació.

La competència de l'estat sobre les xarxes de telecomunicacions té el seu origen en la implantació de la telegrafia a mitjan segle XIX i, de fet, segueix el mateix patró establert en altres infraestructures, com ara les carreteres o els ferrocarrils: la titularitat de l'estat sobre les vies de comunicació. Per tant, de bon principi l'estat es va considerar el titular de les xarxes telegràfiques que creuaven el seu territori. No obstant això, la telegrafia va assolir ben aviat una dimensió internacional i això va portar els estats a crear una de les primeres organitzacions internacionals de caràcter tècnic, la Unió Telegràfica Internacional, el 1865. A principis del segle XX va aparèixer un nou

do: a propósito del asunto Couso», *REEI: Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39 (juny 2020).

15. Manuel Díez DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, 17a ed., Madrid, Tecnos, 2009, p. 275.

sistema de transmissió que permetia difondre informació sense necessitat de fils ni estructures fixes, sinó a través de l'espectre radioelèctric, és a dir, el conjunt d'ones electromagnètiques compreses entre 3 Hz i 3.000 GHz. Aquest nou sistema de transmissió, que va fer possible l'aparició de la ràdio i, més tard, la televisió, va comportar inevitablement l'adaptació del sistema que s'havia establert per a la telegrafia a les seves característiques. Així, el sistema de concessions de domini públic, establert per a les infraestructures fixes del telègraf, va donar pas a l'equiparació de l'espectre radioelèctric amb un bé de domini públic, la gestió del qual assumia cada estat en el seu àmbit territorial. A escala internacional, l'estructura de cooperació que representava la Unió Telegràfica Internacional es va haver d'adaptar. Va ser així com es va implantar el sistema de comandament i control (*control and command*), que encara està en funcionament i el qual parteix de l'atribució a cada estat de la responsabilitat de la gestió de l'espectre radioelèctric a partir d'unes freqüències que li són assignades en l'àmbit internacional per la Unió Internacional de Comunicacions, successora de la Unió Telegràfica Internacional. En definitiva, des de la implantació de la telegrafia fins ara s'ha mantingut un mateix sistema segons el qual l'estat és el responsable de les xarxes que permeten que la informació circuli pel seu territori, i s'ha de coordinar amb la resta d'estats a través d'una organització internacional que promou uns acords internacionals a través dels quals s'actualitza l'atribució de freqüències a cadascun d'ells.

Tot aquest sistema parteix del principi que l'espectre radioelèctric és un bé escàs. Per això, els instruments internacionals en la matèria demanen als estats que siguin restrictius en la gestió de les freqüències que els són atribuïdes i l'adjudicació de l'ús de les quals, a escala estatal, es fonamenta en la seva consideració com a bé de domini públic i s'assigna a partir d'un sistema de concessions demaniales.

Pel que fa a la competència de l'estat sobre els continguts, s'ha admès, en un context democràtic, que els estats sotmetin l'exercici de la llibertat d'expressió a determinades formalitats, condicions, restriccions o sancions previstes per la llei, tal com recullen expressament l'article 10.2 del Conveni Europeu de Drets Humans i la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans que l'ha interpretat.¹⁶ Aquesta intervenció es vehiculava en principi a partir de l'assimilació de la ràdio i la televisió a un servei públic de titularitat estatal, que es podia prestar o bé a través d'una empresa pública o bé mitjançant concessions de servei públic. La tendència a la desregulació que es va imposar en les darreres dècades del segle xx va provocar, tanmateix, la substitució d'aquesta *publicatio* de la comunicació audiovisual per la seva consideració com un servei prestat en igualtat de condicions per prestadors públics i privats.¹⁷

16. Vegeu les sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans del 28 de març de 1990, *Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, i de l'11 d'octubre de 2007, *Glas Nadejda Eood and Elenkov v. Bulgaria*.

17. François JONGEN, *La police de l'audiovisuel*, Brussel·les i París, Bruylant i LGDJ, 1994, p. 44.

En el cas dels serveis prestats a través de l'espectre radioelèctric, la concessió de servei públic ha estat substituïda per una llicència que, tanmateix, requereix per a la seva eficàcia l'obtenció, per part del titular, d'una concessió per a utilitzar la freqüència o les freqüències corresponents dins l'espectre radioelèctric. Quan es tracta de serveis a través d'internet, és suficient una comunicació prèvia a l'autoritat competent.

Evidentment, els requisits i les condicions imposats a la comunicació audiovisual s'entenen en un context de respecte dels drets fonamentals i han d'estar previstos en una llei, com a garantia davant de possibles abusos. Lamentablement, en la pràctica internacional no manquen casos d'estats que exerceixen encara pràctiques de censura i restriccions a l'accés de continguts, de vegades amb mètodes altament sofisticats. En definitiva, l'estat sobirà pot ser el principal garant de la llibertat d'informació i comunicació, però també pot esdevenir-ne el pitjor enemic.

Aquesta atribució a cada estat de la responsabilitat sobre la gestió de l'espectre radioelèctric al seu territori s'estén a la competència sobre la recepció d'emissions de ràdio i televisió que procedeixen de fora del territori nacional. Generalment, l'origen d'aquestes emissions és en un altre estat, per la qual cosa el problema es resol pels conductes habituals de solució de controvèrsies. Un cas singular, però, va ser el d'unes emissions de ràdio difoses des d'emissores situades en espais fora de l'àmbit territorial de competència de l'Estat espanyol, com és el cas de l'alta mar o l'espai aeri, la qual cosa va obligar a promoure un acord europeu específic per a reprimir aquestes pràctiques.¹⁸

A Europa es va impulsar la creació d'un espai audiovisual «sense fronteres» a partir del 1989, quan van coincidir la signatura del Conveni Europeu sobre Televisió Transfronterera,¹⁹ en el marc del Consell d'Europa, amb l'aprovació de la Directiva «televisió sense fronteres» en l'àmbit de la Comunitat Europea.²⁰ Aquest espai audiovisual transfronterer europeu troba el seu contrapunt, no obstant això, en el principi del país d'origen, establert en les directives de la Unió Europea i segons el qual els mitjans de comunicació audiovisual estan subjectes al dret de l'estat on tenen la seu.²¹

18. «Instrumento de ratificación del Acuerdo europeo contra las emisiones de radiodifusión efectuadas por estaciones situadas fuera de los territorios nacionales, hecho en Estrasburgo el 22 de enero de 1965», *Boletín Oficial del Estado* (BOE), núm. 56, 5 de març de 1988, acord que va ser ratificat pel Regne d'Espanya el 12 de març de 1987.

19. Conveni Europeu sobre Televisió Transfronterera, del 5 de maig de 1989, ratificat pel Regne d'Espanya el 19 de gener de 1998 (BOE, núm. 96, 22 d'abril de 1998).

20. *Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*. Aquesta directiva ha estat objecte de diverses modificacions, la darrera de les quals s'ha fet mitjançant la Directiva 2018/1808, del 14 de novembre de 2018, més coneguda com a Directiva dels serveis de comunicació audiovisual.

21. M. CAPPELLO (ed.), *L'application du droit des médias sans frontières*, p. 14.

Val a dir, però, que aquest paper preponderant de l'espectre radioelèctric com a mitjà de difusió de la ràdio i la televisió va progressivament a la baixa com a conseqüència, d'una banda, de la prioritat donada en l'àmbit de la Unió Europea a altres usos de l'espectre (telefonía mòbil, 5G, microones, LAN sense fils, etc.)²² i, de l'altra, de l'ús creixent d'internet per part de la ràdio i la televisió. La disminució de la dependència de l'espectre ha de canviar forçosament el paper de l'estat, que de manera progressiva deixa de controlar l'espai per on es difonen les emissions de ràdio i televisió i ha de reconduir el seu paper a prevenir la difusió de continguts potencialment perillosos arribats a través d'internet. És a dir, si bé l'estat encara no ha perdut el seu paper preponderant en el control territorial sobre la difusió de la ràdio i la televisió, va perdent rellevància respecte de la competència personal, és a dir, la seva funció de garant de la llibertat d'informació i comunicació de la seva ciutadania.

Si aquestes competències de l'estat sobirà es posen en relació amb els riscos als quals s'enfronten les llibertats d'informació i comunicació, esmentats abans, es plantegen dues grans qüestions: la primera és el dilema entre seguretat i llibertat d'informació, reflectit en el creixement del desordre informatiu (desinformació, notícies enganyoses), i la segona és el paper de l'estat envers els riscos a què s'enfronten els professionals del sector.

2.2. EL DILEMA ENTRE SEGURETAT I LLIBERTAT D'INFORMACIÓ EN RELACIÓ AMB EL DESORDRE INFORMATIU (DESINFORMACIÓ)

La utilització geoestratègica de la desinformació, és a dir, l'ús de notícies falses o manipulades per a pressionar, amenaçar o extorsionar altres estats, o per a interferir en els seus assumptes interns, incideix directament sobre dos principis estructurals del dret internacional públic: la prohibició de l'amenaça o l'ús de la força²³ i la prohibició de la intervenció en afers interns d'altres estats.²⁴ En efecte, la desinformació pot ser un element clau per a atiar i mantenir qualsevol tipus de conflicte internacional, armat o no armat, o per a incidir en la política de tercers estats, especialment mitjançant la interferència en processos electorals. Ambdós principis estan, tanmateix, relacionats estretament, atès que qualsevol intervenció en assumptes d'un altre estat es considera alhora una situació que amenaça la pau i la seguretat internacionals.²⁵

22. Vegeu M.^a Trinidad GARCÍA LEIVA, «La Unión Europea y el espectro radioeléctrico: de la armonización técnica a la liberalización del interés público», *RedesCom*, núm. 5, p. 283 i seg.

23. Article 2.4 de la Carta de les Nacions Unides.

24. Article 2.7 de la Carta de les Nacions Unides.

25. AG Res 2625(XXV), del 24 d'octubre de 1970, *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, preàmbul: «[...] el estricto cumplimiento por los estados de la obligación de

2.2.1. Prohibició de l'amenaça o l'ús de la força

El manteniment de la pau i la seguretat internacionals és, precisament, el primer dels propòsits de l'Organització de les Nacions Unides (ONU), que pot, amb aquesta finalitat, «[...] tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz [...]».²⁶ Dins del sistema institucional de l'ONU, aquesta funció s'atribueix de manera primordial al Consell de Seguretat,²⁷ al qual correspon determinar l'existència de qual-sevol amenaça per a la pau, trencament de la pau o acte d'agressió, fer recomanacions i adoptar les mesures oportunes.²⁸ A aquest efecte, el Consell de Seguretat pot decidir l'aplicació de mesures que no impliquin l'ús de la força armada i instar els membres de l'ONU a aplicar-les.²⁹ Aquest tipus de mesures pot comprendre, entre d'altres, la interrupció total o parcial de les comunicacions «radioeléctricas y otros medios de comunicación», la qual cosa permet al Consell de Seguretat requerir als estats que interrompin la difusió de la informació falsa o manipulada que pugui representar una amenaça per a la pau i la seguretat internacionals. Tanmateix, l'adopció d'una resolució d'aquest tipus requereix el vot afirmatiu de tots els membres permanents del Consell de Seguretat —Estats Units, Rússia, França, Gran Bretanya i Xina—,³⁰ cosa que fa molt difícil portar-les a la pràctica.

En conseqüència, l'acció del Consell de Seguretat en relació amb l'ús de la desinformació i la propaganda com a amenaça per a la pau i la seguretat no ha pogut anar més enllà de fer recomanacions sobre temes que no plantegin discrepàncies entre els membres permanents. Aquest va ser el cas de la resolució titulada *Marco internacional amplio para refutar los argumentos terroristas*, adreçada específicament a contrarestar l'ús de la propaganda i la desinformació per part de l'Estat Islàmic de l'Iraq i el Llevant (EIIL o Daesh). Aquest document, elaborat pel Comitè contra el Terrorisme del mateix Consell de Seguretat, va definir un marc internacional ampli per a combatre eficaçment les formes amb què el Daesh i altres grups associats utilitzaven els seus arguments per a estimular, motivar i reclutar terceres persones perquè cometessin actes terroristes. Aquest marc s'estructurava en tres eixos fonamentals: mesures jurídiques i coercitives, d'acord amb el dret internacional, aliances publicoprivades i elaboració de

no intervenir en los asuntos de cualquier otro estado es condición esencial para asegurar la convivencia pacífica entre las naciones, ya que la práctica de cualquier forma de intervención, además de violar el espíritu y letra de la Carta, entraña la creación de situaciones atentatorias de la paz y la seguridad internacionales».

26. Article 1.1 de la Carta de les Nacions Unides.

27. Article 24.1 de la Carta de les Nacions Unides.

28. Article 39 de la Carta de les Nacions Unides.

29. Article 41 de la Carta de les Nacions Unides.

30. Article 27.3 de la Carta de les Nacions Unides.

contraarguments.³¹ Al seu torn, aquests eixos es concretaven en propostes concretes que es mantenien en la mateixa línia d'altres declaracions i informes relatius al combat contra la desinformació, com, per exemple, la necessitat de conjuminar mesures preventives i mesures repressives amb la llibertat d'expressió, la millora dels mètodes de vigilància contra aquests continguts i el paper de l'autoregulació, i la constatació que, encara que l'ús indegut de les tecnologies de la informació i la comunicació ha tingut un paper destacat, no es pot menystenir la importància d'altres mitjans de comunicació. No s'afegeix res de nou, per tant, a les mesures contingudes en tantes altres declaracions i informes referents a la lluita contra la desinformació, fins i tot en una qüestió en la qual hi havia un posicionament unànim dels cinc membres permanents del Consell de Seguretat: la necessitat de combatre el Daesh. Tot plegat posa de manifest la insuficiència del sistema de seguretat de l'ONU en la prevenció o eliminació de la desinformació.

La capacitat del Consell de Seguretat per a respondre al desafiament que representa la desinformació a escala global és, doncs, limitada. Però, en termes generals, les possibilitats que ofereix la cooperació multilateral entre estats no van gaire més enllà. Cal reconèixer que els esforços per a combatre la propaganda bel·licista i la difusió de notícies falses o enganyoses que puguin alterar la pau i la seguretat internacionals, venen de lluny. En efecte, el 23 de setembre de 1936 tots els membres de la Societat de Nacions, entre ells la República Espanyola,³² van signar a Ginebra la *International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace* (Convenció Internacional Relativa a la Utilització de la Radiodifusió en la Causa de la Pau).³³ Acabada la Segona Guerra Mundial, i abans fins i tot de la Declaració Universal dels Drets Humans, l'Assemblea General de les Nacions Unides va aprovar la Resolució 110 (II), del 3 de novembre de 1947, sobre les mesures que s'havien de prendre contra la propaganda i els incitadors d'una nova guerra.³⁴ I encara caldria afegir la Convenció sobre el Dret Internacional de Rectificació, que fou adoptada per la Resolució 630 (VII) de l'Assemblea General, del 16 de desembre de 1952,³⁵ vigent des del

31. *Marco internacional amplio para refutar los argumentos terroristas*, Nova York, Consejo de Seguridad, resolució S/2017/375, 26 d'abril de 2017.

32. En el moment de la signatura, la delegació espanyola va formular la declaració següent: «La Delegació espanyola declara que el seu Govern es reserva el dret de posar fi per tots els mitjans possibles a la propaganda susceptible d'afectar l'ordre intern a Espanya i que comporti un incompliment de la Convenció, en cas que el procediment proposat per la Convenció no permeti mesures immediates per frenar aquest incompliment» (la traducció és nostra). Aquesta prevenció s'explica pel context de guerra civil existent quan tingué lloc aquesta signatura, la qual, tanmateix, va resultar ineficaç per a aturar la propaganda dels dos bàndols enfrontats.

33. *League of Nations Treaty Series*, vol. 186, p. 301; vol. 197, p. 394, i vol. 200, p. 557.

34. AG Res 110 (II), del 3 de novembre de 1947, *Measures to be taken against propaganda and the inciters of a new war*.

35. *United Nations Treaty Series*, vol. 435, p. 191.

24 d'agost de 1962. Aquests acords, tanmateix, si bé són plenament vigents, solament han estat ratificats per un nombre molt limitat d'estats, cosa que en redueix considerablement l'eficàcia. I, en acabat, el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, del 19 de desembre de 1966 (en endavant, PIDCP), va introduir de manera explícita la prohibició de la propaganda a favor de la guerra.

En principi, es podria dir que aquests tres textos —vigents en l'esfera internacional— configuren un corpus legal que determina la propaganda destinada a alterar la pau i la seguretat internacionals en un sentit ampli —incloent-hi, per tant, la difusió de notícies falses o enganyoses—, reforçat pel caràcter de norma imperativa del PIDCP com a tractat internacional ratificat i publicat oficialment en els països signants. La Convenció del 1936 recollia quatre compromisos mutus de les parts signants: prohibir i, si escau, aturar qualsevol emissió des del seu territori que pogués incitar la comissió d'actes incompatibles amb la seguretat del territori d'una part contractant (art. 1); assegurar que les emissions des d'emissores de ràdio situades al seu territori no constituïrien una incitació a la guerra contra una part contractant o actes similars (art. 2); prohibir o, si escau, fer cessar sense dilació en els seus territoris respectivament tota emissió susceptible de perjudicar la bona entesa internacional per afirmacions la inexactitud de les quals sigui o hagi de ser coneguda per les persones responsables de la difusió, fins i tot quan aquesta inexactitud s'hagi fet evident després de la difusió³⁶ (art. 3), i vetllar perquè la informació que transmetin les emissores situades en el seu territori en matèria de relacions internacionals, sobretot en èpoques de crisi, hagi estat verificada prèviament per l'organisme competent (art. 4). Com es pot observar, les conductes descrites, i en particular la referència a «les afirmacions la inexactitud de les quals sigui o hagi de ser coneguda per les persones responsables de la difusió», es poden identificar directament amb la desinformació.

La Resolució 110 (II) no és tan detallada a l'hora de descriure les conductes que integren la propaganda de guerra, ja que no va més enllà de condemnar genèricament «toda propaganda, en cualquier país que se ejerza, destinada a provocar o alentar, o susceptible de provocar o alentar cualquier amenaza a la paz» i d'encoratjar els estats a utilitzar la publicitat i la propaganda per a promoure les relacions amistoses entre les nacions i difondre el desig de pau de tots els pobles. En canvi, introdueix un element important quan esmenta de manera explícita la necessitat de respectar la llibertat d'expressió. Així, la prohibició de la propaganda de guerra actua com un límit a la llibertat

36. «Les hautes parties contractantes s'engagent mutuellement à interdire et, le cas échéant, à faire cesser sans délai sur leurs territoires respectifs toute émission susceptible de nuire à la bonne entente internationale par des allegations dont l'inexactitude serait ou devrait être connue des personnes responsables de la diffusion.

»Elles s'engagent mutuellement en outre à veiller à ce que toute émission susceptible de nuire à la bonne entente internationale par des allegations inexacts soit corrigée le plus tôt possible par les moyens les plus efficaces, même si l'inexactitude n'est apparue que postérieurement à la diffusion.»

d'expressió, però, alhora, no es pot coartar la llibertat d'expressió utilitzant aquesta prohibició.

La Convenció del 1952, per la seva banda, té com a objectiu establir un dret de rectificació a favor dels estats, semblant al que tenen reconeguts els particulars en el dret intern, en cas que un estat difongui una informació falsa o perjudicial per a un altre estat.

