



# RETROCESOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS CARGOS ELECTOS Y SEPARACIÓN DE PODERES EN EL REINO DE ESPAÑA

ABRIL 2017

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES



RETROCESOS EN MATERIA  
DE DERECHOS HUMANOS:  
LIBERTAD DE EXPRESIÓN  
DE LOS CARGOS ELECTOS  
Y SEPARACIÓN DE  
PODERES EN EL  
REINO DE ESPAÑA

ABRIL 2017

**SÍNDIC**

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1ª edición: Abril de 2017

Retrocesos en materia de derechos humanos: libertad de expresión de los cargos electos y separación de poderes en el Reino de España. Abril 2017

Maquetación: Síndic de Greuges

Impreso sobre papel ecológico

Diseño original: America Sanchez

Foto portada: © Parlament de Catalunya

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	5
<b>2. DERECHOS HUMANOS Y SEPARACIÓN DE PODERES EN EL CONTEXTO ESPAÑOL</b> ...	7
<b>2.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN</b> .....	7
<b>2.2. RESTRICCIONES LEGISLATIVAS DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL REINO DE ESPAÑA: LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA Y CÓDIGO PENAL</b> ..	8
<b>2.3. UN CASO EMBLEMÁTICO DE ABUSO DE LOS DELITOS DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y DISCURSO DEL ODIOS: EL CASO DE LOS TITIRITEROS</b> . . . .	13
<b>2.4. REDES SOCIALES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN</b> .....	15
<b>2.5. EL INFORME GRECO</b> .....	15
<b>2.6. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b> .....	17
▪ Introducción	
▪ La reforma	
▪ Dos apuntes sobre la sentencia	
▪ La opinión de la Comisión de Venecia	
<b>3. REGRESIONES EN DERECHOS Y LIBERTADES EN CATALUÑA</b> .....	21
<b>3.1. DETERIORO DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA</b> .....	21
<b>3.2. ALGUNOS CASOS RECIENTES DE JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA</b> .....	24
<b>4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	31
<b>4.1. CONCLUSIONES GENERALES</b> .....	31
<b>4.2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN</b> .....	31
<b>4.3. DEBILITAMIENTO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES</b> .....	31
<b>4.4. REGRESIONES EN DERECHOS Y LIBERTADES EN CATALUÑA</b> .....	32
<b>4.5. RECOMENDACIONES</b> .....	32



## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 78.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), el Síndic de Greuges tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidas por la Constitución y por el propio Estatuto. El artículo 4 de la Ley 24/2009, del Síndic de Greuges, reitera este mandato al señalar que “el Síndic de Greuges vela por la protección y la defensa de los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución, por el Estatuto y por las correspondientes normas de desarrollo”. Y añade que, en este marco, puede elaborar informes monográficos y extraordinarios.

Las referencias que el EAC y la Ley 24/2009 hacen a la Constitución Española (CE) y el hecho de que ambos reconozcan el papel de las instituciones autonómicas en la aplicación de los tratados internacionales pone de manifiesto que a pesar de que el ámbito competencial del Síndic de Greuges se circunscribe a Cataluña y sus administraciones, esta institución no puede permanecer ajena a las leyes y políticas públicas que, a pesar de que su origen se sitúe a escala estatal o internacional, tienen una afectación directa en Cataluña.

La CE y el EAC incorporan sendas cartas de derechos fundamentales. Además, el artículo 10.2 CE afirma que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

El Reino de España forma parte de numerosos tratados internacionales en el ámbito de los derechos humanos, entre otros, el Convenio europeo para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Roma, 1950), así como la mayor parte de sus protocolos facultativos, y los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 1966). Está sometido a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y

ha aceptado la competencia de diferentes comités de derechos humanos de la ONU. La jurisprudencia de uno y otros, a pesar de que solo las sentencias del primero tienen fuerza jurídica vinculante, se entiende generalmente como interpretación auténtica de los tratados a los que se vinculan estos órganos y forma parte del caudal interpretativo de los derechos constitucionales y estatutarios.

En este contexto, el presente informe analizará las afectaciones en materia de derechos humanos y libertades fundamentales que, a parecer de esta institución, se están produciendo en el Reino de España y que tienen una especial incidencia en Cataluña. Unos retrocesos que afectan los derechos y libertades reconocidos tanto en las normas fundamentales catalana y española, como en el marco jurídico internacional. Así se ha denunciado en los informes anuales de 2014, 2015 y 2016 y en diversos informes monográficos presentados en el Parlament.\*

Las regresiones democráticas y en el ámbito de los derechos pueden tener diferentes orígenes. Tal y como se verá en este informe, existen leyes aprobadas por el Parlamento español que en sí mismas lesionan o ponen en riesgo derechos y libertades fundamentales. En opinión del Síndic, es el caso de algunos aspectos de la última reforma de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana o del Código Penal. En otros casos, es la interpretación que se hace en sede judicial la que no se adecúa a los estándares constitucionales, estatutarios e internacionales de derechos humanos. Por último, a menudo son decisiones políticas o administrativas –incluidas decisiones de política pública– las que constituyen incumplimientos flagrantes de los derechos reconocidos en las más altas normas jurídicas.

