



INFORME JURÍDICO DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DEL COLEGIO DE LA ABOGACÍA DE BARCELONA SOBRE EL ALCANCE DE LA SUSPENSIÓN DEL REFERÉNDUM ACORDADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:

La Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona del Colegio de la Abogacía de Barcelona denuncia la vulneración de derechos fundamentales cometidas en las actuaciones posteriores a varias providencias dictadas por el Tribunal Constitucional el día 7 de septiembre de 2017 admitiendo a trámite el recurso de inconstitucionalidad n.º 4334-2017 contra la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación; la impugnación de disposiciones autonómicas n.º 4335-2017, contra el Decreto 139/2017, de 6 de septiembre, de la Generalitat de Cataluña, de convocatoria del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña; la impugnación n.º 4333-2017, contra el Decreto 140/2017, de 7 de septiembre, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, de normas complementarias para la celebración del referéndum de autodeterminación; y la impugnación n.º 4332-2017, contra la Resolución 807/XI del Parlamento de Cataluña por la cual se designan los miembros de la sindicatura electoral de Cataluña.

Para poder centrar el marco del análisis tenemos que partir de dos afirmaciones:

- Convocar un referéndum no es delito, como tampoco lo es participar en él.
- El referéndum del 1 de octubre no es ilegal.

1.- Convocar un referéndum y participar en él no es delito

El legislador orgánico español se pronunció en una ley vigente y vinculante, la Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, que derogó la penalización de la convocatoria de un referéndum por parte de autoridades o funcionarios sin competencias para ello o que, sin haberlo convocado, facilitaran, promovieran o aseguraran el proceso, así como la participación de particulares en las mesas, o como interventores, o asegurando su celebración de cualquier forma, en los siguientes términos: *“Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal.*



Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia

Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal."

La interdicción de la analogía contra reo es uno de los principios básicos del derecho penal y sancionador y, por lo tanto, existiendo una despenalización expresa y motivada de estas conductas, no hay cobertura legal que justifique su persecución por vía penal.

2.- El referéndum del 1 de octubre no es ilegal

La Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, del Referéndum de Autodeterminación y las disposiciones que la desarrollan han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional, y la interposición de recursos por parte del Gobierno español contra cualquier ley autonómica siempre comporta su suspensión (artículo 77 LOTC). El Tribunal no ha entrado a resolver el fondo del asunto que se le plantea y, cuando lo haga, determinará únicamente la constitucionalidad o no del contenido de aquellas normas, pero no es en ningún caso función del Tribunal Constitucional determinar la legalidad o ilegalidad de éstas o de cualquier otra ley.

Con estas dos premisas entendemos que la respuesta dada desde el Estado español a la convocatoria del referéndum del 1 de octubre atenta contra los pilares básicos del Estado de derecho, cuestionando la separación de poderes. Más allá de judicializar la política, politiza la justicia y vulnera derechos fundamentales vigentes en el propio Estado. De esta forma se produce la paradoja consistente en que el órgano que tiene por función constitucional el amparo y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos sea el órgano del cual emanan resoluciones que originan la vulneración de estos mismos derechos.

3.- El alcance de las decisiones del Tribunal Constitucional

Las providencias del Tribunal Constitucional del 7 de septiembre de 2017 acordaron la suspensión de la Resolución y de los Decretos impugnados con efectos desde el 7-9-2017, suspensión que sólo vincula a las personas a quienes se refiere el artículo 87 LOTC: *"Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva. En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario."*

En este sentido, el Tribunal Constitucional acordó la notificación personal a una serie de autoridades y cargos autonómicos y locales (específicamente a los alcaldes de los municipios de Cataluña, a los directores de medios de comunicación de titularidad pública y a las personas designadas como miembros de la Sindicatura Electoral), advirtiéndoles a todos ellos de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada, advirtiéndoles también de las eventuales responsabilidades en que pudieran incurrir en caso de no atender este requerimiento, incluida la penal.



Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia

Las decisiones del Tribunal Constitucional sólo vinculan a los poderes públicos y de forma especial a aquellas autoridades o funcionarios a quienes se les comuniquen de forma personal y directa.