Tanmateix, els mitjans per a fer efectius aquests mandats són molt limitats: la Convenció del 1936 és encara vigent, però només ha estat ratificada per una vintena d'estats al llarg de la seva història i, en qualsevol cas, no estableix un mecanisme de seguiment ni d'exigència de responsabilitat als possibles infractors, més enllà de la remissió als mitjans diplomàtics i als mecanismes de solució pacífica de controvèrsies en els casos de diferències entre les parts sobre la interpretació i l'aplicació de la Convenció.³⁷ Un problema semblant es produeix amb la Convenció sobre el Dret Internacional de Rectificació, vigent en un nombre exigü d'estats. Per la seva part, la Resolució 110 (II) és una disposició no vinculant, sens perjudici del seu valor hermenèutic.

Per tot això, es pot considerar que la previsió més eficaç contra la desinformació, a escala internacional, és la continguda en l'article 20.1 del PIDCP, que determina que la llei ha de prohibir la propaganda a favor de la guerra. Aquesta disposició es pot interpretar en relació amb les convencions del 1936 i el 1952 per a fer-la extensible a qualsevol amenaça per a la pau i la seguretat derivada de la difusió de notícies falses o enganyoses i per a establir la vinculació descrita abans entre prohibició de la propaganda de guerra i llibertat d'expressió. Tanmateix, cal tenir present que aquesta prohibició no és *self executing*, ja que l'establiment i l'aplicació de les normes que han de prohibir la propaganda de guerra es remeten a allò que estableixi cada estat. És a dir, la prevenció de la propaganda i la desinformació queda pràcticament en mans dels mateixos estats, que han d'aplicar en primer terme els mitjans de solució pacífica de controvèrsies reconeguts pel dret internacional públic, és a dir, la negociació, la conciliació, l'arbitratge o el recurs al Tribunal Internacional de Justícia. Si aquests mitjans no resulten eficaços, l'estat que és víctima d'aquest comportament pot recórrer a l'adopció de contramesures³⁸ destinades a restablir el respecte del dret i a exigir responsabilitat a l'Estat infractor, que queda obligat a cessar aquesta activitat, a oferir garanties de no-repetició i a reparar el perjudici causat.³⁹ Aquestes mesures no poden implicar en cap supòsit l'ús de la força, ja que difícilment l'emissió de propa-

37. Article 7 de la Convenció.

38. Gregorio GARZÓN CLARIANA, «Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (vi). Aplicación forzosa: procedimientos descentralizados e institucionalizados», a Manuel Díez DE VELASCO, *Instituciones de derecho internacional público*, p. 1026.

39. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Nova York, Naciones Unidas, Asamblea General, 2001, art. 28-31.

ganda o notícies falses es pot considerar una agressió armada, que justificaria l'excepció de la legítima defensa (art. 51 de la Carta de les Nacions Unides).

La possibilitat que una persona o una entitat particular emprengui accions contra un estat arran de la difusió de propaganda o notícies falses per a alterar la pau i la seguretat internacionals no es pot descartar *a priori* però resulta molt difícil d'aplicar en la pràctica, llevat que siguin els mateixos estats els qui regulin el tema. Si l'estat no ha fet aquest desplegament normatiu —com en el cas d'Espanya, per exemple—, és pràcticament impossible reclamar-li directament una responsabilitat per la difusió de propaganda o notícies falses, més enllà de la que li pugui correspondre per no haver fet la incorporació de la prohibició de la propaganda de guerra en l'ordenament jurídic intern (responsabilitat de l'estat legislador). Aquesta responsabilitat s'hauria d'exigir, tanmateix, davant dels tribunals nacionals, sens perjudici que, un cop exhaurits tots els recursos judicials interns, es pugui aconseguir un pronunciament del Comitè de Drets Humans que declari aquest incompliment del PIDCP per part de l'estat.

2.2.2. *Prohibició de la intervenció en assumptes interns*

La difusió de notícies falses o enganyoses pot incórrer també en una vulneració de la prohibició d'intervenir en assumptes interns d'altres estats; per exemple, quan un estat promogui la difusió de notícies falses o enganyoses amb la finalitat d'interferir en un procés electoral o en una crisi política d'un altre estat. En principi, aquesta conducta es podria considerar com un il·lícit internacional, amb els efectes exposats abans, però això podria acabar comportant unes conseqüències desproporcionades, raó per la qual algun autor ha proposat limitar la qualificació d'intervenció prohibida als casos de notícies falses en sentit estricte i deixar al marge els altres supòsits de desinformació.⁴⁰ No sembla, però, que aquest criteri pugui ser gaire útil, ja que no queda clar per quin motiu una informació totalment falsa ha de provocar necessàriament més dany que una informació que distorsioni uns fets reals, a banda que en alguns casos la distinció entre informació falsa i informació enganyosa pot ser molt difícil. Per aquests motius, a l'hora de determinar la possible exigència d'una responsabilitat internacional a un estat sembla preferible evitar formulacions generals i valorar de manera individualitzada les circumstàncies de cada cas i el dany produït.

En qualsevol cas, els estats han introduït la lluita contra la desinformació en les seves estratègies de defensa. A l'Estat espanyol, i després de llargs debats sobre aquesta qüestió,⁴¹ el Consell de Seguretat Nacional ha aprovat un procediment d'actuació

40. Björnstjern BAADE, «Fake news and international law», Berlín, Berlin Potsdam Research Group «The International Rule of Law – Rise or Decline?», agost 2018 (KFG Working Paper Series; 18).

41. Vegeu DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL, *Procedimiento de actuación contra la desinfor-*

contra la desinformació que s'ha fet públic per mitjà de l'Ordre PCM/1030/2020.⁴² Aquest procediment té per objecte garantir la participació d'Espanya en el Pla Europeu contra la Desinformació, del 2018, i bàsicament descriu les funcions dels òrgans, els organismes i les autoritats del Sistema de Seguretat Nacional en relació amb la lluita contra la desinformació, estableix mecanismes de prevenció, detecció, alerta precoç, anàlisi, resposta i avaluació, i determina una metodologia d'identificació, anàlisi i gestió de les situacions de desinformació.

2.2.3. *Les normes de «soft law»*

Les dificultats a l'hora d'emprendre una acció internacional institucionalitzada es veuen reflectides en l'adopció de normes de *soft law*. Les organitzacions internacionals promouen aquest tipus de normes —recomanacions, resolucions, declaracions— com una invitació als estats a comportar-se en un sentit determinat, amb la idea d'aconseguir un consens mínim que es pugui consolidar amb el temps.⁴³ Això permet als estats acceptar uns compromisos vagues i, mentrestant, mantenir intacta la seva competència per a dictar normes imperatives i imposar sancions.

Ara bé, atès que expressen un consens de la comunitat internacional, les normes de *soft law* poden oferir un canón interpretatiu, tant de normes de dret internacional com de dret intern, que els pot acabar donant una gran influència. Un exemple clar en aquest sentit és la Declaració Universal dels Drets Humans, que si bé fou concebuda com un instrument no vinculant, ha esdevingut part del dret internacional general⁴⁴ a conseqüència del desplegament dels seus principis en diversos tractats internacionals d'àmbit universal i regional i en textos constitucionals, com la referència de l'article 10.2 de la Constitució espanyola. En aquesta mateixa línia, algun autor considera que aquest tipus de disposicions (que denomina «estàndards»), quan no es limiten a reproduir allò que s'estableix en altres instruments normatius, són autèntiques

mación, Madrid, Gobierno de España, Gabinete de la Presidencia del Gobierno, <www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/procedimiento-actuaci%C3%B3n-contra-desinformaci%C3%B3n#:~:text=El%2026%20de%20abril%20de%202018%2C%20la%20Comisi%C3%B3n,a%20los%20procesos%20democr%C3%A1ticos%20y%20a%20bienes%20p%C3%ABlicos> (consulta: 10 març 2023).

42. «Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional», BOE, núm. 292, 5 de novembre de 2020, <www.boe.es/eli/es/o/2020/10/30/pcm1030> (consulta: 10 març 2023).

43. Santiago RIPOL CARULLA, *Las libertades de información y de comunicación en Europa*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 26-27.

44. Emmanuel DECAUX, «Brève histoire juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 116 (2018), p. 839 i seg.

normes de dret internacional públic, malgrat que no estiguin incloses en el sistema de fonts establert en l'article 38 de l'Estatut del Tribunal Internacional de Justícia.⁴⁵

En l'àmbit de la desinformació, el document més important aprovat fins ara ha estat la *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y «noticias falsas»* («fake news»), *desinformación y propaganda*,⁴⁶ signada a Viena el 3 de març de 2017 pel relator especial de l'ONU per a la llibertat d'opinió i expressió, la representant per a la llibertat dels mitjans de comunicació de l'Organització per a la Seguretat i la Cooperació a Europa (OSCE), el relator especial de l'Organització d'Estats Americans (OEA) per a la llibertat d'expressió i la relatora especial sobre llibertat d'expressió i accés a la informació de la Comissió Africana de Drets Humans i dels Pobles (CADHP), amb la col·laboració de les organitzacions Article 19 i Center for Law and Democracy (en endavant, Declaració de Viena). La Declaració de Viena és rellevant pel consens que representa a escala internacional i també perquè estableix alguns criteris que poden servir amb una finalitat hermenèutica. Així, d'entrada no aborda la desinformació des del punt de vista de la intencionalitat dels seus promotors —criteri seguit en les institucions europees—, sinó a partir del resultat, és a dir, la creació de confusió en la població que comporta la vulneració dels drets garantits per la llibertat d'opinió i expressió:

[...] la desinformación y la propaganda a menudo se diseñan e implementan con el propósito de confundir a la población y para injerir en el derecho del público a saber y en el derecho de las personas a buscar y recibir, y también transmitir, información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, que son derechos alcanzados por las garantías legales internacionales de los derechos a la libertad de opinión y expresión.

Ara bé, després d'aquesta consideració general, els redactors de la Declaració de Viena posen èmfasi en el fet que «algunas modalidades de desinformación y propaganda podrían dañar la reputación y afectar la privacidad de personas, o instigar la violencia, la discriminación o la hostilidad hacia grupos identificables de la sociedad». No obstant això, aquestes consideracions només tenen valor hermenèutic.

45. Eibe RIEDEL, «Standards and sources: farewell to exclusivity of the sources triad in international law?», *European Journal of International Law*, vol. 2, núm. 2 (1991), p. 58 i seg.

46. *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y «noticias falsas»* («fake news»), *desinformación y propaganda*, Viena, Organización de los Estados Americanos, 3 de març de 2017, <www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2> (consulta: 25 abril 2020).

2.2.4. Actes unilaterals dels estats

L'escàs desenvolupament de la protecció de la desinformació a escala internacional manté en mans dels estats, per tant, l'adopció de les mesures imperatives contra la desinformació. Amb aquest propòsit, s'ha desplegat un ampli ventall d'accions, des de la creació de grups de treball i l'impuls d'iniciatives d'alfabetització mediàtica fins a la imposició de sancions.⁴⁷ D'aquestes actuacions, les més significatives han estat les lleis específiques que s'han adoptat en diversos estats, generalment vinculades amb la protecció de la seguretat nacional i la prevenció dels discursos d'odi. Alemanya va iniciar aquesta tendència amb la *Netzdurchsetzungsgesetz* (Llei sobre les xarxes socials, més coneguda com a NetzDG), aprovada l'1 de setembre de 2017,⁴⁸ que estableix un procediment ràpid per a retirar el contingut considerat il·legal de les xarxes socials i atribueix aquesta responsabilitat als operadors de plataformes en línia amb més de dos milions d'usuaris. Aquesta llei, que ja ha comportat la imposició d'una multa de dos milions d'euros a Facebook,⁴⁹ ha estat objecte de crítiques severes des d'àmbits professionals i acadèmics, en els quals es veu com una forma de censura.⁵⁰ De fet, no és gens estrany que aquesta llei hagi estat seguida amb interès per règims autoritaris com el rus, on la llei alemanya hauria servit d'inspiració per a diverses iniciatives legislatives sobre la fiabilitat de les informacions en els agregadors d'informació (propietaris dels motors de cerca) i la informació falsa (lleis sobre la informació falsa), juntament amb la modificació del Codi penal rus per a tipificar l'elogi dels crims nazis, la difusió d'informacions conscientment falses sobre el paper de l'URSS en la Segona Guerra Mundial i les acusacions falses d'extremisme contra funcionaris russos.⁵¹

Un altre exemple rellevant és la Llei francesa relativa a la lluita contra la manipulació de la informació,⁵² aprovada el 22 de desembre de 2018 després d'una agita-

47. Vegeu informació actualitzada sobre les mesures adoptades pels estats contra la desinformació a Daniel FUNKE i Daniela FLAMINI, «A guide to anti-misinformation actions around the world», *Poynter*, <www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/> (consulta: 24 maig 2020).

48. El text de la NetzDG en versió anglesa es pot consultar a <<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>> (consulta: 10 març 2023).

49. «Germany fines Facebook for underreporting hate speech complaints», *Deutsche Welle* (DW), 7 de febrer de 2019, <www.dw.com/en/germany-fines-facebook-for-underreporting-hate-speech-complaints/a-49447820> (consulta: 24 maig 2020).

50. Vegeu Heidi TWOREK i Paddy LEERSEN, *An analysis of Germany's NetzDG Law*, Transatlantic Working Group, 15 d'abril de 2019, <www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf> (consulta: 10 març 2023), i ARTICLE 19, *Germany: the act to improve enforcement of the Law in social networks* (en línia), Londres, Article 19, agost 2017, <www.article19.org/wp-content/uploads/2017/09/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf> (consulta: 24 maig 2020).

51. Vegeu Andrei RICHTER, *La désinformation dans les médias selon le droit russe*, Estrasburg, Observatoire Européen de l'Audiovisuel, juny 2019 (IRIS Extra).

52. *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*.

da tramitació en seu parlamentària. Si la Llei alemanya persegueix essencialment els discursos d'odi, en aquest cas l'objecte és preservar la sobirania nacional i evitar les interferències que puguin confondre l'opinió pública, en particular si provenen de l'estranger.⁵³ Amb aquesta finalitat, la Llei francesa institueix un procediment judicial d'urgència que permet denunciar les informacions falses en període electoral, atribueix al Conseil Supérieur de l'Audiovisuel la potestat d'interrompre les emissions procedents de tercers països i estableix l'obligació dels operadors de plataformes en línia de col·laborar amb les autoritats en la lluita contra la difusió d'informacions falses.

2.3. LA UNIÓ EUROPEA: CAP A UN NOU PARADIGMA D'INTERVENCIÓ EN LA PREVENCIÓ DE LA DESINFORMACIÓ

Dins del conjunt de les actuacions dutes a terme per estats i organitzacions internacionals en relació amb la prevenció de la desinformació, ocupen un lloc singular les que han estat impulsades per la Unió Europea. Com tothom sap, la Unió és una organització d'integració que, com a tal, pot aprovar normes adreçades no solament als estats que en formen part, sinó també al conjunt de persones físiques i jurídiques que són nacionals d'aquests estats. L'àmbit d'aplicació d'aquestes normes està determinat per les competències que la Unió Europea té reconegudes en els seus tractats constitutius, modulades a través dels principis de subsidiarietat, proporcionalitat i suficiència de mitjans. Ras i curt, això significa que la Unió ha d'actuar en l'àmbit de les seves competències materials, en la mesura que sigui necessària i quan l'actuació a escala de la Unió pugui ser més eficaç que la que es dugui a terme en cadascun dels estats.

La intervenció de la Unió Europea en l'àmbit de la desinformació —que en un primer moment va tenir un enfocament limitat a la defensa pròpia davant les informacions falses difoses en el context de l'annexió de Crimea i en el del Brexit— ha evolucionat ràpidament, d'acord amb els principis esmentats, cap a l'establiment d'un sistema de protecció contra aquest fenomen a escala europea. Aquest sistema es basa en la coregulació, és a dir, un codi de conducta aprovat per la Unió com a norma de *soft law* i basat en la seva acceptació voluntària per part de professionals i altres entitats interessades. La validesa d'aquest tipus d'actes ha estat reconeguda pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea donant prioritat al contingut dels actes sobre la forma, amb la condició que aquests actes puguin entrar dins l'àmbit de competències de la

53. Vegeu Marine GUILLAUME, *Strategic Analysis 2/2019: Combating the manipulation of information – a French case*, Helsinki, European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats, 2019, <www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2019/05/HybridCoE_SA_Combating-the-manipulation-of-information.pdf> (consulta: 10 novembre 2019).

Unió Europea i reuneixin uns determinats requisits de fons, en particular la publicació al *Diari Oficial de la Unió Europea*.⁵⁴

El primer d'aquests codis va ser el Codi de bones pràctiques contra la desinformació, subscrit el mes d'octubre del 2018 per la Comissió Europea amb Facebook, Google, Microsoft, Mozilla i set associacions comercials europees,⁵⁵ i el seguiment del qual es fa a través d'uns informes d'autoavaluació. Tot i que el seguiment d'aquest codi es va considerar satisfactori, arran de l'experiència amb la COVID-19 es van detectar diverses fallades que van portar a revisar el conjunt del sistema. Així, es va observar que l'aplicació del Codi s'havia dut a terme de manera incompleta i inconsistent per part dels estats, que mancaven indicadors de seguiment i plataformes de dades per a la investigació sobre desinformació, i que calia, a més, impulsar la participació de tots els sectors implicats, incloent-hi el publicitari. Aquesta revisió va portar a aprovar el Codi reforçat de bones pràctiques en matèria de desinformació 2022, aprovat el 16 de juny de 2022.⁵⁶ Aquest nou codi ha ampliat el nombre de participants respecte al del 2018 per a incloure no solament les grans plataformes, sinó totes les entitats que hi estiguin interessades (i fins i tot organitzacions no governamentals, com RSF), i es basa en l'acceptació voluntària de les seves condicions per part de les entitats participants. El seu contingut es pot sintetitzar en sis punts clau: la revisió de la publicitat lligada a la desinformació (és a dir, evitar que la difusió de missatges publicitaris es pugui beneficiar de l'impacte de les notícies falses) i la definició d'allò que és propaganda política; la garantia de la integritat dels serveis, amb la determinació d'allò que és un comportament manipulador intolerable en la prestació de serveis de comunicació audiovisual (difusió de notícies falses, ús de bots, etc.); l'apoderament dels usuaris, que inclou l'alfabetització mediàtica i les millores en l'arquitectura i les eines que estan a la seva disposició; l'apoderament de la comunitat científica; l'apoderament dels *fact checkers* (verificadors de fets), i l'establiment del Website Transparency Center com a referent comú per a garantir la transparència i la responsabilitat en la lluita contra la desinformació.

Aquest codi de bones pràctiques s'aplica en el marc del dret de la Unió Europea i dels ordenaments nacionals i, en aquest sentit, cal fer referència, de manera especial, a les mesures d'harmonització legislativa introduïdes en la Directiva de serveis de

54. Ricardo ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2010, p. 140-146.

55. EUROPEAN COMMISSION, *Code on practice on disinformation*, Brussel·les, European Commission, 2018, <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>> (consulta: 10 març 2023).