Metodológicamente, este informe se estructura en dos grandes partes. En primer lugar se analiza, partiendo de la definición que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de expresión, la nueva legislación española (Ley de Seguridad Ciudadana y Código Penal) y su impacto en

\* Para la elaboración de este informe el Síndic ha contado con la colaboración del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña y con las contribuciones singulares de los profesores Joan Queralt y Joan Vintró de la UB, y puntuales de José María Mena, ex fiscal jefe de Cataluña.

la criminalización de las opiniones disidentes.

Además, en el ámbito institucional se incide en los pronunciamientos internacionales que han reclamado reformas para garantizar plenamente la separación de poderes. En particular, se pone énfasis en la reforma del artículo 92.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en la Sentencia 185/2016 del Tribunal Constitucional que resuelve su impugnación, que ha recalcado la insuficiente calidad de la separación de poderes en el Reino de España.

La segunda parte de la investigación se centra en las restricciones del derecho a la libertad de expresión que afectan el conocido como *proceso soberanista*. Medidas restrictivas que utilizan los tribunales de justicia como medio de presión contra conductas de ciudadanos o representantes políticos que en un sistema democrático deberían ser consideradas ejercicios legítimos de la libertad de expresión o de manifestación, pensados para incidir en el sistema democrático y llegar a modificar determinadas situaciones o normas. En este punto se analizarán, por una parte, algunos de los distintos procesos judiciales

y reacciones gubernamentales abiertos en el marco del llamado *proceso soberanista*, en la medida en que se dirigen a cargos electos –tanto a escala autonómica como local– que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, gozan de un plus de protección en lo referente a su derecho a la libertad de expresión y a la participación política.

Con fecha 30 de marzo de 2017, el Parlamento de Cataluña notificó al Síndic la Moción 107/XI en la que, al amparo del artículo 27.3.a) de la Ley 24/2009, se acuerda trasladar una queja al Síndic “por la politización y la falta de independencia y de objetividad de la alta judicatura y la fiscalía españolas y del Tribunal Constitucional”. El presente informe fue anunciado en el Informe Anual del Síndic de Greuges de Cataluña entregado al Parlamento el día 1 de febrero de 2017. Por lo tanto, aunque no puede considerarse consecuencia directa de aquella moción, sí que puede responder a cuestiones planteadas; otras cuestiones escapan a la competencia de esta institución, tal como se ha comunicado a la Presidenta del Parlamento.

Barcelona, 28 de abril de 2017

## 2. DERECHOS HUMANOS Y SEPARACIÓN DE PODERES EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

### 2.1. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones esenciales de su progreso y del desarrollo de cada uno de sus miembros<sup>1</sup> y, por tanto, es un derecho esencial para la salvaguarda del orden público democrático europeo en materia de derechos humanos.

El artículo 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos establece que este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

Al considerar que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades, el Convenio europeo admite que este derecho esté sometido a regulación, a condición, no obstante, de que las restricciones o sanciones estén previstas por ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzar alguna de las distintas finalidades legítimas enumeradas. Como se establece en el artículo 10.2:

“2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Así, el TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones con relación al contenido de estos derechos y sus límites:

1. La libertad de expresión constituye uno de los pilares básicos de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno de sus miembros. Bajo la reserva del párrafo segundo, **esta es válida no solo para las informaciones o ideas que son acogidas de forma favorable o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia o el espíritu de apertura sin el que no existe la sociedad democrática.** Tal y como recoge el artículo 10, existen excepciones, que deben ser interpretadas de forma restrictiva, y la necesidad de restricción debe ser establecida de forma convincente,<sup>2</sup> principio que no se puede olvidar a la hora de analizar los posibles retrocesos en materia de libertad de expresión que se están produciendo en el Estado español y, en concreto, en Cataluña.

2. Dado que la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de una sociedad democrática, **las restricciones previstas en el artículo 10.2 del Convenio europeo deben justificarse únicamente en situaciones que presenten una particular gravedad.** Para poder justificar estas restricciones de conformidad con el Convenio europeo, debe ser imperativo establecer que las informaciones o ideas en causa son susceptibles de comportar un riesgo o daño real y serio –y no simplemente hipotético– para “la protección de la reputación o los derechos ajenos, la seguridad nacional, la divulgación de informaciones confidenciales o la autoridad e imparcialidad del poder judicial”. Debe tratarse de una gravedad objetiva y no meramente subjetiva decidida desde instancias gubernamentales o judiciales.

