



**INFORME JURÍDIC DE LA COMISSIÓ DE DEFENSA DEL COL·LEGI DE L'ADVOCACIA DE BARCELONA
SOBRE L'ABAST DE LA SUSPENSÍO DEL REFERÈNDUM ACORDADA PEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL I
L'EXERCICI DELS DRETS FONAMENTALS:**

La Comissió de Defensa dels Drets de la Persona del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona **denuncia la vulneració de drets fonamentals** comeses en les actuacions subsegüents al dictat de diverses Provisions del Tribunal Constitucional espanyol, el dia 7 de setembre de 2017, admetent a tràmit el recurs d'inconstitucionalitat núm. 4334-2017, contra la Llei del Parlament de Catalunya 19/2017, de 6 de setembre, del Referèndum d' Autodeterminació; la impugnació de disposicions autonòmiques núm. 4335-2017, contra el Decret 139/2017, de 6 de setembre, de la Generalitat de Catalunya, de convocatòria del Referèndum d'Autodeterminació de Catalunya; la impugnació núm. 4333-2017, contra el Decret 140/2017, de 7 de setembre, del Govern de la Generalitat de Catalunya, de normes complementàries per a la celebració del referèndum d'autodeterminació; i la impugnació núm. 4332-2017, contra la Resolució 807/XI del Parlament de Catalunya per la qual es designen els membres de la sindicatura electoral de Catalunya.

Per a poder centrar el marc de l'anàlisi hem de partir de dues afirmacions:

- Convocar un referèndum no és delictes, com tampoc ho és participar-hi.
- El referèndum de l'1 d'octubre no és il·legal.

1.- Convocar un referèndum i participar-hi no és delictes:

El legislador orgànic espanyol es va pronunciar en una llei vigent i vinculant, la Llei Orgànica 2/2005, de 22 de juny, de modificació del Codi Penal, que va derogar la penalització de les autoritats o funcionaris que realitzessin una convocatòria de referèndum sense competències, o que sense haver-lo convocat facilitessin, promoguessin o asseguressin el procés, així com els particulars que participessin a les taules o com interventors o també asseguressin la seva celebració de qualsevol forma, en els següents termes: *"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. 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 interdicció de l'analogia contra reu és un dels principis bàsics del dret penal i sancionador i per tant, existint una despenalització expressa i motivada d'aquestes conductes, no hi ha cobertura legal per a justificar-ne la penalització.

2.- El referèndum de l'1 d'octubre no és il·legal:

La Llei del Parlament de Catalunya 19/2017, de 6 de setembre, del Referèndum d'Autodeterminació i les disposicions que la desenvolupen han estat recorregudes davant del Tribunal Constitucional i la interposició de recursos per part del Govern espanyol contra qualsevol llei autonòmica sempre comporta la seva suspensió (article 77 LOTC). El Tribunal no ha entrat a resoldre el fons de l'assumpte que se li planteja i, quan ho faci, determinarà únicament la constitucionalitat o no del contingut d'aquelles normes, però no és en cap cas funció del Tribunal Constitucional determinar la legalitat o il·legalitat d'aquestes o de qualsevol altra llei.

Amb aquestes dues premisses entenem que la resposta donada des de l'Estat espanyol a la convocatòria del referèndum de l'1 d'octubre atempta contra els pilars bàsics de l'estat de dret, qüestionant la separació de poders. Més enllà de judicialitzar la política, polititza la justícia i vulnera drets fonamentals vigents al propi Estat. Amb això, provoca la paradoxa que l'òrgan que té per funció constitucional l'empara i protecció dels drets fonamentals dels ciutadans és l'òrgan del qual emanen resolucions que originen la vulneració d'aquests mateixos drets.

3.- L'abast de les decisions del Tribunal Constitucional:

Els proveïts del Tribunal Constitucional del 7 de setembre de 2017 van disposar la suspensió de la Resolució i dels Decrets impugnats amb efectes des del 7-9-2017, suspensió que només vincula a les persones a què es refereix l'article 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 aquest sentit, el Tribunal Constitucional va acordar la notificació personal a una sèrie d'autoritats i càrrecs autonòmics i locals (específicament als alcaldes dels municipis de Catalunya, als directors del mitjans de comunicació de titularitat pública i a les persones designades com a membres de la Sindicatura Electoral), advertint-los a tots ells del seu deure d'impedir o paraitzar qualsevol iniciativa que suposi ignorar o eludir la suspensió acordada, així com de les eventuais responsabilitats en què podrien incórrer en cas de no atendre aquest requeriment, inclosa la penal.