56. EUROPEAN COMMISSION, *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*, Brussel·les, European Commission, 2022, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>> (consulta: 10 març 2023).

comunicació audiovisual mitjançant la Directiva 2018/1808, del 14 de novembre,⁵⁷ algunes de les quals incideixen directament sobre la prevenció de la desinformació. A propòsit d'això, cal esmentar l'ampliació de l'àmbit de la Directiva de serveis de comunicació audiovisual a les xarxes socials i la introducció en aquesta, com a objectius, de la promoció de l'autoregulació, l'increment de la transparència quant a la titularitat dels mitjans, el reforç de l'alfabetització mediàtica o l'establiment de mecanismes de cooperació a escala europea entre les autoritats reguladores dels diferents estats membres de la Unió. En definitiva, es planteja des de la Unió Europea un sistema de prevenció de la desinformació alternatiu a les lleis *ad hoc* aprovades a França, Alemanya o Rússia, en el qual són els mateixos sectors socials i professionals afectats els que han de vetllar per evitar el deteriorament de la qualitat informativa, i els estats han d'intervenir només de manera subsidiària a l'hora de garantir que aquesta actuació de prevenció es dugui a terme amb les garanties necessàries en un sistema democràtic.

Es tracta, en definitiva, de reproduir a cada estat el sistema de prevenció de la desinformació establert a tota la Unió Europea. Així s'ha fet a l'Estat espanyol amb la Llei general de comunicació audiovisual,⁵⁸ que ha previst l'aprovació de codis de conducta en els àmbits estatal i autonòmic que abordin, entre d'altres, el tema de la desinformació. A Catalunya, ja l'any 2005 la Llei de comunicació audiovisual de Catalunya va establir la veracitat informativa com un dels seus principis.⁵⁹ Actualment s'està treballant en un nou projecte de llei que inclourà la prevenció de la desinformació a través de l'autoregulació i la coregulació en línia amb els principis fixats per la Unió Europea.

57. «Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado», *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. L363, 28 de novembre de 2018.

58. Article 15.4j de la Llei 13/2022, del 7 de juliol, general de la comunicació audiovisual.

59. Articles 4 i 7 de la Llei 22/2005, del 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya.

CONSIDERACIONS SOBRE LA VIGÈNCIA DE LA SOBIRANIA NACIONAL¹

Joan Lluís Pérez-Francesch
Universitat Autònoma de Barcelona

1. PLANTEJAMENT

La sobirania gaudeix de bona salut. I la sobirania nacional també. La *causa dels catalans* s'ha centrat sovint en una superació de la perspectiva nacional espanyola amb la il·lusió que es pogués superar en un escenari polític nou que era l'europeu. Els esdeveniments, però, ens mostren que la construcció europea s'ha fet a partir dels estats preexistents, amb una cessió de la sobirania pròpia dels estats nació. Avui la Unió Europea és un club d'estats al qual s'ha cedit una part de la sobirania preexistent (les «competències derivades de la Constitució», que diu l'article 93 de la Constitució espanyola [CE]). Poc federalisme i encara menys Europa de les regions. La sobirania nacional dels estats s'ha cedit en part, s'ha perforat per la presència de la Unió Europea en una construcció multinivell. Els estats, però, gaudeixen de bona salut i la sobirania nacional que justifica llur existència, també.

El concepte de *sobirania nacional* no és gens caduc, com podrem observar en les línies següents. Encara podem dir més: la sobirania, en les seves diverses accepcions, està ben viva per a explicar no tan sols la mateixa existència dels estats, sinó una mena de «nacionalisme banal» que converteix l'artificialitat política en una mena de fenomen de dret natural o derivat de la naturalesa de les coses.² Tant per a legitimar el poder polític sobre un poble i un territori, com per a defensar la independència enfront d'altres estats, la sobirania apareix pertot arreu.

Fins i tot quan hi ha un moviment que vol desbordar les estructures politicoconstitucionals existents, apel·la a la sobirania. Aquest és el cas del moviment sobiranista a Catalunya en els darrers anys. Reivindicar la sobirania és, així, demanar tot el poder

1. Aquest treball és continuació d'una primera versió apareguda a *Eines*, núm. 30 (desembre 2017), p. 16-25.

2. Michael BILLING, *Banal nationalism*, Londres, SAGE, 1995.

per a la nació. La tensió que es produeix entre l'Estat espanyol i els partidaris de la construcció d'un estat propi a Catalunya afecta de ple la sobirania.³

En efecte, d'una banda observem que la Constitució espanyola afirma que «[l]a sobirania nacional resideix en el poble espanyol, del qual emanen els poders de l'Estat» (art. 1.2), expressió que, lligada a la idea de la unitat nacional espanyola de l'article 2 CE, s'interpreta com un tot que —situat en el títol preliminar del text constitucional— identifica monolíticament poble i nació. A més, aquesta sinonímia només es podria reformar —si això fos plantejable en el marc de la mentalitat dominant—⁴ per la via reforçada de l'article 168 CE, un article de compliment tan difícil que s'ha arribat a sostenir que és un mecanisme per a evitar la reforma de la Constitució.

2. LA NACIÓ ESPANYOLA COM A CONCEPTE METAFÍSIC

Dels articles anteriors es deriva la lectura següent: la Constitució es fonamenta en la unitat nacional espanyola, *concepte* que podem entendre que és *previ al mateix text constitucional*. O sigui, que és metafísic, sense relació amb la voluntat de les persones, i fins i tot indisponible. Amb aquest bagatge conceptual no hi ha res per discutir, per deliberar, només per defensar. Sorgeix una argumentació prèvia a la democràcia —encara que no sigui militant— que comporta també sostenir que el dret a l'autodeterminació de parts del territori no és admissible, ni tan sols plantejar-se la pregunta del «dret a decidir» —que es remet a un acord polític intern que mai no es produirà, ateses la mentalitat dominant i el nacionalisme banal espanyol.

La nació espanyola existeix més enllà dels ciutadans concrets que integren l'Estat espanyol. És a les seves mans disposar el que es planteja en una part del territori nacional. Una totalitat antifederal, com recorda Pérez Royo.⁵ L'argumentació es completa amb una deliberada absència de previsió d'un referèndum d'abast autonòmic en la llei reguladora dels referèndums de l'any 1980 —aprovada un any abans de l'intent de cop d'estat de Tejero—. La conclusió de tot plegat és ben clara: «[...] toda nación que no sea la española no existe jurídicamente», com va sostenir la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, del 28 de juny. A més, insistia que la referència que Catalunya és una nació no pot tenir efectes jurídics i per això se situà aquest esment en el preàmbul de l'Estatut d'autonomia de Catalunya del 2006.

3. Tot i així, hi ha qui sosté que l'independentisme no reivindica més nació, sinó més sobirania. En tot cas, si ens hem de moure en les categories en ús, no podem ignorar la nació.

4. Vegeu Óscar ALZAGA VILLAAMIL, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Trotta, 2011.

5. JAVIER PÉREZ ROYO, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2015.

L'article 1.2 CE recull una fórmula tradicional del constitucionalisme històric espanyol. L'article 3 de la Constitució del 1812 deia: «La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales». El preàmbul de la Constitució del 1837 afirmava: «Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz [...]». I l'article 32 de la Constitució del 1869 declarava: «La soberanía reside esencialmente en la nación de la cual emanan todos los poderes».

La Constitució republicana del 1931 no recull el terme *sobirania nacional* i atribueix la sobirania al poble, sense més, per primer cop: «Los poderes de todos sus órganos [els de la República] emanan del pueblo» (art. 1.2). Altres constitucions, com la de la Restauració (1876), afirmaven la idea doctrinària que la sobirania interna —volia dir preconstitucional— resideix en el rei i les Corts (art. 18). Aquesta idea prové de la Constitució del 1845 (art. 12), que inclou una fórmula on hom ubica essencialment la potestat legislativa.

Pel que fa al dret comparat, recull fórmules com ara: «La sovranita' appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione» ('La sobirania pertany al poble, qui l'exerceix en les formes i en els límits de la Constitució'; art. 1.1 de la Constitució italiana del 1947); «Tot poder estatal emana del poble, el qual l'exerceix en les eleccions i votacions i mitjançant els poders legislatiu, executiu i judicial» (art. 20.1 de la Llei fonamental de Bonn; la traducció és nostra); «La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum» ('La sobirania nacional pertany al poble que l'exerceix per mitjà dels seus representants i per la via del referèndum'; art. 3 de la Constitució francesa del 1958).

La formulació de l'article 1.2 CE és producte del consens constitucional entre els grans partits espanyols, que volien consolidar la unitat nacional en un únic poble, i no en diversos pobles integrants de la realitat espanyola, a diferència dels partits nacionalistes bascos i catalans. Així, queda clar que l'únic titular de la sobirania és el poble espanyol, el mateix que exerceix el poder constituent. Per això la Constitució espanyola del 1978 diu en el seu preàmbul: «[...] la Nación española [...]. Las Cortes han aprobado y el pueblo español ratificado». I, com hem dit més amunt, remet a una reforma constitucional en la qual ha d'intervenir tot el poble espanyol. Amb aquest argumentari, més el tenor literal de la primera part de l'article 2 CE,⁶ es construeix l'argumentari antiseccionista.

6. És interessant veure com es va produir la redacció de l'art. 2 CE: per la pressió de l'Exèrcit. Així ho detalla Marcel MATEU, «Déficits democràtics en el procés d'elaboració de la Constitució», *Diàlegs*, vol. 2, núm. 4 (1999), p. 49-69.

3. EL MOVIMENT SOBIRANISTA A CATALUNYA

A l'Estat espanyol el moviment sobiranista no s'ha produït només a Catalunya. Abans al País Basc (Euskadi) es va plasmar en una proposta de reforma estatutària que s'anomenà col·loquialment «Pla Ibarretxe» (2001-2005). Al Congrés dels Diputats, el Partit Popular (PP) i el Partit Socialista Obrer Espanyol (PSOE) s'aliaren per a rebutjar-lo de soca-rel⁷ i posar fi a la seva tramitació. La proposta catalana ha estat més sostinguda en el temps durant els darrers anys i ha tingut moments rellevants com les declaracions de sobirania del Parlament del 2013 i el 2016, declarades inconstitucionals.

És interessant ressenyar les sentències més importants del procés sobiranista català, sempre en contra de la Generalitat. Destaca 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*, aprovada el 23 de gener de 2013.⁸ Aquesta declaració parlamentària proclama la sobirania del poble de Catalunya, tot i que no en comporta l'exercici. Hem de recordar que no és la primera declaració en aquest sentit. Proclama la sobirania del poble de Catalunya, com a subjecte polític i jurídic; la legitimitat democràtica del dret a decidir, del diàleg i de 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.⁹

Malgrat això, la STC 42/2014, del 25 de març, entén que la declaració esmentada té efectes *ad extra* i afecta articles tan nuclears de la CE com l'1.2, el 2, el 9 i el 168. El sentit de la impugnació del Govern espanyol, que comporta la suspensió immediata de la declaració en aplicació de l'article 161.2 CE, és de tipus «preventiu» —la qual

7. Vegeu Joan Lluís PÉREZ-FRANCESCH i Milena D'ONGHIA, «La posición del Tribunal Constitucional español ante la Ley de partidos y ante el Plan Ibarretxe», a V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI i R. G. RODIO (cur.), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torí, Giappichelli, 2005; Joan Lluís PÉREZ-FRANCESCH, «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, Congreso de los Diputados, 2008, p. 825-842.

8. Joan VINTRÓ, «La declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic», *Bloc de la Revista Catalana de Dret Públic*, 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: 20 desembre 2021). Vegeu també Pere SOL, Joan Lluís PÉREZ-FRANCESCH i Josep PAGÈS, «El TC i la democràcia vigilada», *Ara*, 10 de maig de 2013, p. 23.

9. Cfr. l'editorial «Matisos a una declaració», *La Vanguardia*, 27 de gener de 2013, p. 20. El dret a decidir seria una forma diferent d'apel·lar al poble. 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), 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). Vegeu Joan MARCET (dir.), *Anuari polític de Catalunya (2013)*, Barcelona, ICPS, 2014, p. 34 i seg.

cosa podem considerar que no es preveu ni en la Constitució ni en la Llei 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 el ple ús de les seves competències, no pugui fer declaracions per a expressar lliurement allò que la majoria de diputats voten i que, a més, *es consideri inconstitucional l'inici d'un camí en el qual encara no s'ha fet ni un sol pas*. Però el Tribunal Constitucional actua de manera implacable. La STC 42/2014, del 25 de març, entén per unanimitat que l'apartat primer de la Declaració és inconstitucional perquè afirma que Catalunya és un subjecte polític sobirà, cosa que contradiu el principi de sobirania nacional i d'unitat de la nació espanyola. *El Tribunal Constitucional, 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 que no és considerada inconstitucional *ex radice*, sinó que, segons el parer del Tribunal Constitucional, l'ordenament constitucional té un marge perquè se celebri, si és acordat. El Tribunal Constitucional apel·la així a la necessitat de fer una activitat política que condueixi, si es dona el cas, a la possibilitat de celebrar un referèndum si es considera convenient (fonament jurídic [FJ] 3). Un referèndum que se suposa que és consultiu, llevat que es reformi la legalitat vigent en aquesta matèria.

Un altre pas que es va fer va ser l'aprovació, arran del debat de política general celebrat al Parlament de Catalunya entre els dies 25 i 27 de novembre de 2013, d'una *resolució del dret a decidir del poble de Catalunya* que instà a portar una petició al Congrés dels Diputats per tal de poder celebrar una consulta. Podem destacar, a banda dels intents reiterats de flexibilitzar la llei reguladora dels referèndums, la *proposta de resolució rebutjada al Congrés dels Diputats el 26 de febrer de 2013*, que instava el Govern central 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. Es visualitzà de manera explícita un xoc de voluntats entre la majoria parlamentària al Congrés dels Diputats i la majoria parlamentària catalana. La *Proposició de llei orgànica* 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), donà com a resultat la votació negativa de la Proposició (299 vots en contra, 47 a favor i 1 abstenció) el 27 de febrer de 2014.

Un cop es veu que la via de la transferència o delegació competencial per a celebrar el referèndum no dona fruits, s'inicia el camí en pro d'una llei de consultes catalana. Amb un dictamen favorable del Consell de Garanties Estatutàries —en el qual quatre dels nou vocals formalitzen un vot particular discrepant del de la majoria—, el 19 de setembre de 2014 el Parlament aconsegueix aprovar la *Llei 10/2014, del 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana*, amb una majoria de 104 vots dels 135 del Parlament (amb el suport de

Convergència i Unió [CiU], Esquerra Republicana de Catalunya [ERC], Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa [ICV-EUiA] i també del Partit Socialista de Catalunya [PSC]). El dissabte 27 de setembre el president Artur Mas signa el Decret de convocatòria de la consulta. El dilluns 29 de setembre, en una convocatòria d'urgència, el *Tribunal Constitucional acepta els recursos presentats pel Govern espanyol* —reunit el diumenge 28— *per a aturar la llei i la convocatòria de la consulta*,¹⁰ de manera que el Govern català es veu obligat a aturar-la. Però el Govern català —com se sap— presenta una nova estratègia per a poder salvar la celebració de la consulta sobre la independència de Catalunya del 9 de novembre de 2014 (9N) i la converteix en un «procés participatiu», una consulta oficiosa, amb el suport de ciutadans voluntaris. Aquesta reconversió també és impugnada pel Govern central i s'aplica, com sempre, la suspensió automàtica per part del Tribunal Constitucional de tota decisió impugnada.

Totes les cinc possibilitats per a fer una consulta que l'Institut d'Estudis Autonòmics havia anunciat com a possibles havien estat infructuoses:¹¹ reforma constitucional, article 150.2 CE, llei de consultes via referèndum, llei de consultes no referendàries i referèndum consultiu de l'article 92.1 CE.¹² La mateixa Llei de consultes catalana va ser considerada constitucional i estatutàriament legítima pel Consell de Garanties Estatutàries,¹³ mentre que després, en la seva sentència, el Tribunal Consti-

10. El recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei de consultes va ser presentat el 29 de setembre de 2014, la Llei va ser suspesa i el recurs es va resoldre mitjançant la STC 31/2015, del 25 de febrer de 2015, en la qual el Tribunal afirma que la consulta que es propugna és realment un referèndum encobert. El Decret de convocatòria va ser impugnat també el 29 de setembre i donà lloc a la STC 32/2015, del 25 de febrer de 2015. Anteriorment, la STC 103/2008, de l'11 de setembre, va resoldre el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra la Llei del Parlament Basc 9/2008, del 27 de juny, de convocatòria i regulació d'una consulta popular a fi de recaptar l'opinió ciutadana de la Comunitat Autònoma del País Basc sobre l'obertura d'un procés de negociació per a assolir la pau i la normalització política, i va afirmar que aquest «referèndum es una especie del género “consulta popular”» i que, com a tal, la seva convocatòria queda dins de la reserva exclusiva que conté l'article 149.1.32 CE a favor de l'Estat (FJ 2).

11. 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 2017) i Joan Lluís PÉREZ-FRANCESCH, «Catalunya quiere ser reconocida como sujeto político», *Mundiarío*, <www.mundiarío.com/articulo/politica/agostidad/20140816210401021341.html> (consulta: 16 juliol 2017).

12. <www.ara.cat/dossier/Cinc-vies-legals-consulta_0_872312791.html> i <www.raco.cat/index.php/ActivitatParlamentaria/article/viewFile/273786/361908> (consulta: 16 juliol 2017). Vegeu l'informe a: <http://presidencia.gencat.cat/web/.content/ambits_actuacio/transicio_nacional/iea/assessorament_govern/documents/informe_consultes_cat.pdf> (consulta: 17 gener 2021).

13. Vegeu el Dictamen 19/2014, del 19 d'agost, sobre la Proposició de llei de consultes populars no referendàries i 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 és una consulta no referendària, mentre que la minoria considera que pel tipus de consulta que impulsa s'està situant en el camp del referèndum i, per tant, excedeix la competència de la Generalitat de Catalunya segons l'Estatut d'auto-

tucional va afirmar que no hi ha consultes diferenciades (pel cens, per l'òrgan convocant) que no siguin referèndum. En efecte, el 25 de febrer de 2015 es van conèixer les sentències 31/2015 i 32/2015 del Tribunal Constitucional, que anul·laven determinats preceptes de la Llei de consultes i de manera definitiva el Decret de convocatòria de la consulta del 9 de novembre de 2014 —substituïda en el seu moment per l'anomenat *Procés participatiu del 9N*—. Aquest darrer, tot i que es tractava d'una activitat no convocada formalment, requeria actes de preparació i de desenvolupament, i també va ser impugnat pel Govern central i resolt per la *STC 138/2015, de l'11 de juny de 2015*. El Tribunal Constitucional va obligar la Generalitat a cessar les seves activitats i després, com se sap, això va comportar inhabilitacions penals per al president Mas, les conselleres Rigau i Ortega i el conseller Homs.

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 pactada entre Junts pel Sí i la Candidatura d'Unitat Popular (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, les del Tribunal Constitucional. 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.

L'11 de novembre el Govern de l'Estat presentà davant el Tribunal Constitucional una impugnació contra aquesta resolució anomenada de «desconnexió», amb la suspensió consegüent. La *STC 259/2015, del 2 de desembre*, declarà la inconstitucionalitat i la nul·litat de la resolució parlamentària tot entenent 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 el Tribunal Constitucional entén que és un vici d'incompetència.¹⁴

El procés penal per a inhabilitar la presidenta del Parlament, Carme Forcadell, i la Mesa del Parlament, i les noves atribucions assignades al Tribunal Constitucional per a iniciar processos d'inhabilitació de càrrecs, van tensar encara més l'ambient i per la via dels incidents d'execució de les sentències anteriors es va intentar frenar tots

nomia de Catalunya. <www.gencat.cat/eapc/revistes/RCDP/Documents_interes/RCDP_54/06_04Dictamen_2014_19_Prop_Llei_Consultes_no_referendaries.pdf> (consulta: 13 gener 2021).