3. **El TEDH considera que si bien la libertad de expresión es esencial para cualquier persona, lo es más particularmente para los partidos políticos y sus miembros activos.**<sup>3</sup> Estos representan a sus electores, señalan

<sup>1</sup> Entre otros, Asunto Handyside contra Reino Unido, STEDH de 7 diciembre de 1976, párr. 49, doctrina que se mantiene a día de hoy.

<sup>2</sup> Entre otros, Asunto Jersild contra Dinamarca, STEDH de 23 de septiembre de 1994, párr. 37, doctrina que se mantiene a día de hoy.

<sup>3</sup> Entre otros, Asunto Incal contra Turquía, STEDH de 9 de junio de 1998, párr. 46, doctrina que se mantiene a día de hoy.

sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por tanto, las opiniones, propuestas o críticas que se manifiestan desde la oposición tienen un margen de restricción o limitación muy reducido.

Por lo que respecta a la crítica a los políticos, el margen de discurso crítico admisible es más amplio cuando se refiere a un gobierno (y en menor medida a un individuo político) que cuando hace referencia a un particular. Por otra parte, la posición dominante que ocupa el gobierno exige a este tener moderación en el uso de la vía penal, sobre todo si existen otros mecanismos para responder a los ataques y a las críticas de sus adversarios. **No existe nada menos deseable para las autoridades competentes del Estado que adoptar medidas penales, en calidad de garantes del orden público, destinadas a reaccionar de forma adecuada y no excesiva a estos propósitos.**<sup>4</sup>

4. Otro de los aspectos en los que inciden las restricciones a la libertad de expresión hace referencia a determinados intereses sociales que afectan directamente a los valores propios de las sociedades democráticas. Uno de ellos es la protección de la defensa del Estado y de la organización social.

La libertad de expresión es uno de los derechos más profundamente democráticos, ya desde el primer liberalismo. Son pocas y muy estrictas las limitaciones constitucionalmente admitidas. Así, la defensa del Estado y de la organización social –seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito– pueden justificar determinadas injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de la libertad de expresión. Según la jurisprudencia del TEDH, principalmente, estas injerencias afectan al régimen de la disciplina militar y a las medidas adoptadas para luchar contra el terrorismo.<sup>5</sup> Con todo, estas restricciones no pueden ser ilimitadas y, por tanto, deben tener un carácter excepcional.

En síntesis, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la aplicación de medidas restrictivas del derecho a la libertad de expresión sobre la base de la existencia de un interés del

público a saber. Y teniendo en cuenta la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, el TEDH determina que las restricciones previstas en el artículo 10.2 del Convenio europeo deben justificarse únicamente en situaciones que presenten una especial gravedad, cuando las informaciones o ideas en cuestión sean susceptibles de comportar un riesgo o daño real y serio, y no simplemente hipotético, para la salvaguarda de alguna de las finalidades legítimas previstas en el propio artículo 10.2. Riesgo o daño real y serio que, como se verá, no se ha detectado en ninguno de los casos analizados en este informe.

## 2.2. RESTRICCIONES LEGISLATIVAS DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL REINO DE ESPAÑA: LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA Y CÓDIGO PENAL

El Informe 2016/17 de Amnistía Internacional comienza su apartado correspondiente a España con esta afirmación: “A lo largo del año se impusieron restricciones injustificadas a los derechos a la libertad de información, de expresión y de reunión, basadas en la reforma del Código Penal y la nueva Ley de Seguridad Ciudadana que habían entrado en vigor en 2015”.<sup>6</sup>

En efecto, en los últimos tiempos, España se ha dotado de una legislación administrativa y penal que, en opinión de esta institución, restringe en exceso los derechos y las libertades fundamentales, de forma incompatible con la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Coincidimos con el análisis de aquellos que defienden que primero se produjeron recortes en derechos económicos, sociales y culturales y que, a raíz de las movilizaciones sociales que estas regresiones provocaron, el Estado ha reaccionado con claros retrocesos en los derechos civiles. Las reformas de 2015 del Código Penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) y de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana –LOSC– (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo) ilustran este punto. En este sentido, no es menor señalar que ambas reformas contaron con informes preceptivos bastante críticos del Consejo de Estado, el Consejo

<sup>4</sup> Entre otros, Asunto Castells contra España, STEDH de 23 de abril de 1992, párr. 46, doctrina que se mantiene a día de hoy.

<sup>5</sup> Entre otros, Asunto Zanca contra Turquía, STEDH de 25 de noviembre de 1997, párr. 55, doctrina que se mantiene a día de hoy.

<sup>6</sup> Informe 2016/17 Amnistía Internacional. *La situación de los derechos humanos en el mundo*, pág. 182.