L'abast de les decisions del Tribunal Constitucional només vinculen als poders públics i de forma especial a aquelles autoritats o funcionaris als qui se'ls comuniqui de forma personal i directa.



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

Sobre la legitimació de les autoritats polítiques catalanes per no atendre aquells mandats, ja es va pronunciar aquesta Comissió en el seu Informe de data 31-1-2013, per quin motiu no serà objecte d'aquest document, que es pot consultar a:

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

Amb la pretesa cobertura d'aquelles decisions del Tribunal Constitucional, la Fiscalia, alguns òrgans jurisdiccionals, l'administració de l'Estat i alguns agents de diversos cossos policials, han pres decisions o han realitzat actuacions que estan vulnerant drets fonamentals (escorcolls, requisos i incautacions de material gràfic, i detencions), estenent indegudament l'aplicació del caràcter obligatori de les decisions del Tribunal Constitucional a particulars, entitats ciutadanes, partits polítics i empreses privades, àdhuc de comunicació.

4.- L'actuació de la Fiscalia:

Diversos ciutadans ja han estat identificats al carrer o traslladats a dependències policials a l'efecte, algun àdhuc ha resultat detingut per realitzar l'activitat de difusió pacífica de les seves idees polítiques. Els agents policials han actuat seguint les instruccions impartides per la Fiscalia que sota el pretext de donar instruccions a la policia judicial, s'ha irrogat la posició de comandament de tots els cossos policials. La policia judicial té reconeixement constitucional a l'article 126 CE i està previst que actui sota la dependència dels Jutges, els Tribunals i el Ministeri Fiscal, d'acord amb el que estableixin les lleis. La normativa sobre policia judicial, estableix que si existeix una instrucció judicial en marxa, la policia judicial passarà a actuar seguint les directrius del jutge (articles 31 i 35 de la LO 2/1986, de 13 de març de Forces i Cossos de Seguretat, en relació l'article 773.2 LECrim.).

En aquests moments, dos òrgans judicials estan instruint fets relacionats amb les suspensions acordades; per una banda el Jutjat d'Instrucció núm. 13 de Barcelona, en les Diligències Prèvies núm. 118/17, jutjat que va tancar la web "referendum.cat", entre d'altres, i les Diligències Prèvies núm. 3/2017 del TSJC, obertes pels mateixos fets o connexes, en que s'ha acordat la mesura cautelar d'ordenar a mitjans de comunicació privats la retirada o no inserció de publicitat o propaganda relativa al referèndum del dia 1 d'octubre.

L'article 5 de l'Estatut del Ministeri Fiscal estableix que la Fiscalia *"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."* L'article 773.2 de la Llei d'Enjudiciament Criminal disposa que *"cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos"*.

Els proveïts del Tribunal Constitucional només poden ser observats en els seus termes estrictes essent vetada qualsevol interpretació extensiva, inadmissible si comporta afectació als drets



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

fonamentals i a les llibertats públiques previstes a la Constitució. Els seus proveïts no suposen ni incorporen cap suspensió o limitació de drets i llibertats. En el pla individual, només podrien ser autoritzades mitjançant una resolució judicial motivada en el cas concret. I en el pla col·lectiu, dependrien de la declaració de l'estat d'excepció o de setge a què es refereixen l'article 55 CE i la Llei Orgànica 4/1981 que els regula, el qual requereix l'autorització del Congrés dels Diputats.

Per altra banda, les previsions del Tribunal Constitucional no poden afectar als particulars a qui no van destinats els seus requeriments ni tampoc convertir en sancionable el que el legislador ha determinat que no ho és.

Per tant, en estricta aplicació de la legalitat espanyola vigent, la incoació dels processos constitucionals i les suspensions acordades no poden comportar cap restricció al lliure exercici per part de la ciutadania dels drets i llibertats constitucionals; drets o llibertats com la ideològica, d'expressió, de reunió, de manifestació, d'associació o d'informació. Aquests, poden exercir-se amb tota plenitud i sota el règim reforçat de garanties establert a l'ordenament jurídic vigent per quin motiu s'ha d'entendre que l'activitat política de la ciutadania no ha estat suspesa.

En conseqüència, denunciem diversos atemptats als diferents drets que a continuació descrivim:

a) Dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei:

Les instruccions de la Fiscalia dirigides als cossos policials, assumint funcions pròpies dels òrgans judicials, i d'altra banda, la incoació de diligències d'investigació contra 712 alcaldes, quan ja hi ha procediments judicials oberts sobre els mateixos fets, excedeixen les competències que la Llei atorga a aquesta institució i vulneren el dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei (article 24.2 CE i 6 CEDH).