Sobre la legitimación de las autoridades políticas catalanas para no atender aquellos mandatos ya se pronunció esta Comisión en su Informe de fecha 31-1-2013, por lo que su análisis no será objeto de este documento. Se puede consultar el mencionado informe en:

<http://www.icab.cat/?go=eaf9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb4d94afd09336f9d4604bfec59ea4f2ec0acbcd29a8988e42aed3195ab14839eee8697e7e36ff403d>

Con la pretendida cobertura de aquellas decisiones del Tribunal Constitucional, la Fiscalía, algunos órganos jurisdiccionales, la Administración del Estado y algunos agentes de varios cuerpos policiales han tomado decisiones o han realizado actuaciones que están vulnerando derechos fundamentales (registros, requisas e incautaciones de material gráfico, y detenciones), extendiendo indebidamente la aplicación del carácter obligatorio de las decisiones del Tribunal Constitucional a particulares, entidades ciudadanas, partidos políticos y empresas privadas, incluso de comunicación.

4.- La actuación de la Fiscalía

Varios ciudadanos ya han sido identificados en la calle o trasladados a dependencias policiales al efecto. Algunos también han resultado detenidos por difundir de forma pacífica sus ideas políticas. Los agentes policiales han actuado siguiendo las instrucciones impartidas por la Fiscalía, que bajo el pretexto de dar instrucciones a la policía judicial, se ha irrogado la posición de mando de todos los cuerpos policiales. La policía judicial está reconocida constitucionalmente en el artículo 126 CE, y está previsto que actúe bajo la dependencia de los Jueces, los Tribunales y el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo que establezcan las leyes. La normativa sobre policía judicial establece que, si existe una instrucción judicial en marcha, la policía judicial pasará a actuar siguiendo las directrices del juez (artículos 31 y 35 de la LO 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en relación el artículo 773.2 LECrim).

En estos momentos, dos órganos judiciales están instruyendo hechos relacionados con las suspensiones acordadas; por un lado, el Juzgado de Instrucción n.º 13 de Barcelona, en las Diligencias Previas n.º 118/17, juzgado que cerró la web "referendum.cat", entre otras. Y las Diligencias Previas n.º 3/2017 del TSJC, abiertas por los mismos hechos o hechos conexos, en que se ha acordado la medida cautelar de ordenar a medios de comunicación privados la retirada o no inserción de publicidad o propaganda relativa al referéndum del día 1 de octubre.

El artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal establece que la Fiscalía *"puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva."* El artículo 773.2 de la



Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia

Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *“cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”*.

Las providencias del Tribunal Constitucional sólo pueden ser tomadas en consideración en sus estrictos términos, estando vetada cualquier interpretación extensiva, siendo inadmisibles si ésta afecta a los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución. Sus providencias no suponen ni incorporan ninguna suspensión o limitación de derechos y libertades. En el plano individual, éstas sólo podrían ser autorizadas mediante una resolución judicial motivada en cada caso concreto. Y, en el plano colectivo, dependerían de la declaración del estado de excepción o de sitio a que se refieren el artículo 55 CE y la Ley Orgánica 4/1981 que los regula, y que requiere la autorización del Congreso de los Diputados.

Por otro lado, las providencias del Tribunal Constitucional no pueden afectar a los particulares, a quienes no van destinados sus requerimientos, ni tampoco convertir en sancionable lo que el legislador ha determinado que no lo es.

Por lo tanto, en estricta aplicación de la legalidad española vigente, la incoación de los procesos constitucionales y las suspensiones acordadas no pueden comportar ninguna restricción al libre ejercicio por parte de la ciudadanía de los derechos y libertades constitucionales, como la ideológica, de expresión, de reunión, de manifestación, de asociación o de información. Estos pueden ejercerse en plenitud y bajo el régimen reforzado de garantías establecido en el ordenamiento jurídico vigente, motivo por el cual se debe entender que la actividad política de la ciudadanía no ha sido suspendida.

En consecuencia, denunciaremos varios atentados a diferentes derechos que describimos a continuación:

a) Derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley

Las instrucciones de la Fiscalía dirigidas a los cuerpos policiales, asumiendo funciones propias de los órganos judiciales, y, por otro lado, la incoación de diligencias de investigación contra 712 alcaldes, cuando ya hay procedimientos judiciales abiertos sobre los mismos hechos, exceden las competencias que la ley otorga a esta institución y vulneran el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (artículo 24.2 CE y 6 CEDH).