14. Antonio BAR CENDÓN, «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina constitucional. Una visión sistemática», *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), núm. 37 (2016), p. 187-220. L'autor argumenta que o bé s'admet la independència o bé es fa ús de tots els recursos possibles per tal de defensar la unitat nacional.

els aspectes possibles del «full de ruta» sobiranista. Arribem així al referèndum de l'1 d'octubre de 2017, amb la corresponent suspensió pel Tribunal Constitucional de les lleis del referèndum i de transitorietat jurídica, i, després, a la corresponent declaració d'inconstitucionalitat per la STC 114/2017, del 17 de octubre de 2017, moment en què s'apela al dret d'autodeterminació i a la creació d'un nou estat català sobirà.

Queda clar així que l'anomenat «Procés» planteja un conflicte polític de primera magnitud travessat per la idea de la sobirania i, més en concret, per la idea de la sobirania nacional o popular (després matisarem la diferència).¹⁵ El darrer pas del conflicte és la Declaració d'independència (respecte a la qual la STC 124/2017, del 8 de novembre, sobre la Llei de transitorietat jurídica i fundacional de la República, entén que és una mera via de fet) i l'aprovació de les mesures coactives de l'article 155 CE fent una interpretació abusiva de l'article esmentat, ratificada pel Tribunal Constitucional en les sentències 89/2019 i 90/2019, del juliol del mateix any.

4. LA SOBIRANIA COM A ELEMENT CONSTITUTIU DE L'ESTAT

La sobirania és per a la teoria de l'estat un dels seus elements constitutius, juntament amb el poble i el territori. La sobirania és l'atribut del poder polític, hegemònic, sobre la resta dels poders socials. Un estat, per tant, per a existir ha de gaudir de sobirania. Si no, és un estat fallit o en crisi. Des d'aquesta lògica es fa referència a un element que és jurídic però també factual: l'efectivitat de l'exercici del poder sobre el territori i les persones que s'hi troben.

La sobirania és la independència d'altres estats —avui, en un món tan interdependent, sempre és relativa—, però hom hi al·ludeix també com a font darrera de justificació o legitimació del poder de l'estat. Així, veiem que des dels orígens dels estats la sobirania ha estat un atribut ineludible. Jean Bodin, primer teòric sistemàtic del concepte, a *Les six livres de la République* (1576),¹⁶ en plena guerra de religió a França, defineix l'estat com el govern recte sobre diverses famílies amb *potestat sobirana*. La sobirania és un concepte que extreu de la teologia: si Deu és sobirà, l'estat també ho ha de ser. És un gran acte de decisió política per a superar la guerra civil, és a dir, per a evitar el govern d'una família —grup social— sobre les altres. La república, per tant, ha de ser sobirana, la qual cosa comporta que fa referència a la governació dels afers comuns, polítics. Des d'aleshores ençà, el món de la política ha anat associat inexorablement a la sobirania.

15. Eduard ROIG I MOLÉS, «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, p. 24-61.

16. Jean BODIN, *Les six livres de la République*, 1576.

Amb les revolucions liberals, la sobirania com a concepte darrer de qualsevol teoria política es trasllada a la idea de nació. Una nació que en les formulacions de Sieyès¹⁷ a *Qu'est-ce que le Tiers État* (1789) es converteix en un concepte per a justificar el poder de la burgesia, el tercer estat, convertida en classe nacional, i el sufragi censatari com una funció dels ciutadans. Només votaran els que tinguin alguna cosa per a protegir per part de l'estat.

En aquesta formulació inicial francesa la nació és un concepte metafísic, independent de les persones concretes, que té una vida pròpia derivada de la gran funció que desenvolupa: justificar l'existència de l'estat liberal, primer com a fet revolucionari i després reconvertit en una versió més conservadora, a mesura que la nació ha de pactar amb els poders establerts i ha de negociar una mena de sobirania compartida, després de la caiguda de Napoleó.

Mentrestant, des de postures més democràtiques es postula la sobirania popular, aprofundint en el concepte de *poble*, com es pot observar a *Du contrat social ou principes du droit politique*, de Rousseau.¹⁸ Més tard, la lluita pel sufragi universal, el pluralisme polític i l'aprofundiment de la democràcia aniran consolidant el sufragi universal al llarg dels segles XIX i XX. Un univers primer només masculí i després, ja entrat el segle XX, dels dos sexes. El constitucionalisme nord-americà també serà una manifestació d'aquest procés històric, que, a més, haurà de lluitar per tal d'incorporar les conseqüències del procés de superació de l'esclavitud.

Avui tota constitució democràtica parteix de la sobirania popular i el sufragi universal, i s'expressa en un poder constituent democràtic. El poble, però, sempre té una consideració unitària i està associat a la nació, tot i que en les perspectives federals es podria parlar de dues sobiranies: la de la federació i la dels estats membres. La sobirania, per tant, es pot formular de diverses maneres, i fins i tot pot cedir-se parcialment mitjançant la incorporació a ens supraestats, com ara la Unió Europea (art. 93 CE).

En els estats democràtics la sobirania té una condició nacional i un dels reptes més grans que aquests tenen avui és fer-la compatible amb realitats plurals en la via de la construcció i el reconeixement d'estats plurinacionals.¹⁹ Aquesta ha estat una de les apostes del nacionalisme català, sota el paraigua de la Constitució del 1978, fins que ha fet aigües. Com se sap, al llarg de la segona meitat del segle XIX i durant tot el XX el catalanisme polític es plantejà una regeneració de l'Estat espanyol, un pilotatge de la nau estatal des del Govern central, paral·lelament a la lluita per l'emancipació nacional. Avui la democràcia exigeix que el dret constitucional de l'Estat respongui a

17. Emmanuel SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers État*, 1788.

18. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762.

19. Enric FOSSAS (dir.), *Les transformacions de la sobirania i el futur polític de Catalunya*, Barcelona, Proa, 2000. Manuel BALLBÉ i Roser MARTÍNEZ, *Soberanía dual y constitución integradora*, Barcelona, Ariel, 2003.

fenòmens com la integració supraestatal i el reconeixement del pluralisme nacional, amb unes estructures pensades per a altres moments històrics. És en aquest context que apareix el moviment sobiranista català a partir del 2010.

El sobiranisme català, amb la força social de cada moment, ha propugnat la creació d'un estat propi, i això té com a conseqüència el trencament de l'ordre constitucional anterior, de base nacional. Però d'entrada és un projecte polític perfectament legítim en les coordenades no tan sols constitucionals espanyoles —malgrat les incomoditats que planteja—, sinó d'acord amb els estàndards internacionals i europeus sobre el reconeixement dels drets fonamentals: dret a la llibertat d'expressió, d'opinió, de reunió, de sufragi, d'associació i, fins i tot, a l'exercici del dret d'autodeterminació.

D'altra banda, atès que comporta la reivindicació d'una minoria en el si de l'Estat, planteja el problema del seu caràcter de minoria estructural, que mai no podrà fer ús dels passos de la reforma constitucional per a intentar incorporar les seves pretensions a l'ordre polític existent, si aquest és el seu objectiu. La qüestió es trasllada aleshores a com es pot acollir una pretensió com la del sobiranisme català en un estat que no és neutral davant d'una opció política, sinó que articula tota l'hostilitat possible per a defensar la seva existència nacional.

La *causa dels catalans* (en la terminologia clàssica des del segle XVIII) és avui la causa de la sobirania. Una causa difícil, amb moltes incomprensions i molts punts febles. Un fenomen complex, sens dubte. És el reconeixement del fet social d'una reivindicació creixent que l'Estat espanyol no ha gestionat mai democràticament. Només amb repressió.²⁰ Un problema que afecta la reorganització del repartiment de la sobirania dins l'Estat, que potser podria ser plurinacional o, si més no, federal; o fins i tot un reconeixement real d'una nació de nacions. Un concepte, el de *sobirania*, que ja no és un atribut ple als estats integrats dins la Unió Europea. Aleshores la pregunta és: *per què no es pot admetre un concepte menys metafísic i més real de la sobirania?* Es pot desapoderar de sobirania el mateix Estat espanyol quan s'incorpora a una instància supraestatal (via art. 93 CE) però, en canvi, no es pot compartir territorialment? En el cas espanyol, des de la perspectiva dels quaranta anys de vigència del text constitucional, la integració plurinacional és un fracàs rotund. Es pot afirmar que l'Estat espanyol s'ha descentralitzat, però no ha integrat la plurinacionalitat.

Aleshores topem amb el manteniment d'un *statu quo* que passa, al meu parer, per l'oligarquia madrilenya, que vol controlar l'Estat. Espanya té por de cedir davant les reivindicacions de sobirania. La vol gestionar ella sola a la manera de sempre. Ni tan sols deixa parlar. Només hi és possible la persecució. Generació rere generació. Es demostra així que la sobirania és un *fet existencial* abans que normatiu, com va soste-

20. Vegeu l'estudi de Ricardo ROMERO DE TEJADA *Por qué hemos llegado hasta aquí: Geopolítica y política de la cuestión catalana*, Barcelona, Tiempos de Espera, 2017.

nir Carl Schmitt.²¹ Qui és sobirà decideix sobre qui és amic i qui és enemic, i sobretot pot fer ús de la força (decidir sobre l'estat d'excepció) per a establir l'excepcionalitat i fer veure que es manté íntegre l'ordre constitucional; és a dir, per a dir-ho amb el llenguatge dels darrers temps, per a aplicar —com convingui— l'article 155 CE.

D'altra banda, avui hem de reconèixer fenòmens com la mundialització de l'economia, el procés de globalització de les xarxes de comunicació, els espais polítics supraestats com ara la Unió Europea, la formulació d'un sistema organitzatiu de nacions unides multilateral, la subordinació a l'unilateralisme nord-americà, rus o xinès, o les tensions geoestratègiques, entre molts factors que posen en dubte la sobirania real dels estats o, si més no, com aquesta s'ha concebut fins ara. Els mercats molt sovint tenen més poder que el que deriva de la sobirania.²²

Una reflexió conceptual que es pot afegir per a concloure és si la sobirania avui és una ficció o continua tenint la seva raó de ser, la seva utilitat. Existeix com a *nomen iuris*, però en la realitat cal advertir, segons el meu parer, del seu gran paper simbòlic, associat a l'estat nació. Els juristes i els polítics s'omplen la boca amb aquesta paraula, especialment quan comencen a sentir la necessitat d'argumentar sobre aspectes nacionals, i aleshores sembla que el pitjor que pot passar és presentar un projecte «sobirania», com ha passat els darrers anys a Catalunya.

BIBLIOGRAFIA

- ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. *Del consenso constituyente al conflicto permanente*. Madrid: Trotta, 2011.
- BALLBÉ, Manuel; MARTÍNEZ, Roser. *Soberanía dual y constitución integradora*. Barcelona: Ariel, 2003.
- BAR CENDÓN, Antonio. «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina constitucional. Una visión sistemática». *Teoría y Realidad Constitucional* (UNED), núm. 37 (2016), p. 187-220.
- BILLING, Michael. *Banal nationalism*. Londres: SAGE, 1995.
- COLOMER, Josep M.; BEALE, Ashley L. *Democracia y globalización: Ira, miedo y esperanza*. Barcelona: Anagrama, 2021.
- FOSSAS, Enric (dir.). *Les transformacions de la sobirania i el futur polític de Catalunya*. Barcelona: Proa, 2000.
- MARCET, Joan (dir.); MEDINA, Lucía (coord.). *Anuari polític de Catalunya (2013)*. Barcelona: ICPS, 2014.

21. C. SCHMITT, *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009.

22. Josep Maria COLOMER i Ashley L. BEALE, *Democracia y globalización: Ira, miedo y esperanza*, Barcelona, Anagrama, 2021.

- MATEU, Marcel. «Dèficits democràtics en el procés d'elaboració de la Constitució». *Diàlegs*, vol. 2, núm. 4 (1999), p. 49-69.
- PÉREZ-FRANCESCH, Joan Lluís. «La sobirania: mite o realitat». *Sobirania i nació en el Segle XXI. Papers de l'Institut Cambó: Revista de Debat sobre Temes Socials i Polítics*, núm. 1 (2005), p. 9-10, disponible en línia a <www.institutcambo.org/wp-content/uploads/2015/07/hemeroteca_Els_Papers_sobirania_nacio_.pdf> (consulta: 20 desembre 2021).
- PÉREZ-FRANCESCH, Joan Lluís; D'ONGHIA, Mildena. «La posición del Tribunal Constitucional español ante la Ley de partidos y ante el Plan Ibarretxe». A: TONDI DELLA MURA, V.; CARDUCCI, M. R.; RODIO, G. (cur.). *Corte costituzionale e processi di decisione politica*. Torí: Giappichelli, 2005.
- PÉREZ-FRANCESCH, Joan Lluís. «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: Congreso de los Diputados, 2008, p. 825-842.
- PÉREZ-FRANCESCH, Joan Lluís. «La sobirania nacional, avui». *Eines*, núm. 30 (desembre 2017), p. 16-25.
- PÉREZ ROYO, Javier. *La reforma constitucional inviable*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2015.
- ROIG I MOLÉS, Eduard. «Procés sobiranista i Tribunal Constitucional. Anàlisi d'un impacte recíproc». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 54, p. 24-61.
- ROMERO DE TEJADA, Ricardo. *Por qué hemos llegado hasta aquí: Geopolítica y política de la cuestión catalana*. Barcelona: Tiempos de Espera, 2017.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid: Trotta, 2009.
- SOL, Pere; PÉREZ-FRANCESCH, Joan Lluís; PAGÈS, Josep. «El TC i la democràcia vigilada». *Ara*, 10 de maig de 2013, p. 23.
- VINTRÓ, Joan. «La declaració de sobirania i del dret a decidir del poble de Catalunya: un apunt jurídic». *Bloc de la Revista Catalana de Dret Públic*, 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: 20 desembre 2021).

SOBIRANIA I DEMOCRÀCIA EN EL PROCÉS CATALÀ: DOS MODELS CONTRAPOSATS

Josep M. Vilajosana
Universitat Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓ

El procés polític viscut a Catalunya en els darrers anys ha posat damunt la taula una qüestió cabdal: quin tipus de resposta ha de donar un estat democràtic de dret en ple segle XXI a una petició consolidada i pacífica d'una part molt rellevant de la població d'una comunitat interna que reivindica el dret a decidir sobre el seu futur polític, incloent-hi la possibilitat d'independitzar-se'n? Ara per ara l'Estat espanyol ha reaccionat de manera notablement diferent de com ho han fet països democràtics com el Regne Unit o el Canadà.

Així, en comptes d'autoritzar, delegar o, simplement, tolerar un referèndum a Catalunya, el Regne d'Espanya ha negat la possibilitat constitucional de pactar una consulta i, quan n'hi va haver una sense pacte l'1 d'octubre de 2017, va decidir d'aplicar una normativa excepcional mitjançant l'article 155 de la Constitució espanyola (CE) i tractar les reivindicacions polítiques per la via penal. Aquest capteniment va comportar l'exili a diversos líders independentistes i penes molt altes de presó a d'altres, condemnats per delictes de sedició i malversació, per bé que indultats parcialment amb posterioritat. Avui dia continuen obertes, per part d'òrgans jurisdiccionals i administratius, causes que afecten més de tres mil simpatitzants del moviment independentista.¹ Al seu torn, la sentència del Tribunal Suprem que va condemnar els líders independentistes ha estat avalada pel Tribunal Constitucional en un reguitzell de resolucions en les quals desestima sengles recursos d'empara, amb la novetat que no ho fa per unanimitat, sinó per set vots a favor i dos de discrepants.² Els magistrats discrepants sostenen, entre altres coses, que les penes són desproporcionades i poden

1. Vegeu Bernat SURROCA, «Menys procés, mateixa repressió: les principals carpetes judicials de 2022», i Odei ETXEARTE, «Els 3.300 represaliats».

2. Sentència del Tribunal Suprem (STS) 459/2019, del 14 d'octubre. Pel que fa a les resolucions del Tribunal Constitucional, vegeu, per a totes, la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 91/2021, del 22 d'abril.

provocar l'anomenat *chilling effect*, és a dir, un efecte descoratjador en els condemnats i en la resta de la ciutadania a l'hora d'exercir els drets fonamentals. A hores d'ara els afectats han recorregut la sentència i estan pendents de la resolució que en el seu dia emeti el Tribunal Europeu de Dret Humans. Ara bé, com s'ha arribat fins aquí?

Per tal de cercar l'inici d'aquest procés cal recular fins al període de tramitació de la reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, text que va ser aprovat finalment al Parlament de Catalunya el 2006, o, si més no, prendre com a referència la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, sobre l'Estatut. Sens dubte, a partir d'aquest moment es va anar consolidant un moviment social que va posar com a primer punt de l'agenda política l'aspiració a la independència de Catalunya.

Tanmateix, cal ser curós a l'hora d'entendre el sentit que ha tingut aquest procés, sobretot davant dels qui han sostingut que, ja de bell antuvi, les reclamacions catalanes representaven un desafiament a la sobirania nacional. No cal dir que avui dia això és així, però no ho era quan es va posar en marxa la reforma esmentada, fa gairebé dues dècades. Aleshores els impulsors van seguir de manera escurpolsa el que preveu l'article 152.2 CE, la qual cosa va incloure l'aprovació del text per part del Parlament de Catalunya, la retallada posterior al Congrés dels Diputats i, finalment, la validació referendària de la ciutadania catalana. Això no va impedir, però, que presentessin recursos d'inconstitucionalitat el Partit Popular, cinc comunitats autònomes i el Defensor del Poble. Aquest darrer, per cert, era Enrique Múgica, antic ministre de Justícia d'un govern del Partit Socialista Obrer Espanyol (PSOE), al qual no li va semblar convenient de recórrer articles idèntics d'estatuts d'altres autonomies. Tot això va anar acompanyat d'una campanya política i mediàtica que intentava fer passar el que no era res més que una actualització estatutària dins del marc autonòmic, per un atemptat a la sobirania nacional. La STC 31/2010 va avalar-ne el relat.

Les conseqüències de tot plegat són que, d'aleshores ençà, els catalans ens regim per un estatut que no és el que vam votar, i que creix de manera exponencial el suport a un moviment les reivindicacions del qual, ara sí, poden ser titllades de *sobiranistes*. En aquest sentit, si parem esment en els baròmetres d'opinió política que publica anualment el Centre d'Estudis d'Opinió, podem constatar que, quan es va aprovar l'Estatut del 2006, els partidaris d'un estat independent a Catalunya eren al voltant del 15 %. En poc més de cinc anys, el percentatge s'havia doblat, mentre que a les portes del referèndum del 2017 totes les enquestes donaven resultats superiors al 40 %. D'altra banda, en les eleccions autonòmiques la majoria parlamentària ha estat des d'aleshores favorable als partits independentistes, fins a arribar a les del 14 de febrer de 2021, en què més de la meitat dels qui van votar optaren per aquests partits.