A més, l'ordre adreçada a les policies local per la Fiscalia no té empara legal, atès l'article 7 del RD 769/1987 sobre regulació de la Policia Judicial, que estableix que integren la policia judicial el cos nacional de policia, la guàrdia civil i policies autonòmiques. Les policies locals, com a molt podran actuar com a policia judicial només respecte infraccions penals que es refereixen a les antigues faltes i delictes menys greus. De tal manera que l'acord adoptat per la "Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial" en la reunió celebrada el dia 15 de juliol de 2015 va preveure que si algun jutge comissionava com a policia judicial la policia local fora d'aquell estret marge "*dichas resoluciones serán recurridas de forma inmediata por la Fiscalia*".

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



b) Dret a la llibertat d'expressió:

Les instruccions de la Fiscalia dirigides als cossos policials que han motivat la identificació i retenció de ciutadans, que estaven difonent les seves idees polítiques, vulneren el dret a la llibertat d'expressió (article 20 CE i 10 CEDH). Tant la doctrina del Tribunal Constitucional com la del Tribunal

Europeu de Drets Humans han insistit en el lloc central que el debat polític ocupa dintre de l'àmbit de protecció dels articles 20 CE i 10 del CEDH, de tal manera que les limitacions constitucionalment admeses d'aquest dret han de ser sempre ponderades amb exquisit rigor i, tal com segueix aquella STC 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"*, criteri que segueix la doctrina de la STEDH, cas Castells, 23 de abril de 1992, § 46.

c) Dret a la informació:

El proveït del Tribunal Constitucional núm. 4333/2017 de data 7-9-2017 imposant a la Presidenta de la Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuais, al Director General de TV3 i al Director General de Catalunya Ràdio l'obligació d'impedir o paraitzar, entre d'altres, qualsevol actuació que suposi **informar** en relació a la celebració del referèndum d'autodeterminació, amb l'apercebiment de les responsabilitats, inclosa la penal, en cas d'incompliment, vulnera el dret a la informació (article 20 d) CE).

d) Dret de reunió i manifestació:

Les suspensions d'actes convocats en locals municipals per entitats socials privades per debatre políticament entorn del referèndum (casos de Madrid, Vitòria, Gijón, entre d'altres), vulneren el dret de reunió (article 21 CE i article 11 CEDH).

e) Dret al lliure exercici de la representació política:

L'obertura de diverses diligències penals contra la Presidenta i la majoria de membres de la mesa del Parlament de Catalunya i la incoació de diligències d'investigació per part de la Fiscalia contra 712 alcaldes, vulneren el dret al lliure exercici de la representació política (article 23.1 CE i article 21 de la Declaració Universal de Drets Humans), dret que es projecta sobre l'article 57.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya que consagra la inviolabilitat dels membres del Parlament de Catalunya.

Per últim, volem mostrar la nostra màxima preocupació en relació a les detencions practicades en el dia d'avui a diversos alts càrrecs del Govern de la Generalitat i advocats, que s'emmarquen dins l'escalada de criminalització del conflicte polític existent i que també poden constituir vulneracions de drets fonamentals i de la legislació que els protegeix.

Barcelona, a vint de setembre del 2017



Les opinions expressades en aquest comunicat de premsa pertanyen exclusivament a aquesta Comissió. L'opinió oficial del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona l'expressa la Junta de Govern de l'ICAB d'aquesta corporació a través dels comunicats signats pel Departament de Comunicació.

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

És tracta d'una comissió de persones col·legiades del Col·legi d'Advocats de Barcelona.

Els objectius de la [Comissió de Defensa dels Drets de la Persona i del Lliure Exercici de l'Advocacia](#) són principalment:

- Vetllar perquè siguin respectats els drets de la persona, tan individuals com col·lectius, i complides les normes i disposicions estatals i internacionals existents per a la garantia i protecció d'aquests drets, mitjançant la utilització dels mitjans de comunicació social, promoció de campanyes i actes públics, elaboració de propostes i suggeriments de modificació de la legislació vigent adreçades als poders públics i a l'opinió, i l'adopció de totes aquelles mesures pertinents en defensa de l'efectivitat dels drets humans.
- Vetllar per garantir el lliure exercici de l'advocacia en les seves relacions amb els organismes públics i l'administració de justícia.
- Impulsar els contactes amb col·lectius o associacions d'advocats d'altres àmbits territorials per tal de coordinar en l'àmbit internacional les actuacions destinades a la defensa i promoció dels esmentats drets, amb especial atenció al dret de defensa.