Además, la orden dirigida a las policías locales por la Fiscalía no tiene amparo legal alguno, atendiendo al artículo 7 del RD 769/1987 sobre regulación de la Policía Judicial, que establece que integran la policía judicial el cuerpo nacional de policía, la guardia civil y las policías autonómicas. Las policías locales, como mucho, podrán actuar como policía judicial sólo respecto a infracciones penales que se refieren a las antiguas faltas y delitos menos graves, de tal manera que el acuerdo adoptado por la “Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial” en la reunión celebrada el día 15 de julio de 2015 prevé que si algún juez comisionaba como policía judicial a la policía local fuera de aquel estrecho margen *“dichas resoluciones serán recurridas de forma inmediata por la Fiscalía”*.



http://www.acm.cat/sites/default/files/manual_uploads/juridic/acta_reunion_comision_nacional_de_la_policia_judicial_2015.pdf

b) Derecho a la libertad de expresión

Las instrucciones de la Fiscalía dirigidas a los cuerpos policiales que han motivado la identificación y retención de ciudadanos que estaban difundiendo sus ideas políticas vulneran el derecho a la libertad de expresión (artículo 20 CE y 10 CEDH). Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el lugar central que el debate político ocupa dentro del ámbito de protección de los artículos 20 CE y 10 CEDH, de tal manera que las limitaciones constitucionalmente admitidas de este derecho tienen que ser siempre ponderadas con exquisito rigor. Tal como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, *“en definitiva, el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático”*, criterio que sigue la doctrina de la sentencia del TEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46.

c) Derecho a la información

La providencia del Tribunal Constitucional n.º 4333/2017 de fecha 7-9-2017 imponiendo a la Presidenta de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales, al Director General de TV3 y al Director General de Catalunya Ràdio la obligación de impedir o paralizar, entre otros, cualquier actuación que suponga informar en relación a la celebración del referéndum de autodeterminación, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidades, incluida la penal, en caso de incumplimiento, vulnera el derecho a la información (artículo 20 d) CE).

d) Derecho de reunión y manifestación

La suspensión de actos convocados en locales municipales por entidades sociales privadas para debatir políticamente en torno al referéndum (casos de Madrid, Vitoria, Gijón, entre otros), vulneran el derecho de reunión (artículo 21 CE y artículo 11 CEDH).

e) Derecho al libre ejercicio de la representación política

La apertura de varias diligencias penales contra la Presidenta y la mayoría de miembros de la Mesa del Parlamento de Cataluña y la incoación de diligencias de investigación por parte de la Fiscalía contra 712 alcaldes, vulneran el derecho al libre ejercicio de la representación política (artículo 23.1 CE y artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), derecho que se proyecta sobre el artículo 57.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que consagra la inviolabilidad de los miembros del Parlamento de Cataluña.



Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia

Por último, queremos mostrar nuestra máxima preocupación en relación a las detenciones practicadas en el día de hoy de varios altos cargos del Gobierno de la Generalitat y abogados, que se enmarcan dentro de la escalada de criminalización del conflicto político existente y que también pueden constituir vulneraciones de derechos fundamentales y de la legislación que los protege.

Barcelona, a veinte de septiembre del 2017.

Las opiniones expresadas en este comunicado de prensa pertenecen exclusivamente a esta Comisión. La opinión oficial del Colegio de la Abogacía de Barcelona la expresa la Junta de Gobierno de esta corporación a través de los comunicados firmados por el Departamento de Comunicación.

Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona y del Libre Ejercicio de la Abogacía

Constituye una comisión de personas colegiadas del Colegio de la Abogacía de Barcelona. Los objetivos de la Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona y del Libre Ejercicio de la Abogacía son principalmente:

- Velar porque sean respetados los derechos de la persona, tanto individuales como colectivos, y cumplidas las normas y disposiciones estatales e internacionales existentes para la garantía y protección de estos derechos, mediante la utilización de los medios de comunicación social, promoción de campañas y actos públicos, elaboración de propuestas y sugerencias de modificación de la legislación vigente dirigidas a los poderes y a la opinión pública, y la adopción de todas aquellas medidas pertinentes en defensa de la efectividad de los derechos humanos.
- Velar para garantizar el libre ejercicio de la abogacía en sus relaciones con los organismos públicos y la Administración de Justicia.
- Impulsar los contactos con colectivos o asociaciones de abogados de otros ámbitos territoriales para coordinar en el ámbito internacional las actuaciones destinadas a la defensa y promoción de los mencionados derechos, con especial atención al derecho de defensa.