Tenint en compte aquesta trajectòria, la intenció del present treball és proporcionar un marc teòric que doti de sentit tant les reivindicacions dels defensors del dret a decidir com la reacció de l'Estat espanyol. Per tal de fer-ho, centraré l'atenció en la relació que hi ha entre els conceptes de *sobirania* i *democràcia*. Sostindré que la res-

posta de l'Estat s'entén millor si es veu com una aplicació de la sobirania tal com la va concebre Carl Schmitt, la qual es correspon bàsicament amb una opció autoritària que privilegia la relació entre sobirania i situació excepcional. Aquesta visió només pot ser coherent amb una concepció de la democràcia que l'equipari amb homogeneïtat nacional, tal com va proposar l'autor alemany. D'altra banda, argumentaré que és possible i desitjable, tal com posen en relleu els casos del Quebec i d'Escòcia i tal com han defensat majoritàriament els partidaris del dret a decidir a Catalunya,³ una visió de la sobirania que doti de valor la normalitat, així com una concepció de la democràcia que no renunciï ni al pluralisme ni a la vella aspiració que, per tal que un estat estigui legitimat, cal que els governants governin amb el vistiplau dels governats.

En la primera part del text comprovarem que el primer model es basa en una concepció autoritària de la sobirania, que dona lloc, com a subproducte, a una concepció totalitària de la democràcia. Per contra, tal com mostraré en la segona part, el segon model parteix d'una visió liberal de la democràcia, a la qual, per coherència, només li pot correspondre una concepció democràtica de la sobirania.

2. PRIMER MODEL: DE LA CONCEPCIÓ AUTORITÀRIA DE LA SOBIRANIA A LA DEMOCRÀCIA TOTALITÀRIA

El primer model que examinarem té com a concepte central la sobirania, entesa d'una manera particular. Es tracta d'una versió autoritària de la sobirania, fonamentada en un estil radical d'entendre l'àmbit de la política: posa l'èmfasi en una potencial amenaça contra la unitat estatal, present tothora malgrat que pugui romandre amortida en períodes de «normalitat». Tanmateix, és en les situacions excepcionals quan el veritable sobirà pren la iniciativa i, davant dels qui posen en perill l'existència d'aquella unitat, adopta la decisió política per excel·lència, que és la de constituir la classe dels enemics i emprar tots els estris que tingui a l'abast, normatius o arbitraris, a fi de destruir-los. El que és rellevant de la sobirania, doncs, és que hi hagi algú que l'exerceixi amb aquesta finalitat sense que l'actuació estigui supeditada a normes: l'important és que s'assoleixi la fita de salvar la unitat estatal d'una amenaça existencial real o figurada. Una concepció autoritària com aquesta, fora del control normatiu, tindrà com a corol·lari una visió totalitària de la democràcia. Aquesta, en comptes d'ancorar-se en un règim polític en què els governants usin el poder d'acord amb la voluntat dels governats, esdevé un exercici del poder polític, només preocupat a preservar l'homogeneïtat nacional.

3. Abans, hom ja havia apel·lat al «dret a decidir» per tal de defensar l'any 2001 un canvi d'Estatut al País Basc amb l'anomenat «Pla Ibarretxe», però aquí em limitaré a parlar del procés català.

Tot seguit veurem, en primer lloc, els trets bàsics de la concepció autoritària de la sobirania, amb la seva peculiar manera d'entendre la política i la rellevància que dona a les situacions excepcionals. Deixarem per a un apartat posterior l'anàlisi de la versió totalitària de la democràcia a què condueix.

2.1. CONCEPCIÓ AUTORITÀRIA DE LA SOBIRANIA

2.1.1. *La decisió política: constitució de l'enemic*

Hi ha una tesi força estesa entre els qui critiquen la reacció de l'Estat espanyol a les reivindicacions catalanes, segons la qual es tracta d'una resposta que ha renunciat a fer «política» i que ha deixat tot el pes d'aquesta a l'àmbit jurídic i, més en concret, al poder judicial. Aquesta tesi pren formes diferents, sota etiquetes com ara «lawfare», «juristocràcia», «govern dels jutges», etc. És emblemàtic en aquest sentit un llibre recent que, després d'emprar aquests i altres termes per a definir la reacció de l'Estat, acaba oferint l'alternativa de «retornar a la política».⁴

Aquesta visió no em sembla del tot adequada. Quan hom posa l'èmfasi en el fet que la resposta és jurídica (però no política) o que el que s'ha fet és traspasar la responsabilitat de la repressió al poder judicial, com si els polítics se'n desempalleguessin, s'està oblidant dues coses: la primera és que, com veurem més endavant, en la resposta repressora hi han participat tots els poders de l'Estat, i no només el judicial; i la segona és que no és cert que aquesta resposta no hagi estat ni segueixi sent política. El que succeeix és que aquí cal entendre el mot *política* sota l'òptica de la concepció schmittiana del polític. De fet, tant el diagnòstic de la situació com la recepta que els poders de l'Estat han aplicat són clarament d'arrel schmittiana.

Com hem vist abans, des del primer moment el diagnòstic unionista era clar, tot i que fos esbiaixat: en aquest assumpte, el que està en qüestió és la sobirania nacional. I la sobirania és compresa en termes schmittians: «sobirà és qui decideix sobre la situació excepcional [*Ausnahmezustand*]».⁵ Cal parar esment que, en aquesta concepció, la decisió del sobirà no està sotmesa a normes. Com veurem, és just a l'inrevés: només a partir de la decisió del sobirà es constituirà un ordre normatiu. Per tant, el fonament

4. Damià del CLOT, *Lawfare: L'estratègia de repressió contra l'independentisme català*, p. 301.

5. Carl SCHMITT, «Teología política», p. 35. Tal com afirma Julien FREUND, *L'essence du politique*, p. 124, és més adequat entendre *Ausnahmezustand* com a «situació excepcional» que no pas com a «estado de excepción», que és l'expressió adoptada en la versió castellana de *Teología política*. La raó és que no s'ha de confondre la formulació més general que empra Schmitt amb el concepte més reduït i tècnic jurídic d'*estat d'excepció*, contraposat als estats d'alarma i de setge, com apareix, per exemple, en l'article 116 de la Constitució espanyola (CE) (en aquest sentit, cfr. José Antonio ESTÉVEZ, *La crisis del estado de derecho liberal*, p. 201, nota 16).

del dret no és un conjunt de normes, sinó la decisió del sobirà. Quan hom adopta aquesta visió de la sobirania i descriu la situació que s'està vivint a Espanya com un moment en què està en joc la sobirania, llavors la qüestió passa a ser no pas què diuen les normes del sistema jurídic espanyol, sinó qui emergirà com a sobirà i prendrà la decisió *política*.

Pel que fa a la recepta, cal tenir en compte que la decisió política per antonomàsia en Schmitt és la que delimita l'amic de l'enemic: «La distinción propiamente política es la distinción entre el amigo y el enemigo [...]; a ella se refieren en último término todas las acciones y motivos políticos». ⁶ L'autor alemany subratlla que parla de l'enemic públic («hostis»), no pas del privat («inimicus»): «El enemigo es, en un sentido singularmente intenso, *existencialmente*, otro diferente, un extranjero, con el que caben, en caso extremo, conflictos *existenciales*». ⁷ La referència a l'estranger no ens ha d'enganyar. És possible també una situació excepcional interna, de manera que «el Estado, como unidad política, decide también por sí mismo, mientras (esta situación crítica) subsiste, quién es el enemigo interno», ⁸ al qual cal combatre amb la mateixa duresa i amb els mateixos mitjans que a l'estranger, si és necessari fins a eliminar-lo.

Cal afegir que el sobirà és no només qui pren les decisions polítiques en la situació excepcional, com hem dit i ampliarem després, sinó qui decideix fins quan dura l'excepcionalitat. La presència de la situació excepcional, però, no necessàriament ha d'afectar totes les actuacions estatals. Es pot produir en aquests casos allò que Ernst Fraenkel va anomenar «estat dual» i que ja vaig emprar en un altre treball per a emmarcar teòricament l'actuació de l'Estat espanyol envers els artífexs d'allò que l'unionisme qualifica significativament de «desafiament secessionista». ⁹ Quan això succeeix, en un mateix estat coexisteixen, com dues cares d'una moneda, un estat normatiu («Normenstaat») i un estat arbitrari («Massnahmen»). El primer segueix regit per normes generals, amb la corresponent predictibilitat en el comportament dels poders públics, i s'aplica als amics; el segon és el món de les mesures, arbitrari de mena i aplicat als enemics. ¹⁰ És dins d'aquest segon àmbit on rau la decisió política cabdal. Estévez ho ha expressat així:

Fraenkel subraya explícitamente que no hay unos criterios generales de delimitación del ámbito de la política. También la decisión sobre lo que es político es arbitraria. «Político» es lo que la autoridad política decide que es político. Y no hay ningún ámbito «privado» o sustraído de la esfera de lo político. ¹¹

6. Carl SCHMITT, «El concepto de la política», p. 97.

7. Carl SCHMITT, «El concepto de la política», p. 98.

8. Carl SCHMITT, «El concepto de la política», p. 123.

9. Vegeu Josep M. VILAJOSANA, «L'estat dual a Espanya», p. 139-140.

10. Cfr. Ernst FRAENKEL, *The dual state*, p. 3.

11. José Antonio ESTÉVEZ, *La crisis del estado de derecho liberal*, p. 188.

Queda clar, aleshores, que des d'aquesta perspectiva qui posseeix la sobirania és qui «constitueix» la classe dels enemics. És a dir, només qui té la capacitat empírica d'exercir-ne el poder polític consegüent, està en condicions de prendre la decisió que comporta una declaració constitutiva de qui són els enemics. Per aquesta raó resulta sarcàstica l'opinió dels qui han intentat veure reflectida la visió schmittiana en l'actuació de les institucions catalanes o en els defensors de l'independentisme.¹² Aquesta és una tesi sense cap mena de trellat, atès que l'independentisme no ha gaudit en cap moment de la possibilitat d'exercir el poder que implica la sobirania en sentit schmittià. Si en queda cap dubte, només cal recordar qui ha exercit i segueix exercint la repressió emprant tots els aparells de l'Estat (incloent-hi el clavegueram) i qui, en canvi, té en les seves files condemnats, exiliats i represaliats.

Així doncs, qui ha actuat i segueix actuant com a sobirà a l'Estat espanyol? Com acabo de dir, tots els poders de l'Estat s'han alineat a l'hora d'exercir aquesta repressió. Només a tall de recordatori i sense ànim d'exhaustivitat, hom pot esmentar accions de diferents poders estatals executades amb anterioritat a l'aplicació de l'article 155 CE (i abans fins i tot del referèndum del 2017), mentre va durar-ne la vigència i després.

En relació amb el poder executiu, trobem activitats de guerra bruta, com ara l'anomenada Operació Catalunya. Segons les conclusions de la comissió parlamentària corresponent, va consistir en «una conspiració per intentar frenar la dissidència política a Catalunya, i particularment el moviment independentista», duta a terme «com a mínim, durant els anys en què Jorge Fernández Díaz ha estat ministre de l'Interior (2011-2016)», emprant, entre altres mitjans, investigacions prospectives, «una pràctica expressament prohibida per la Llei d'enjudiciament criminal».¹³ També s'hi hauria d'encabir l'acció desproporcionada, dirigida des d'aquell ministeri, contra els votants pacífics de l'1 d'octubre de 2017.¹⁴ Els continus informes policials que recullen falsedats que incriminen tothom que es considera que pugui tenir alguna rellevància dins del moviment independentista, no només es van emprar en el procés que

12. Un exemple paradigmàtic d'aquesta visió distorsionada pot trobar-se en l'article periodístic d'Antonio ELORZA «Carl Schmitt en Cataluña». L'autor fins i tot no s'està de qualificar com a «eficaz totalitarismo» el fet de portar llaços grocs. El que no ens aclareix és si portar-ne d'altres colors és un signe de totalitarisme o no i, en cas afirmatiu, si l'eficàcia depèn del color del llaç.

13. «Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre l'Operació Catalunya», *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 498, 1 de setembre de 2017.

14. En la brutal reacció de la policia davant de ciutadans que només pretenien votar pacíficament, no van respectar-se les mínimes garanties de necessitat, adequació i proporcionalitat. Fins ara, cap membre de les forces i els cossos de seguretat de l'Estat ha estat denunciat pel Ministeri Fiscal per aquests fets i les denúncies de particulars s'han arxivat, fet que ha generat un altre espai d'impunitat.

va menar a la condemna dels líders,¹⁵ sinó que arriba fins als nostres dies, com posen de manifest persecucions com la del cas Vólkhov, en el qual s'insisteix, malgrat els desmentiments continus, en una imaginària trama russa que donaria suport a la independència catalana.¹⁶ A aquesta lluita, per exemple, també va contribuir-hi el Ministeri d'Economia aprovant un decret llei per tal d'incentivar que les empreses radicades en territori català traslladessin la seu social fora d'aquest.¹⁷

El poder legislatiu va posar fil a l'agulla des del primer moment aprovant una legislació que permetés ampliar els marges de discrecionalitat en les actuacions policials i judicials. Així cal interpretar l'aprovació de lleis com l'anomenada *Llei mordassa* (Llei orgànica [LO] 4/2015); la modificació de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LO 15/2015), que el mateix Tribunal Constitucional va considerar constitucional i que ha permès la intromissió permanent en els afers parlamentaris, que haurien d'estar protegits per la inviolabilitat parlamentària tant dels diputats com del Parlament;¹⁸ o les modificacions de la legislació penal, que l'apropen, amb la interpretació i l'aplicació que n'ha fet el Tribunal Suprem, a una veritable legislació penal de l'enemic. Cal recordar, en aquest sentit, que la doctrina penal de l'enemic, tot i que va ser teoritzada pel penalista alemany Günter Jacobs, té arrels indubtables en la teoria política schmittiana.¹⁹

El paper del poder judicial en la repressió ha estat i segueix sent més que evident. Ja he fet esment dels més de tres mil encausats i de la condemna dels dirigents polítics i socials del moviment independentista mitjançant la Sentència del Tribunal Suprem 459/2019, criticable des de qualsevol punt de vista jurídic que es miri, processal i substantiu.²⁰ El despropòsit tècnic és tan aclaparador que les gairebé cinc-centes pàgines d'aquesta resolució només tenen sentit si hom les llegeix aplicant-hi la plantilla schmittiana.

15. Qualsevol persona que hagi vist algun d'aquests informes, directament o mitjançant les filtracions interessades als mitjans de comunicació, i hagi estat testimoni dels fets que s'hi descriuen, podrà donar fe de la falsedat de la descripció.

16. Com n'ha de ser, de forassenyada, aquesta investigació duta a terme a petició del Jutjat número 1 d'Instrucció de Barcelona, que fins i tot des de la mateixa Fiscalia s'ha titllat de «prospectiva». Malgrat tot, a l'hora d'escriure aquest text, el procediment tira endavant.

17. Reial decret llei 15/2017, del 6 d'octubre, de mesures urgents en matèria de mobilitat d'operadors econòmics dins del territori nacional.

18. Vegeu una anàlisi acurada del tema a Iñaki LASAGABASTER, *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)*.

19. Vegeu, per exemple, Manuel CANCIO i Günther JACOBS, *Derecho penal del enemigo*.

20. Per a les qüestions processals, vegeu Javier MIRA, «Reflexiones críticas sobre la aplicación del artículo 384 bis de la LECrim y su (no) reflejo en la STS 459/2019», i Jordi NIEVA, «La competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para el enjuiciamiento de los líderes independentistas». Pel que fa a les qüestions substantives, vegeu Joan J. QUERALT, «Legalidad penal a la luz de la STS 459/2019», i Josep M. VILAJOSANA, «La sujeción judicial a la norma y la separación de poderes».

Altres organismes no inclosos estrictament en el poder judicial han fet i segueixen fent aportacions substantives per a delimitar i reprimir la classe dels enemics. Ja he parlat de la intromissió del Tribunal Constitucional en els afers parlamentaris, desvirtuant un dels pilars bàsics que fonamenten un sistema democràtic. Hi podem afegir, per a acabar, actuacions mancades de garanties, com ara les dutes a terme per la Junta Electoral Central o el Tribunal de Comptes contra l'acció exterior de la Generalitat.

Després d'aquest breu repàs, és clar que la situació excepcional, en termes schmittians, no queda circumscrita al període d'aplicació de l'article 155 CE, tot i que el suport donat a l'activació d'aquest recurs per primer cop, així com la manera de justificar-lo, com veurem tot seguit, ens ofereixen una lliçó pràctica per tal d'entendre el funcionament del primer model que estem examinant.

2.1.2. *La rellevància de la situació excepcional*

En la teoria política de Carl Schmitt l'excepcionalitat té un paper preponderant.²¹ Segons aquest autor, és des de l'excepció que es defineix la normalitat. El mot *normalitat* deriva de *norma*. Això implica, segons ell, que no hi ha possibilitat de regular jurídicament l'excepció i que només a través de la decisió del sobirà en la situació excepcional es genera un ordre jurídic, es genera normalitat. Schmitt va adonar-se clarament que el tret propi d'un estat de dret seria que des de la normalitat es pogués definir els espais d'excepció. Però ell considerava aquesta possibilitat simplement il·lusòria, pròpia de la visió «liberal» del món, la qual estava cercant predictibilitat sempre, fins i tot quan això no fos possible.

L'encaix d'aquesta posició amb la manera en què s'ha aplicat l'article 155 CE és notable. L'èmfasi posat en tot moment a restaurar la «normalitat» discorre paral·lelament a aquesta idea del sobirà que decideix quan es dona la situació d'excepcionalitat i quan cal considerar que s'ha tornat a la «normalitat». L'al·lusió al «grave atentado al interés general de España», que ha de ser «protegido» pel Govern a través de les «medidas necesarias», fa la resta.²² Així és com han interpretat l'article 155 CE els que el van aplicar i, sobretot, així l'estan interpretant els que volen tornar a aplicar-lo, aquest cop ja sense ni tan sols traves «formals» i, per descomptat, sense complir amb les garanties que la doctrina havia previst abans d'aquesta primera aplicació.

21. Vegeu, per a tots, Germán GÓMEZ ORFANEL, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*.

22. Vegeu la Resolució del 27 d'octubre de 2017 de la Presidència del Senat, per la qual es publica l'Acord del Ple del Senat pel qual s'aproven, amb alguns canvis, les mesures requerides pel Govern a l'empara de l'article 155 CE. Les mesures sol·licitades obeeixen a l'Acord del Consell de Ministres del 21 d'octubre de 2017, publicat com a annex en l'Ordre PRA/1034/2017, del 27 d'octubre.

La doctrina, en efecte, havia anat defensant que si mai calia aplicar aquest article, havia de ser sota una sèrie de garanties per tal d'evitar una veritable suspensió de l'autonomia reconeguda en l'article 2 CE. Amb aquest objectiu, hom va dir que es duria a terme amb un escrupolós respecte als criteris de necessitat (cosa que implica que només s'han d'adoptar les mesures estrictament indispensables),²³ de proporcionalitat i adequació,²⁴ de transitorietat (ja que no pot esdevenir una intervenció indefinida de la comunitat autònoma), de concreció (per a evitar que es converteixi en una clàusula de plens poders)²⁵ i de mínima intervenció dels drets autonòmics (cosa que implica que aquest precepte no empara una intervenció el resultat de la qual es pugui obtenir mitjançant mecanismes menys nocius per a l'exercici de l'autonomia de la comunitat intervinguda).²⁶ És evident que aquestes garanties no es van complir. Només cal dir que les mesures adoptades van comportar una intervenció en gairebé tots els àmbits de l'Administració autonòmica.²⁷

Tenint en compte aquesta realitat i recordant algunes de les accions dels poders de l'Estat, estem en millors condicions d'entendre el marc general en el qual encaixa la decisió d'aplicar l'article 155 CE, així com d'escatir-ne l'abast. Aquest marc és el propi de l'estat dual, en què s'ha anat incrementant progressivament la presència de l'Estat arbitrari en detriment de l'espai reservat a l'Estat normatiu. La classe dels enemics la formen els que, des de la perspectiva del sobirà, posen en qüestió la unitat nacional. En situacions com aquesta i seguint al peu de la lletra el manual schmittià, ha de sorgir la decisió política sobirana que, en primer lloc, decideixi que s'està dins d'una situació excepcional; en segon lloc, delimiti la classe dels enemics interns, i, en tercer lloc, prengui les mesures necessàries perquè ja no constitueixin un perill, fins i tot al preu d'anorrear-los. És així com hom podrà retornar a l'ordre, a la «normalitat» definida pel mateix sobirà.

Ara bé, amb aquest capteniment dels poders estatals, hom pot seguir dient que ens trobem davant d'un estat democràtic? Aquí la resposta afirmativa només es pot justificar si, com succeïa amb el mot *política*, es modifica el que normalment s'entén

23. Vicente Juan CALAFELL, «La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la Constitución española)», p. 127.

24. Rafael ENTRENA CUESTA, «Artículo 155», p. 2316; Enoch ALBERTÍ, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, p. 218-219.

25. Pedro CRUZ VILLALÓN, «Coerción estatal», p. 59-60.

26. José María GIL-ROBLES, «Artículo 155», p. 467.

27. El Senat no va autoritzar la intervenció dels mitjans de comunicació públics, ni el requeriment governatiu previ que es pretenia imposar en cada ocasió que el Parlament volgués exercir les seves minvades funcions. Però, tot i això, els efectes han estat demolidors. Vegeu l'informe *Els efectes de la intervenció de l'Administració general de l'Estat mitjançant l'aplicació de l'article 155 CE a la Generalitat de Catalunya* (27/10/2017 - 01/06/2018), Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de la Presidència, Comissionat per al Desplegament de l'Autogovern, novembre 2018. Vegeu, també, Xavier BERNADÍ, «L'aplicació de l'article 155 de la Constitució espanyola al Govern i l'Administració de la Generalitat de Catalunya».

per *democràcia*, i aquí, altre cop, adquireix sentit i dona coherència al conjunt fixar-se en la concepció que Schmitt tenia de la democràcia.

2.1.3. Una concepció totalitària de la democràcia

Carl Schmitt distingia dos tipus de totalitarisme, que anomenava *quantitatiu* i *qualitatiu*. Considerava un exemple paradigmàtic del primer la República de Weimar, mentre que el segon estava representat per l'Estat feixista italià en el moment en què ho va escriure, tot esperant l'arribada de Hitler al poder. La seva inclinació pel segon és coneguda, atès que titllava despectivament el primer de *totalitarisme de la debilitat*.²⁸ Per això pot sorprendre que algú com ell, que ha demostrat la plena complaença amb règims totalitaris «forts», digui que defensa la democràcia. Tal cosa només és possible, òbviament, si se n'altera la definició usual.

Per aquest motiu, és important, per al que aquí estem tractant, que aprofundim en la concepció schmittiana de la democràcia, perquè hom pot afirmar que alguns dels seus trets característics s'han vist reflectits en les tesis que defensors significatius de la reacció espanyola han emprat. Arran del contrast d'aquestes posicions amb els postulats propis de la democràcia liberal, característics del segon model, podrem clarificar millor el rerefons d'allò que està en joc en aquesta disputa.

Tal com ens recorda George Schwab, per a Schmitt «there is nothing incompatible between democracy and dictatorship, because the essence of democracy is identity, and not necessarily liberty. In Schmitt's construction the antithesis of dictatorship is discussion and not democracy».²⁹ Sostenia que la democràcia ha de partir de l'homogeneïtat. Per tant, el caràcter democràtic d'un estat exigeix «the excision or destruction of the heterogeneous».³⁰ Aquesta és la seva manera d'entendre la igualtat que seria el fonament de tota democràcia: «The democratic concept of equality is a political one which takes cognizance, as any genuine political concept [does], of the possibility of distinguishing friend from enemy».³¹ També ens diu això: «The political strength of a democracy may be seen when it knows how to do away or keep at a distance the strange (*das Fremde*) and unequal [that] which threatens homogeneity».³² Cal tenir present, com ha subratllat Schwab, que quan Schmitt sosté aquesta tesi, com d'altra banda fa amb tota la seva teoria, no té al cap qüestions purament abstractes. És un autor que sempre pensa en situacions concretes. En aquest cas, Schmitt estava

28. Cfr. George SCHWAB, *The challenge of the exception*, p. 78.

29. George SCHWAB, *The challenge of the exception*, p. 100.

30. Citat a George SCHWAB, *The challenge of the exception*, p. 100.

31. George SCHWAB, *The challenge of the exception*.

32. George SCHWAB, *The challenge of the exception*.

impressionat per les minories presents a l'Europa central i oriental, especialment per la qüestió grega i turca.³³ I cal afegir que l'homogeneïtat en què està pensant en aquests moments Schmitt, i que serveix de fonament per a la seva concepció de democràcia, és l'homogeneïtat nacional: «English sectarian democracy of the seventeenth century is based on common religious convictions. Since the nineteenth century it has consisted mainly in belonging to a definite nation, in national homogeneity».³⁴

Schmitt identifica, doncs, democràcia amb homogeneïtat nacional. En fer-ho, aconsegueix capgirar els trets que acostumen a associar-se a aquest tipus de règim polític des de posicions liberals. Per a ell, el contrari a la democràcia és tot el que posi en perill l'homogeneïtat nacional. Això s'esdevé amb el pluralisme de valors impenant en una societat, però també, i de manera cabdal, amb les forces disgregadores que poden provenir d'un estat federal com l'alemany.

Aquesta visió de Schmitt va quedar reflectida en el moment en què va produir-se la intervenció del land de Prússia, el 20 de juliol de 1932, en aplicació de l'article 48 de la Constitució de Weimar (CW) i en el litigi posterior que en sorgí. Hindenburg, com a president del Reich, va suspendre el Govern prussià, format per socialdemòcrates, el partit del centre i demòcrates. Per tal de justificar-ne la decisió, va aduir que el Govern de Prússia no havia pogut assegurar la pau en el land més important del Reich. Tot seguit va nomenar Von Papen comissari de Prússia.³⁵ Posteriorment, el depositat Govern del land va demandar el Govern del Reich davant del Tribunal de Leipzig. Aleshores Schmitt va actuar com a coadjuvant en la defensa del Reich. En un escrit presentat davant la Cort el 17 d'octubre de 1932, va sostenir que la intervenció estava plenament justificada atès que no s'adreçava a negar l'autonomia de Prússia, ans al contrari, es tractava de protegir-la del perill. Els representants de Prússia, entre els quals hi havia altres acadèmics d'anomenada com ara Hermann Heller, van afirmar, per contra, que no es donaven les circumstàncies que habilitaven l'aplicació de l'article 48 CW i que, en tot cas, les mesures que es van prendre no eren les necessàries. El veredict de l'Staatsgerichtshof del 25 d'octubre, en una decisió només formalment salomònica, va beneir la intervenció i els poders comissaris del Reich a Prússia, per bé que va restaurar-ne «simbòlicament» el Govern.³⁶

No cal forçar en excés les coses per a copsar l'indubtable paral·lelisme existent entre la intervenció a Prússia (mitjançant l'aplicació de l'art. 48 CW) i la intervenció

33. George SCHWAB, *The challenge of the exception*, p. 100.

34. Citat a George SCHWAB, *The challenge of the exception*, p. 100.

35. Schmitt va col·laborar estretament amb els gabinets presidencials de Franz von Papen (de l'1 de març al 3 de desembre de 1932) i del general Kurt von Schleichen (del 3 de desembre de 1932 al 30 de gener de 1933) mitjançant el cap de gabinet del president, Otto Meissner (cfr. Ellen KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar*, p. 42).

36. Vegeu un estudi més aprofundit d'aquest cas a David DYZENHAUS, *Legality and legitimacy*.

del Govern de la Generalitat (a través de l'aplicació de l'art. 155 CE).³⁷ També en l'Acord proposat pel Govern de l'Estat i aprovat pel Senat s'esmenta que les mesures proposades (tot i que abasten gairebé qualsevol àmbit de competència autonòmic) «de ninguna manera tienen por objetivo suspender la autonomía de Cataluña, sino precisamente salvaguardar y restaurar la aplicación de su Estatuto de autonomía como parte del orden constitucional». Tanmateix, tant en un cas (Prússia) com en l'altre (Catalunya) sembla més proper a la realitat veure'ls des de la perspectiva schmittiana. Les intervencions tenen l'objectiu de consolidar la unitat nacional, un cop s'ha constituït una classe determinada d'individus com la dels enemics que, suposadament, la posen en perill. En aquell cas, l'enemic va ser el Govern socialdemòcrata i els partits que hi donaven suport, que, de fet, eren el darrer baluard dels qui encara creien en la salvació de la República de Weimar; a Catalunya, ho era el Govern independentista i tothom que hi donés suport, entre altres formes, havent votat els partits que el formaven.

Com d'allunyada roman la democràcia en sentit liberal en aquest cas, queda paral·lel en les paraules que va dir el president del Tribunal Suprem i del Consell General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, el dia 5 de setembre de 2017 (abans, doncs, que s'esdevinguessin el referèndum, la declaració d'independència i la intervenció de l'art. 155 CE). En el discurs corresponent a l'acte d'obertura de l'any judicial i adreçant-se directament al monarca Felip VI (cap de l'Estat i de les forces armades, el qual va fer la intervenció televisada del 3 d'octubre de 2017 en la qual donava ple suport a la brutal intervenció policial contra els votants del referèndum), Lesmes va dir: «Cuando su artículo 2 [de la CE] residencia el fundamento constitucional en la indisoluble unidad de la nación española, no lo hace a modo de frontispicio programático, sino como basamento último, nuclear e irreductible de todo el derecho de un estado».

En el seu moment vaig gosar interpretar aquestes paraules com un reflex de les idees de Carl Schmitt.³⁸ De fet, és difícil trobar una formulació més rotunda del paper neuràlgic assignat a la unitat nacional com a fonament (tornem-ho a dir: «último, nuclear e irreductible») de tot sistema jurídic d'un estat. Schmitt, potser amb un xic menys de retòrica, subscriuria la idea amb entusiasme. Tres anys després d'aquell discurs, Lesmes va confirmar les meves sospites. Sense venir a tomb, en el mateix context que l'altre cop, el discurs d'obertura de l'any judicial 2020, va invocar l'autoritat acadèmica de Schmitt i la seva definició de *sobirà* per tal de justificar la reacció a la pandèmia. Resulta molt significatiu aquest esment de l'autor alemany. Com si hom no pogués trobar una doctrina més propera a la defensa dels drets fonamentals que la d'un autor com Schmitt per tal de justificar una regulació excepcional adequada a la situació.

37. Connexió sobre la qual es pregunten en sengles articles periodístics Gómez Orfanel (Germán GÓMEZ ORFANEL, «El “golpe” contra Prusia») i Vallès (Josep Maria VALLÈS, «Sobre el 155: ¿“Preussenscbilag” en España?»). Tanmateix, el primer l'acaba descartant, mentre que el segon la tem.

38. Josep M. VILAJOSANA, «L'estat dual a Espanya», p. 150.

En definitiva, sostenir que el fonament de l'ordenament jurídic d'un país no rau en la voluntat dels ciutadans, sinó en la unitat de la nació, és el corollari perfecte del primer model que hem estat analitzant: un tractament de la situació excepcional en què es reclama una decisió al sobirà; un plantejament de l'àmbit polític que es fonamenta en la distinció entre amic i enemic; una aplicació, a l'enemic així definit, de les mesures, pròpia de l'estat arbitrari, que escapa al control i a les garanties pròpies de l'estat normatiu. Tot plegat desemboca en una concepció de la democràcia que ni tractarà com a prioritària la voluntat dels ciutadans, ni reconeixerà, respecte dels enemics, cap límit provinent dels drets fonamentals reconeguts en la CE i en els tractats internacionals subscrits pel Regne d'Espanya.³⁹ Per què hauria de fer-ho qui sosté que aquests drets fonamentals, com a part que són de la CE, tenen el seu darrer fonament en el caràcter indissoluble de la nació espanyola? És la concepció totalitària d'arrel schmittiana la que porta a entendre en termes absoluts aquesta unitat. Això implica que no se cedeix ni es pondera amb res: ni amb el principi d'autonomia establert en l'article 2 CE, ni amb els drets fonamentals, com ara el dret de participació política reconegut en l'article 23 CE o tants d'altres que configuren el principi democràtic.⁴⁰ Recórrer aquesta via, és clar, hauria estat endinsar-se en el camí traçat pel segon model, que tot seguit examinarem.

3. EL SEGON MODEL: DE LA DEMOCRÀCIA LIBERAL A LA CONCEPCIÓ DEMOCRÀTICA DE LA SOBIRANIA

3.1. LA DEMOCRÀCIA LIBERAL

El punt de partença del segon model és, a l'inrevés de l'anterior, la concepció de la democràcia. Així com en el primer model la prioritat conceptual rau en la sobirania, de la qual la democràcia és un mer subproducte, en el segon model l'important és ser

39. Per aquesta raó no hauria de ser cap sorpresa que fins ara diferents tribunals d'Alemanya, Bèlgica, Itàlia, el Regne Unit i el Tribunal de Justícia de la Unió Europea hagin pres decisions contràries a la «lògica» segons la qual la defensa de la unitat nacional passa per damunt dels drets d'alguns ciutadans europeus. No és sobrer recordar, també, l'Informe del Consell d'Europa, aprovat el 21 de juny de 2021 per setanta vots a favor, vint-i-vuit en contra i dotze abstencions. En aquest informe es qüestionen, entre altres coses, les penes desproporcionades a què van ser condemnats els líders del Procés, dels quals es demana l'indult. Curiosament, l'endemà el Consell de Ministres va aprovar-ne l'indult parcial.

40. Si en comptes de concebre la unitat nacional com un principi absolut s'hagués ponderat amb d'altres com ara el principi democràtic i el d'autonomia, hauria quedat clar que la Constitució espanyola no prohibeix la celebració d'un referèndum acordat. Hom pot trobar arguments que n'avalen una interpretació que l'apropa a la donada per la Cort Suprema del Canadà en el seu dictamen del 2008, a Josep M. VILAJOSANA, «Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir», i a Mercè BARCELÓ, Mercè CORRETJA, Alfonso GONZÁLEZ, Jaume LÓPEZ i Josep M. VILAJOSANA, *El derecho a decidir*.

conseqüent amb la manera d'entendre la democràcia, que en aquest cas és la pròpia d'una concepció liberal. Només un cop establerts els trets que cal que tinguin un estat per a ser qualificat com a *democràtic liberal*, hom podrà elaborar-ne la concepció de la sobirania que millor hi escaigui.

De manera molt simplificada, podem dir que, en contraposició amb la concepció totalitària de la democràcia, la concepció liberal es caracteritza per defensar el pluralisme valoratiu i territorial,⁴¹ acceptar que la legitimació del poder polític prové de la voluntat dels governats i sostenir que aquest poder legítim no és absolut, sinó limitat pels drets del ciutadans. Farem tot seguit un breu repàs d'aquests trets i després, en l'apartat final, veurem la repercussió que cal que tinguin a l'hora d'entendre la sobirania.

3.1.1. *La defensa del pluralisme*

El pluralisme en les societats actuals, tant pel que fa als valors com a les realitats nacionals, lluny de ser un signe de feblesa que cal extirpar per tal de restaurar-ne l'homogeneïtat al preu que sigui, és un tret que denota fortalesa democràtica, raó per la qual ha de ser protegit.⁴²

En la famosa discussió teòrica entre Kelsen i Schmitt sobre qui havia de ser el defensor de la Constitució,⁴³ el primer va retreure al segon justament que tergiversés la funció del pluralisme en una societat democràtica. Aquesta tergiversació, deguda precisament al paper fonamental assignat a la unitat, acaba desfigurant el sentit i l'abast de tota la Constitució. Kelsen ho expressa d'aquesta manera:

En lugar del concepto *iuspositivista* de Constitución aparece la «unidad» como un ideal *iusnaturalista*. Con la ayuda de este concepto puede entenderse el sistema pluralista [...] como una ruptura de la unidad, dado que la destruye o la pone en peligro. Es así como esta unidad pasa a ocupar el lugar de la Constitución y puede concebirse que la función del jefe del estado sea defenderla, por el hecho que restaura o defensa esta «unidad».⁴⁴

41. Tot i que sovint es considera que el pluralisme territorial (o «nacional») s'allunya d'un fonament liberal, soc del parer que no és així, tal com s'argumenta, per exemple, a Will KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, p. 177. Queda clar, pel que dic en el text, que estic emprant el mot *liberal* com a contraposat a *totalitari*, i no pas com a contrari de *social*. És a dir, no té res a veure amb la distinció que se sol fer entre posicions de dretes (altrament dites «liberals») i posicions d'esqueres (altrament dites «socialistes»).

42. Per a la defensa clàssica del pluralisme, és bo tornar a John Stuart MILL, *Sobre la libertad*.

43. Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*.

44. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 79.

I aquesta unitat «no es otra cosa que una situación deseada desde una determinada perspectiva política».⁴⁵

En canvi, el nucli d'una visió liberal de la democràcia rau en la valoració positiva de la discrepància, el debat, la negociació i el compromís. Això comporta que el debat racional no sigui vist des d'aquest punt de vista com un punt feble, sinó com un punt fort. La fortalesa de la democràcia no ha de descansar necessàriament en la unitat valorativa i territorial, sinó a compartir una manera de resoldre les disputes que inclogui el compromís amb l'aportació de raons, i no amb l'ús de la força. Per aquest motiu, cal recordar el següent:

[...] la democracia puede disfrutar de buena salud a pesar de no tener un debate político si hay un consenso amplio sobre lo que es preciso hacer. Puede ser una democracia saludable incluso sin existir el consenso, si posee una cultura del debate. Pero no puede mantener la buena salud si sufre divisiones profundas y encarnizadas y falta un debate real, porque entonces se convierte en una simple tiranía del nombre.⁴⁶

3.1.2. *La voluntat dels governats com a font de legitimació*

No cal esmerçar gaires esforços a justificar que un sistema polític que no tingui en compte la voluntat dels governats no pot ser titllat de democràtic. Avantposar la unitat nacional a la voluntat dels ciutadans només pot justificar-se, com hem vist, distorsionant el que normalment s'ha entès per *règim democràtic* fins al punt de substituir la voluntat popular per l'homogeneïtat. Aquesta distinció també pot ser explicada a la manera clàssica.

La visió de la política de Schmitt, a l'ensem que la seva concepció de la democràcia, és simptomàtica de les doctrines *ex parte principis*, és a dir, d'aquelles que, en paraules de Bobbio, «toman la perspectiva de los gobernantes para justificar su derecho a mandar y el deber de los súbditos de obedecer». A aquestes s'oposaria la mirada *ex parte populi*:

[La] de la parte de los gobernados de no ser oprimidos y el deber de los gobernantes de producir leyes justas [...]. Para quien se coloca *ex parte principis* el problema principal del Estado es el de la unidad del poder, que incluso puede ir en detrimento de la libertad de los sujetos; para quien se coloca *ex parte populi* el

45. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 78.

46. Ronald Dworkin, *La democracia posible*, p. 21.

problema principal es el de la libertad de los individuos, que puede ir en detrimento de la unidad.⁴⁷

És clar de quin costat es troba Schmitt i cap a quina direcció van les paraules citades del president del Tribunal Suprem. Són visions *ex parte principis*, justament el sentit oposat al que hauria de prendre un partidari de la democràcia liberal, més proper a la visió *ex parte populi*. Fa temps que el desenvolupament de la democràcia implica ampliar les esferes en què els ciutadans puguin decidir democràticament. Així ho expressava Bobbio fa més de trenta anys:

Hoy quien quiera tener un indicador del desarrollo democrático de un país, ya no ha de considerar el número de las personas que tienen derecho a votar, sino el número de lugares diferentes a los tradicionalmente políticos en los que se ejerce este derecho.⁴⁸

Ampliar el vot a qüestions tabú com a Espanya ho són tant la unitat nacional com la monarquia va precisament en aquesta línia indicada pel jurista italià.

3.1.3. *El respecte als drets i les llibertats dels ciutadans com a límit als poders públics*

És consubstancial a la democràcia liberal reconèixer una sèrie de drets i llibertats que actuïn com a límits a l'exercici del poder públic. Però per tal que aquests límits siguin efectius, cal que hi hagi la possibilitat real que s'actuarà contra els abusos del poder. En canvi, quan els mateixos òrgans que haurien de vetllar per aquests drets, com ara el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional, queden atrapats en una lògica de defensa a ultrança de la unitat nacional, les possibilitats d'un poder limitat resulten il·lusòries.

Tal com sabem, i així ens ho recorda Ellen Kennedy, «el anàlisis de Schmitt se centra menos en los “derechos” como elemento clave de la democracia que en la identidad y sus múltiples instancias».⁴⁹ Resulta significativa, en aquest sentit, la conceptualització que fa Schmitt del llistat de drets i llibertats reconeguts en la segona part de la Constitució de Weimar. Aquest autor sosté que la Constitució de Weimar inclou, a més del legislador ordinari, tres legisladors extraordinaris. Un d'aquests legisladors extraordinaris està vinculat a aquesta segona part de la Constitució, per raó de la

47. Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 202.

48. Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 220.

49. Ellen KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar*, p. 163.

matèria.⁵⁰ Segons Schmitt, hi ha una enorme contradicció entre aquesta part, plena de valors, i la primera (la part orgànica), que és axiològicament neutral. A més, li sembla totalment injustificat que la modificació del que es disposa en la segona part requereixi una majoria qualificada (dos terços dels membres del Reichsstaat, segons l'art. 76 CW), i no la majoria simple de la legislació ordinària. No farem cap comentari al voltant de la funció que pot tenir aquesta protecció especial del reconeixement dels drets i les llibertats com a límit enfront del poder estatal. En definitiva, és coherent sempre amb la visió *ex parte principis* i mai amb l'*ex parte populi*.

3.2. CONCEPCIÓ DEMOCRÀTICA DE LA SOBIRANIA

Si hom vol ser conseqüent amb els trets propis de la democràcia liberal, aleshores caldrà tenir una concepció de la sobirania adient. I això implica, també, un reajustament de les peces que el primer model prenia com a prioritàries, com ara l'excepcionalitat i la manera d'entendre la política.

3.2.1. La situació excepcional redimensionada

La interpretació de la Constitució de Weimar oferta per Schmitt menava inexorablement a allò que Kelsen va denominar «la apoteosis del art. 48 [CW]».⁵¹ La raó és la següent:

[...] lleva a la conclusión [...] que aquello por lo que «es perturbado y puesto en peligro el orden y la seguridad pública del *Reich* alemán» es el sistema pluralista; es decir: el Parlamento, cuya verdadera función parece ser —dado su carácter esencialmente pluralista— la de cumplir permanentemente con la condición a la que se refiere la aplicación del artículo 48.2 de la Constitución.⁵²

L'aprenentatge que cal extreure del cas weimarià i d'aquesta apoteosi de l'article 48 CW és que, com veurem tot seguit, hom comença justificant la dictadura co-

50. Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, p. 38 i seg.

51. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 79. Els dos primers paràgrafs de l'article 48 CW deien: «1. En el cas que un estat no compleixi amb els deures que li hagi imposat el Reich, la Constitució o les lleis del Reich, el president del Reich podrà fer ús de les forces armades per obligar a complir-los. 2. Si la seguretat i l'ordre públic del Reich són severament pertorbats o posats en perill, el president del Reich podrà prendre les mesures necessàries que portin a restablir l'ordre, apel·lant a les forces armades, en cas que sigui necessari. Amb aquest objectiu, pot suspendre provisionalment, en tot o en part, els drets fonamentals reconeguts en els articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 i 153».

52. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 79.

missària i acaba defensant la dictadura sobirana. Quan la dissidència molesta i s'inicia l'aplicació de mesures arbitràries, en comptes de normes previsibles, pot acabar passant que qualsevol discrepància ocasioni aquesta reacció pròpia de la situació excepcional. Llavors, la temptació de prendre «la» decisió política esdevé irresistible.

A aquesta possibilitat permanent d'entendre que qualsevol discrepància pot arribar a pertorbar o posar en perill la seguretat de l'estat, cal sumar-hi l'arbitrarietat a la qual pot arribar l'al·lusió a les «medidas necesarias» sense complir amb les garanties escaients. És significativa l'evolució que sobre aquest punt pateix la pròpia interpretació de Schmitt. En un primer moment, Schmitt manté que quan parla de «medidas necesarias» es refereix a matèries de fet. Diu Schmitt que l'article 48.2 CW faculta el president per a violar el dret, però no per a crear-ne. Vindria a ser el prototip de dictadura comissària, la qual consisteix, segons ell, en «una manera extraordinària de exercici del poder político basada en un apoderamiento general con el fin de actuar tal como lo exija la situación de las cosas para conseguir un objetivo determinado».⁵³ Aquest tipus de dictadura sembla referir-se a una qüestió purament tècnica, atès que només s'exigeix que les mesures siguin un mitjà idoni per a obtenir la finalitat prevista.⁵⁴ És per aquest motiu que té sentit que, un cop assolit l'objectiu, deixin d'aplicar-se. Però no pensem que aquí Schmitt tingui al cap crisis sanitàries com la provocada per la COVID-19. La finalitat de què parla Schmitt és política i ja la sabem. Tornem a dir-ho en paraules seves: «El resultado al que se dirige la acción ejecutada por el dictador recibe por ello un contenido claro, que le da de una manera inmediata el adversario que es preciso eliminar».⁵⁵

Posteriorment, l'any 1931, Schmitt accepta que, prenent com a base l'article 48 CW, el president del Reich pot dictar normes jurídiques, i ho fonamenta en el fet que ja en aquelles dates és una pràctica consolidada i que ha estat avalada tant pels tribunals com per la doctrina i el Parlament. Aquesta pràctica consolidada és la que ha portat algun autor a parlar de la presència d'una mutació constitucional, és a dir, d'un canvi de constitució sense seguir el procediment de reforma.⁵⁶ Cal tenir en compte que el pas de la República de Weimar al règim feixista hitlerià va fer-se sense tocar ni una coma de la Constitució. Aquest fet també hauria de servir de lliçó per a qui es limita a fer una anàlisi juridicoformal de la situació actual. Fa temps vaig mostrar que aquest tipus d'anàlisi no és recexit a l'hora de donar compte dels canvis d'ordre jurídic que tenen lloc dins d'un estat, atès que la identitat d'un ordre jurídic no és determinada per criteris formals, sinó per criteris materials, és a dir, polítics. L'existència de muta-

53. Carl SCHMITT, *La dictadura*, p. XVIII.

54. José Antonio ESTÉVEZ, *La crisis del estado de derecho liberal*, p. 190.

55. Carl SCHMITT, *La dictadura*, p. 137.

56. Hans BOLDT, «Article 48 of the Weimar Constitution».

cions constitucionals, com la que es va produir aleshores a Alemanya i la que pot estar produint-se ara a Espanya, en són exemples destacats.⁵⁷

Així ha explicat Hans Boldt el canvi que la interpretació de l'article 48 CW va representar respecte a la tradició alemanya, la qual ja contenia disposicions clàssiques d'emergència, avalades fins i tot amb la força militar, però que en aquests casos s'establien amb la intenció de respondre de manera immediata a un perill quan el Parlament no estava reunit, mentre que ara passaven a ser una manera de governar sense el Parlament.⁵⁸ Entre l'octubre del 1922 i el 1925 el president Ebert va activar l'article 48 CW de manera abusiva, fins al punt que més de la meitat dels decrets aprovats en aquest període apel·laven a aquest article. Ara bé, posteriorment encara es va reblar més el clau de la mutació iniciada en aquests anys. Així, el 3 de març de 1930 el president Hindenburg va nomenar Heinrich Brüning canceller i, atès que no tenia el vistiplau del Parlament, simplement es va limitar a dissoldre'l d'acord amb la facultat que li atorgava la Constitució. Quan a l'estiu d'aquell any es va dictar el decret presidencial per a la seguretat de l'economia i les finances, Alemanya va deixar de tenir governs parlamentaris fins al 1949.⁵⁹

Aquesta pràctica consolidada fou avalada per Schmitt. De fet, encaixava perfectament en la seva idea de concentració del poder per tal de prendre la decisió política. Mitjançant la invocació del mateix article, el president nomenà canceller Hitler i aquest s'encarregà que la mutació constitucional fos complerta, consolidant així l'Estat dual: als enemics se'ls aplicaria l'Estat de les mesures i, als amics, l'Estat normatiu.

Efectivament, és un procés que pot ser explicat amb l'aparell conceptual de Schmitt. Aquest distingeix, com diem, entre dictadura comissària i dictadura sobirana. La dictadura comissària es basa en el poder constituït, que nomena un dictador, mentre que la dictadura sobirana és conferida pel poder constituent, pertanyent al poble.⁶⁰ A voltes, però, el dictador sobirà assumeix el poder constituent, com en la França del 1793 o en la Rússia del 1917. La primera fase, en la qual es produeixen aplicacions de l'article 48 CW, es pot entendre com una dictadura comissària (s'accepta que el president prengui només mesures de fet, però no que creï normes generals, que es reserven al Parlament); posteriorment, la dictadura passa a ser sobirana (quan es tolera que el president legisli, amb el Parlament dissolt). Finalment, amb Hitler ja al poder, n'hi va haver prou que es deslligués del poder constituent i el fes seu. El cicle s'havia tancat. D'una banda, a l'estat de dret el substitueix un estat autoritari, en què el sobirà decideix a qui s'aplica l'Estat normatiu i a qui l'Estat de les mesures. D'altra banda, el sistema democràtic queda desbancat per un règim totalitari, que només prendrà en

57. Cfr. Josep M. VILAJOSANA, «Towards to material criterion of identity of a legal order».

58. Hans BOLDT, «Article 48 of the Weimar Constitution», p. 90.

59. Ellen KENNEDY, *Carl Schmitt en la República de Weimar*, p. 241.

60. Carl SCHMITT, *La dictadura*, p. 141 i seg.

consideració la voluntat del poble quan aclami el *Führer*. El final va anticipar-lo amb delict Schmitt el 1932: «[...] la legitimidad plebiscitaria es el único tipo de justificación estatal que debería reconocerse hoy, generalmente, como válida».⁶¹

L'abast que els diferents poders públics de l'Estat espanyol han donat a l'article 155 CE, més les altres accions de repressió que s'han dut a terme, han iniciat aquest camí, d'aquí sorgeix l'extensió de les «medidas necesarias» i la decisió arbitrària sobre què vol dir «normalitat». No hi ha cap dubte que la primera aplicació de l'article 155 CE ha comportat la introducció de la dictadura comissària a Catalunya, i pocs dubtes pot haver-hi que, en cas que prosperin les demandes d'una ulterior aplicació «dura» («por el tiempo que sea preciso»), ens trobarem davant una dictadura sobirana. Si, arribat el cas, s'acabessin il·legalitzant els partits independentistes (ja ho han demanat diversos dirigents polítics), tot i el suport ciutadà que tenen, s'haurà disparat el tret de gràcia a la democràcia liberal en aquest territori: serà el signe evident que hom està disposat a governar amb independència de la voluntat dels governats. Per a dir-ho en paraules d'un altre agut deixeble d'esquerres de Schmitt (com va ser-ho Fraenkel), hauria arribat llavors el moment en què la democràcia del compromís esdevé la democràcia dels camps enemics, exposa Otto Kirchheimer.⁶²

Comptat i debatut, el paper preponderant que té l'excepció en el primer model queda clar en la caracterització que en fa Josef Isense:

[...] uno stato che organizza l'intero suo apparato istituzionale in funzione del caso estremo [*Ernstfall*] diventa inevitabilmente totalitario. I valori de libertà individuale, pluralità, dissenso e opposizione son sacrificati alla concentrazione di energie per la prevenzione del caso estremo [...]. Qui il caso critico viene addirittura inscenato o simulato per creare risorse di sostentamento stesso del sistema.⁶³

En canvi, seria representativa del que aquí he anomenat *segon model*, una visió centrada en la normalitat i en la qual la política no té aquesta aura de lluita heroica que li volen atribuir els partidaris del primer model:

Lo stato liberal-democratico al contrario è costruito su una normalità anti-eroica [...]. Quando il ricordo del dispotismo si estingue, la libertà appare banale. Mentre lo stato totalitario è costretto a inventare il caso critico per garantire la propria sopravvivenza e contenere i propri conflitti, lo stato liberale, dando spazio al conflitto, rischia di cancellare la possibilità stessa del caso critico.⁶⁴

61. Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, p. 90.

62. Otto KIRCHHEIMER, «L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale», p. 99.

63. Citat a Gian Enrico RUSCONI, *Scambio, minaccia, decisione*, p. 156.

64. Gian Enrico RUSCONI, *Scambio, minaccia, decisione*.

3.2.2. Una visió normalitzada de la política

Malgrat tot, pot haver-hi algú que pensi que cal reconèixer que de fet s'havia originat una situació excepcional contra la qual d'alguna manera les institucions de l'Estat havien de reaccionar. Que la situació va esdevenir excepcional, ningú no ho discuteix. Ara bé, ¿podrien les institucions de l'Estat haver optat per possibles intervencions menys nocives per a l'exercici de l'autonomia de Catalunya que la que va comportar l'inici de l'aplicació de l'article 155 CE? Per tal de respondre a aquest interrogant cal esbrinar primer quins van ser els actes duts a terme per la Generalitat que podrien haver «incomplert les seves obligacions constitucionals i/o constituït un atemptat greu a l'interès general d'Espanya» segons el que estableix aquest article.⁶⁵

Podrien concretar-se en tres moments, aquests actes de la Generalitat: l'aprovació de les lleis del referèndum i de transitorietat els dies 6 i 7 de setembre de 2017, la celebració del referèndum d'autodeterminació l'1 d'octubre i la posterior declaració d'independència el dia 27. Si analitzem aquests actes des de la perspectiva jurídica, els tres comparteixen un tret: cap d'ells n'ha tingut cap, d'efecte jurídic. Les lleis esmentades van ser recorregudes pel Govern central i, en aplicació del que disposa l'article 161.2 CE, van ser suspeses immediatament pel Tribunal Constitucional, el qual posteriorment va declarar-ne la inconstitucionalitat.⁶⁶ Que el referèndum no va tenir efectes jurídics és una opinió compartida per tothom. Finalment, la declaració d'independència no va tenir efectes jurídics perquè va ser suspesa en el mateix acte per qui la va declarar.⁶⁷

Per aquest motiu, altres mecanismes de control previstos en la Constitució, i més respectuosos amb l'autonomia, podien haver funcionat. Aquest és el cas de la suspensió i la declaració d'inconstitucionalitat de les lleis per part del Tribunal Constitucional. De fet, Hans Kelsen, impulsor del primer tribunal constitucional europeu (l'austriac, reconegut en la Constitució austríaca del 1920), va considerar que si un

65. Recordem el tenor literal de l'article 155 CE: «Si una comunitat autònoma no compleix les obligacions que la Constitució o altres lleis li imposen, o actua de forma que atempti greument contra l'interès general d'Espanya, el Govern, previ requeriment al president de la Comunitat Autònoma i, en el cas que no l'atengui, amb l'aprovació per majoria absoluta del Senat, podrà adoptar les mesures necessàries per tal d'obligar-la al compliment forçós de les dites obligacions o per tal de protegir l'interès general esmentat. Per a l'execució de les mesures previstes en l'apartat anterior, el Govern podrà donar instruccions a totes les autoritats de les comunitats autònomes».

66. La llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació de Catalunya, fou anul·lada per la STC 114/2017, del 17 d'octubre, i la Llei 20/2017, de transitorietat jurídica i fundacional de la República, ho fou per la STC 124/2017, del 8 de novembre.

67. Ho reconeix fins i tot la STS 549/2019, p. 270, quan diu que «[...] la inviabilidad de los actos concebidos para hacer realidad la independencia era manifiesta. El Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza militar, policial, jurisdiccional e incluso social. Y lo mantuvo convirtiendo el eventual propósito independentista en una mera quimera. De ello eran conscientes los acusados».

sistema jurídic incloïa l'existència d'un tribunal constitucional, seguir emprant el mecanisme de la coacció estatal (del tipus previst en l'art. 155 CE) era signe d'una tècnica «primitiva» de regulació, perquè senzillament, des del punt de vista jurídic, el tribunal podia declarar la inconstitucionalitat de les normes creades pels ens autònoms. No és sobrer recordar que Kelsen insisteix que un tribunal amb aquest poder cal que cuidi especialment la seva imparcialitat. Per això va proposar que tingués una composició paritària entre membres escollits per la federació i membres escollits pels estats federats.⁶⁸

I és que, ben pensat, què significa, en aquest context, «restaurar» la legalitat constitucional i estatutària (primer objectiu adduït per a justificar l'aplicació de l'art. 155 CE) quan les lleis que l'han vulnerat han estat anul·lades i no han comportat cap efecte jurídic? Pels qui sostenen, malgrat tot, que es va produir un cop d'estat, cal recordar que va haver-hi una mena d'exercici d'autocontrol per part del president de la Generalitat en suspendre la declaració d'independència, la qual cosa només pot ser interpretada en el sentit que la declaració va ser «simbòlica», és a dir, emprada amb el propòsit *polític* (afortunat o no, cadascú hi dirà la seva) d'influir perquè s'iniciés algun tipus de diàleg o negociació. Referma el caràcter simbòlic de la declaració d'independència el fet que no va tenir, per pròpia voluntat del Govern de la Generalitat, cap continuïtat ni en el vessant jurídic (no va aprovar-se cap norma jurídica basada en la declaració), ni en les eventuais vies de fet (si es vol un símbol clar: la bandera espanyola va seguir onejant al terrat del Palau de la Generalitat). Pel que fa al referèndum, malgrat la seva eventual il·legalitat, la mera realització no és constitutiva de delictes, atès que el tipus delictiu consistent a organitzar referèndums no autoritzats va estar vigent durant un temps, però no ho estava l'1 d'octubre de 2017.

Si el caràcter extraordinari d'aquests fets no és de naturalesa jurídica, llavors només queda considerar que és política. I aquí és on cobra interès la presència dels dos models possibles de reacció, que entenen també de dues maneres diferents l'àmbit de la política. La meua tesi, com queda dit, és que la concepció que constitueix el rerefons de les intervencions estatals esmentades obeeix a una concepció de la política com la que va sostenir Carl Schmitt i fonamenta el primer model descrit. La interpretació de l'article 155 CE (la que es va fer en aplicar-lo i la que alguns ja promouen de cara a eventuais aplicacions futures) té més a veure amb la que es va fer de l'article 48 CW que no pas, com se sol dir, amb la de l'article 37 de la Llei fonamental de Bonn (que, de

68. Evidentment, altra cosa fora que les resolucions del Tribunal Constitucional no fossin acatades. Vegeu la posició de Kelsen a HANS KELSEN, «L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca», p. 119. En el mateix sentit a l'hora d'interpretar Kelsen, cfr. Eduardo VÍRGALA, «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», p. 62.

totes maneres, mai no s'ha aplicat).⁶⁹ I la meua tesi també és que hi ha una alternativa a aquesta visió de la política més adequada per a algú que vulgui defensar l'estat de dret, és a dir, per a algú que tingui la mirada posada a superar l'estat dual com a requisit indispensable per a justificar una democràcia des d'una perspectiva liberal, que estigui a l'altura de les exigències del segle XXI.

Arribats a aquest punt, però, queda una pregunta pendent: cal resignar-se a l'opinió de Schmitt, segons la qual l'excepcionalitat escapa a la regulació i, per tant, l'estat de dret ha de cedir en aquest punt de manera inexorable al regne de les «medidas», en definitiva, de l'arbitrarietat?

Si Schmitt tingués raó i no fos possible regular-ho tot a través de normes, encara quedaria per determinar si hom tria una visió totalitària i autoritària com la seva, en la línia de la concentració del poder en qui tingui la capacitat de prendre «la» decisió cabdal per a aquest autor (la decisió política, que distingeix entre amic i enemic), o bé hom intenta caminar en una direcció oposada, en el sentit de postular un equilibri, propi d'un sistema de *checks and balances*, per tal que no n'hi hagi, de concentració de poder, atesos els perills que comporta per als drets i les llibertats dels individus. El que vull destacar és que de la constatació que sempre queden elements de decisió que escapen a la possibilitat de ser regulats per endavant, cosa que, d'altra banda, jo mateix he sostingut en altres llocs,⁷⁰ no se segueix necessàriament que calgui concentrar la decisió en un poder «fort», no sotmès a límits jurídics. De fet, com hem vist, la doctrina iuspublicista espanyola havia postulat diverses garanties per si mai s'arribava a aplicar l'article 155 CE (necessitat, proporcionalitat, adequació, transitorietat i menor intervenció). Si, malgrat tot, es decidia tirar endavant aquesta aplicació, calia respectar-les, amb la qual cosa ja s'hauria posat algun límit, per insuficient que fos, per a preservar part de l'estat de dret en relació amb Catalunya. Sabem, però, que això no ha estat així. L'aplicació de l'article 155 CE va fer-se sense complir amb aquestes garanties i la repressió dels diferents poders de l'Estat continua a hores d'ara.

Per tal d'acabar de reforçar la tesi que és perfectament possible reaccionar al desafiament del procés català d'una manera radicalment diferent i més coherent amb

69. Tothom qui s'ha ocupat d'estudiar l'article 155 CE n'esmenta la influència. Cfr., per a tots, Xavier BALLART, *Coerció estatal i autonomies*.

70. Aquest àmbit de discrecionalitat del qual gaudeixen inevitablement els jutges prové d'allò que he anomenat en altres treballs les «circumstàncies de la jurisdicció», que tenen a veure bàsicament amb la vaguetat del llenguatge amb què s'expressen les normes, amb els problemes sistèmics que tenen els ordenaments i amb la presència de referències explícites o implícites a la moral en les regles i, sobretot, en els principis que conformen aquests ordenaments (Josep M. VILAJOSANA, «Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento», p. 97-104). Però una cosa és la discrecionalitat i una altra de ben diferent, l'arbitrarietat. El salt de l'una a l'altra pot observar-se clarament en la STS 459/2019. Vegeu, respecte a aquesta qüestió, Josep M. VILAJOSANA, «La sujeción judicial a la norma y la separación de poderes», p. 221-223.

la defensa del segon model, només cal fer una ullada a la resposta que han tingut en casos similars altres països, com el Regne Unit o el Canadà. Com se sap, el Regne Unit va delegar en Escòcia la competència per a dur a terme un referèndum d'autodeterminació, el qual va fer-se efectiu el dia 18 de setembre de 2014. Aquest esdeveniment és un clar contraexemple de la tesi sostinguda per Schmitt i els seus seguidors.⁷¹ Quina anàlisi en faria un defensor de la concepció schmittiana de la política? El fet que els independentistes escocesos no van ser tractats com a enemics del Regne Unit, sinó com a ciutadans la voluntat dels quals era rellevant per a exercir un poder legítim, ¿vol dir que la decisió del Govern i el Parlament britànics no va ser «política»?

Una resposta donada des de l'unionisme ha estat sostenir que són dos casos que no tenen res a veure, atès que sembla que hi ha una diferència *formal* insalvable: el redactat de l'article 2 CE, que consagra la «indissoluble unitat de la nació espanyola», no el trobem en la «Constitució» no escrita de la Gran Bretanya. Tanmateix, aquest argument no és convincent. En primer lloc, perquè la importància de la crisi és la mateixa, hi hagi o no un article com aquest. L'afectació de la unitat de l'estat és un cas clar de crisi institucional, amb independència del grau de formalització a què arribi el reconeixement de la unitat. Tot estat, ho digui la seva constitució o no, per definició conforma una unitat, perquè d'altra manera no seria «un» estat.⁷² En segon lloc, perquè no és cert que l'ordre jurídic del Regne Unit no contingui referències a la unitat. Només cal consultar el *Treaty of Union* entre Anglaterra (amb Gal·les) i Escòcia, que va donar lloc al naixement de la Gran Bretanya i en el qual hom pot llegir que tots dos regnes s'uneixen «for ever after».⁷³ No sembla, doncs, que en emprar aquesta expressió Escòcia i Anglaterra tinguessin una pretensió gaire diferent de la de constituir una unitat «indissoluble». Per tant, no és raonable pensar que al Regne d'Espanya el «desafiament» a la unitat sigui una situació d'excepcionalitat, però no ho sigui al Regne Unit, ni tan sols per raons formals.

Però és clar que la solució per la qual han optat països com el Canadà o el Regne Unit és l'opció «liberal», la que més detesta Schmitt (i els seus seguidors). Posar encara que només sigui un mínim entrebanc a l'actuació del sobirà en situacions excepcionals com aquestes és un signe intolerable de feblesa, d'inoperància i d'ineficà-

71. També ho és la reacció de l'Estat canadenc «tolerant» dos referèndums d'autodeterminació al Quebec (1980 i 1995) i canalitzant posteriorment a través del Dictamen de la Cort Suprema del 1998 les condicions i els efectes jurídics que podria tenir un eventual referèndum posterior. Així doncs, el que dic en el text sobre el Regne Unit podria ser aplicat *mutatis mutandis* al cas canadenc.

72. Per això correspon a cada estat una regla de reconeixement que li confereix unitat i identitat, com he mostrat en diversos treballs. Vegeu-ne el més recent: Josep M. VILAJOSANA, «Social facts and law: why the rule of recognition is a convention», p. 95-97.

73. Concretament, l'article 1 d'aquest tractat, signat l'any 1707, disposa: «That the two Kingdoms of Scotland and England, shall, upon the first day of May next ensuing the date hereof, and for ever after, be united into one Kingdom by the Name of Great-Britain [...]».

cia. L'Estat espanyol, basant-se en un entorn institucional i mediàtic propici, ha triat seguir el primer model en l'aplicació per primer cop de l'article 155 CE, eixamplant així l'àmbit relatiu a l'Estat arbitrari. I aquest és un camí que, un cop engegat i emparat per la impunitat judicial, té molts incentius perversos per a mantenir-se i fins i tot incrementar el seu abast.

Com a mostra que ja hi ha qui està disposat a recórrer el camí que falta, hom pot esmentar declaracions fetes des de les files dels partits polítics unionistes. Per exemple, el Parlament extremeny va aprovar en data 17 de gener de 2019 una moció en què es demanava al Govern central que tornés a aplicar l'article 155 CE a Catalunya incloent-hi aspectes que havien quedat fora en la primera aplicació, com ara el control dels mitjans de comunicació i l'ensenyament. És significatiu que la moció va aprovar-se no només amb els vots dels partits de dretes, sinó també amb els del PSOE. I també ho és que ja no hi ha cap al·lusió a les circumstàncies habilitants de l'incompliment d'«obligacions constitucionals o legals» concretes per part de la Generalitat. Per tant, assumeixen que és suficient una mena de perill abstracte com el representat en l'expressió «greu atemptat a l'interès general d'Espanya». Recentment (novembre del 2021) s'ha tornat a demanar l'aplicació de l'article 155 CE des de les files del Partit Popular, de Ciutadans i de VOX, per exemple, per una suposada inaplicació per part de la Generalitat de la quota del 25 % de classes en castellà imposada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i ratificada pel Tribunal Suprem.⁷⁴

El que succeeix és que l'exemple britànic (i també el canadenc) soscava la tesi de Schmitt i dels seus seguidors. Demostra que no és cert que davant d'una situació excepcional, de la qual un desafiament seriós a la unitat de l'estat constitueix un cas paradigmàtic, només sigui possible una reacció autoritària. Hi ha altres respostes estrictament democràtiques i que, en comptes de posar en risc l'estat de dret, l'enforteixen. El Regne Unit no és un estat més feble arran d'haver permès un referèndum d'autodeterminació a Escòcia, com tampoc l'Estat espanyol no és més fort pel fet de negar un cop i un altre aquesta possibilitat tant al País Basc com a Catalunya i per haver inaugurat l'aplicació de l'article 155 CE.

Ras i curt, el que està en joc és si el tipus de resposta que se seguirà donant a les peticions d'una porció considerable dels ciutadans d'un determinat territori, serà consistent, com fins ara, amb la manera d'entendre la sobirania i la democràcia segons el primer model, la qual cosa implica eixamplar l'Estat arbitrari en detriment de l'Estat normatiu, o bé les demandes s'acabaran canalitzant per camins normatius propis d'un estat democràtic liberal i, per tant, coherents amb el segon model examinat.

74. Abel DEGÀ, «PP, Cs i Vox volen un 155 educatiu amb la sentència del castellà».

L'any 2014 vaig escriure, en relació amb el dret a decidir:

La perspectiva de les democràcies liberals està canviant, però no perquè la rellevància d'aquests nous drets no hi encaixi. Precisament, canvia per facilitar-ne l'encaix. [...] No cal anar a cercar un ens objectiu per damunt dels individus per tal de justificar drets «nacionals». Aquests són pertinents per a la democràcia precisament perquè importen als ciutadans, els quals tenen dret a desenvolupar els seus propis plans de vida. En el contingut d'aquests plans de vida adquireix una rellevància indiscutible que es faci efectiva la possibilitat real de participar de manera directa en el futur polític de la pròpia comunitat.⁷⁵

Aquest és el rerefons «liberal», a parer meu, de l'anomenat *dret a decidir*, circumscrit a una proposta d'interpretació de les constitucions democràtiques.⁷⁶ I aquest sembla que és el fonament que es comença a estendre per a proposar canvis en la manera de concebre el dret a l'autodeterminació en l'àmbit del dret internacional. N'és un exemple destacat el llibre recent de Timothy Waters, en el qual l'autor desenvolupa aquesta tesi:

Groups of people may form a new state by holding a referendum on part of an existing state's territory. If the group wins the vote, the existing state must negotiate independence in good faith. The group's members don't need to share ethnicity, language, or culture; they just have to live in the same place.⁷⁷

Així es visualitza la sendera que cal que transiti qui defensi el segon model de resposta a la qüestió plantejada a l'inici d'aquest treball: és la concepció de la sobirania la que cal que s'adapti a la democràcia, i no a l'inrevés.

75. Josep M. VILAJOSANA, «Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir», p. 198.

76. Així és com adquireixen rellevància diversos preceptes de la Constitució espanyola com ara, entre d'altres, els articles 9 («Correspon als poders polítics de promoure les condicions per tal que la llibertat [...] de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives»), 10.1 («La dignitat de la persona [...], el lliure desenvolupament de la personalitat [...] són fonament de l'ordre polític i de la pau social») i 23.1 («Els ciutadans tenen el dret a participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants [...]'). Cfr. Josep M. VILAJOSANA, «Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir», p. 204.

77. Timothy W. WATERS, *Boxing Pandora: Rethinking borders, states, and secession in a democratic world*, p. 7.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTÍ, Enoch. *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: CEC, 1986.
- BALLART, Xavier. *Coerció estatal i autonomies*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1987.
- BARCELÓ, Mercè; CORRETJA, Mercè; GONZÁLEZ, Alfonso; LÓPEZ, Jaume; VILAJOSANA, Josep M. *El derecho a decidir: Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier, 2015.
- BERNADÍ, Xavier. «L'aplicació de l'article 155 de la Constitució espanyola al Govern i l'Administració de la Generalitat de Catalunya». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. esp. 2019, p. 21-44.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*. Ciutat de Mèxic: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- BOLDT, Hans. «Article 48 of the Weimar Constitution: its historical and political implications». A: NICHOLLS, Anthony; MATTHIAS, Erich (ed.). *German democracy and the triumph of Hitler*. Londres: Unwin, 1971.
- CALAFELL, Vicente Juan. «La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la Constitución española)». *Revista de Derecho Político*, núm. 48-49 (2000), p. 99-146.
- CANCIO, Manuel; JACOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2006.
- CLOT, Damià del. *Lawfare: L'estratègia de repressió contra l'independentisme català*. Argentina: Voliana, 2021.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. «Coerción estatal». A: GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (dir.). *Diccionario del sistema político español*. Madrid: Civitas, 1984, p. 56-62.
- DEGÀ, Abel. «PP, Cs i Vox volen un 155 educatiu amb la sentència del castellà». *El Món*, 24 de novembre de 2021, disponible en línia a: <<https://elmon.cat/politica/pp-cs-155-escola-catala-castella-333152/>> (consulta: 20 febrer 2022).
- DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*. Barcelona: Paidós, 2008.
- DYZENHAUS, David. *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- ELORZA, Antonio. «Carl Schmitt en Cataluña». *El País*, 18 de setembre de 2018.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. «Artículo 155». A: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1980, p. 2311-2316.
- ESTÉVEZ, José Antonio. *La crisis del estado de derecho liberal: Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989.
- ETXEARTE, Odei. «Els 3.300 represaliats». A: *Històries de Vilaweb* [en línia], <<https://histories.vilaweb.cat/3300-represaliats-catalunya-Primer-Octubre/index.html>> (consulta: 15 març 2022).

- FRAENKEL, Ernst. *The dual state: A contribution to the theory of dictatorship*. Clark: The Lawbook Exchange, Ltd., 2006 (1a ed.: 1941).
- FREUND, Julien. *L'essence du politique*. París: Sirey, 1965.
- GIL-ROBLES, José María. «Artículo 155». A: ALZAGA, Óscar (dir.). *Comentarios a las leyes políticas*. Vol. IV. *Constitución de 1978*. Madrid: Edersa, 1988, p. 451-471.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán. *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: CEC, 1986.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, «El “golpe” contra Prusia». *El Confidencial*, 31 d'octubre de 2017.
- KELSEN, Hans. «L'esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca». A: *La giustizia costituzionale*. Milà: Giuffrè, 1981, p. 75-139 (1a ed.: 1927).
- KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995 (1a ed.: 1931).
- KENNEDY, Ellen. *Carl Schmitt en la República de Weimar: La quiebra de una Constitución*. Madrid: Tecnos, 2004.
- KIRCHHEIMER, Otto. «L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale. Un contributo nell'anniversario della Costituzione». A: *Costituzione senza sovrano: Saggi di teoria politica e costituzionale*. Bari: De Donato, 1982, p. 96-99 (1a ed.: 1930).
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Madrid: Paidós, 1996.
- LASAGABASTER, Iñaki. *Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)*. Oñati: IVAP, 2020.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1970 (1a ed.: 1859).
- MIRA, Javier. «Reflexiones críticas sobre la aplicación del artículo 384 bis de la LECrim y su (no) reflejo en la STS 459/2019». A: QUERALT, Joan J. (dir.). *La sentencia del procés: Una aproximación académica*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 55-66.
- NIEVA, Jordi. «La competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para el enjuiciamiento de los líderes independentistas». A: QUERALT, Joan J. (dir.). *La sentencia del procés: Una aproximación académica*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 19-32.
- QUERALT, Joan J. «Legalidad penal a la luz de la STS 459/2019». A: QUERALT, Joan J. (dir.). *La sentencia del procés: Una aproximación académica*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 211-226.
- RUSCONI, Gian Enrico. *Scambio, minaccia, decisione: Elementi di sociologia politica*. Bolonya: Il Mulino, 1984.
- SCHMITT, Carl. «Teología política». A: SCHMITT, Carl. *Estudios políticos*. Madrid: Doncel, 1975, p. 33-93 (1a ed.: 1922).
- SCHMITT, Carl. «El concepto de la política». A: SCHMITT, Carl. *Estudios políticos*. Madrid: Doncel, 1975, p. 95-166 (1a ed.: 1928).

- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983 (1a ed.: 1931).
- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Granada: Comares, 2006 (1a ed.: 1932).
- SCHMITT, Carl. *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza, 2013 (trad. de la 2a ed., de 1928).
- SCHWAB, George. *The challenge of the exception: An introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. 2a ed. Nova York: Greenwood Press, 1989.
- SURROCA, Bernat. «Menys procés, mateixa repressió: les principals carpetes judicials de 2022». *Nació Digital* [en línia], 1 de gener de 2022, <www.naciodigital.cat/noticia/228149/menys-proces-mateixa-repressio-principals-carpetes-judicials-2022?rlc=p1> (consulta: 20 gener 2022).
- VALLÈS, Josep Maria. «Sobre el 155: ¿“Preussenschlag” en España?». *Eldiario.es*, 24 d'octubre de 2017.
- VILAJOSANA, Josep M. «Towards to material criterion of identity of a legal order». *Rechtstheorie*, vol. 27, núm. 1 (1996), p. 45-64.
- VILAJOSANA, Josep M. «Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento». *Isonomía*, núm. 36 (2012), p. 89-116.
- VILAJOSANA, Josep M. «Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 19 (2014), p. 178-210.
- VILAJOSANA, Josep M. «L'estat dual a Espanya: context i justificació de l'aplicació de l'art. 155 CE». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. esp. 2019, p. 137-155.
- VILAJOSANA, Josep M. «Social facts and law: why the rule of recognition is a convention». A: RAMÍREZ, Lorena; VILAJOSANA, Josep M. (ed.). *Legal conventionalism*. Amsterdam: Springer, 2019, p. 89-107.
- VILAJOSANA, Josep M. «La sujeción judicial a la norma y la separación de poderes». A: QUERALT, Joan J. (dir.). *La sentencia del procés: Una aproximación académica*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 211-226.
- VÍRGALA, Eduardo. «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73 (2005), p. 55-110.
- WATERS, Tomothy. W. *Boxing Pandora: Rethinking borders, states, and secession in a democratic world*. New Haven i Londres: Yale University Press, 2020.