General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado. Cabe destacar asimismo que ambas leyes han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, no resuelto a día de hoy.

La LOSC implanta un modelo de control administrativo que prioriza la presunción de veracidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado frente a la presunción de inocencia, cimiento de cualquier régimen democrático, con una redacción vaga e imprecisa que permite un excesivo margen de actuación al poder ejecutivo en la restricción de las libertades individuales, incluida la libertad de expresión: en la obligación de identificarse, tanto de nacionales como de extranjeros; en las potestades de la policía de seguridad en cuanto a las entradas y registros, la identificación de personas, la posibilidad de establecer zonas de seguridad, los controles y las comprobaciones; en las actuaciones para el mantenimiento y el restablecimiento de la seguridad ciudadana en reuniones y manifestaciones; en las potestades especiales de policía administrativa de seguridad consistentes en las obligaciones de realizar registros documentales, la enumeración de los establecimientos e instalaciones obligados a adoptar medidas de seguridad, la

supervisión del desarrollo de los espectáculos y las actividades recreativas, la eliminación de las garantías en la identificación, los registros corporales, las medidas de seguridad extraordinarias y el uso de cámaras de video; y, en el régimen sancionador, con un catálogo de sanciones amplias y de importes muy elevados, incluso más costosos que las sanciones económicas del ámbito penal, así como el establecimiento de un registro central de infractores.

La LOSC tiene un enfoque bastante marcado de represión de la protesta y la disidencia política en un contexto de crecientes luchas sociales en la calle. Tanto es así que algunos autores han sido capaces de identificar, para cada tipo de infracción, la protesta en que piensa el legislador.<sup>7</sup> El siguiente cuadro refleja el carácter reactivo de la ley con relación a formas de protesta preexistentes, aunque también es interesante señalar que, según datos oficiales del Ministerio del Interior para el periodo previo a la adopción de la ley (2012-2015), no existe un incremento de conductas (manifestaciones ilegales, etc.) que justifiquen la necesidad de esta.<sup>8</sup>

Multa	Clasificación infracciones	Infracciones relacionadas con protestas	Protesta-tipo
100-600 €	Leves	Celebración de reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas. La responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores.	<b>15-M.</b> (Considérese práctica habitual por parte de los movimientos sociales).
		Exhibición de objetos peligrosos con ánimo intimidatorio, siempre que no constituya delito o infracción grave.	<b>Piquetes de huelgas:</b> llevar varas o palos (quizás las propias pancartas). <b>Movimiento estudiantil</b>
		Incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario que provoquen alteraciones menores.	<b>15-M:</b> manifestación con itinerario desconocido (ha sido algo habitual por parte de los movimientos sociales).
		Falta de respeto a un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS), cuando no sea delito.	<b>Aturem el Parlament, 25-S:</b> enfrentarse a policías que custodian los edificios.
		Ocupación o permanencia en cualquier inmueble contra la voluntad de su propietario, cuando no sea delito. Asimismo la ocupación de la vía pública contra la ley o contra la decisión de la autoridad.	<b>Okupas:</b> por resistirse a desalojos. <b>15M:</b> acampar en espacios públicos cuando lo prohíbe la ley, el alcalde o el subdelegado del Gobierno.

<sup>7</sup> Oliver Olmo, P.; Urda Lozano, J. C. *Protesta democrática y democracia antiprotesta. Los movimientos sociales ante la represión policial y las leyes mordaza*. Pamplona: Pamiela, 2015.

<sup>8</sup> <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/reunion-y-manifestacion1>

Multa	Clasificación infracciones	Infracciones relacionadas con protestas	Protesta-tipo
100-600 €	Leves	No tener DNI o no denunciar su pérdida.	<b>15-M:</b> no llevar el DNI o asegurar en varias ocasiones que se ha perdido
		3. <sup>a</sup> y posteriores pérdidas del DNI en 1 año.	<b>15-M:</b> no llevar el DNI o asegurar en varias ocasiones que se ha perdido
		Dañar o deslucir bienes muebles o inmuebles, públicos o privados, en la vía pública, cuando no constituya delito.	<b>Piquetes de huelgas</b> <b>Movimiento estudiantil</b> (se incluyen las pintadas)
		Escalamiento de edificios o monumentos con riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes.	<b>Greenpeace:</b> escalar el Congreso, escalar edificios y descolgar pancartas, escalar centrales nucleares.
		Remoción de vallas, encintados u otros elementos colocados por las FCS, cuando no constituya infracción grave.	<b>Aturem el Parlament, 25-S:</b> enfrentarse a policías que custodian edificios; quitar vallas que cortan el paso.
601 - 30.000 €	Graves	Perturbación de la seguridad en actos públicos, espectáculos o solemnidades religiosas.	<b>PAH:</b> escraches en medio de mítines. <b>FEMEN:</b> performances en iglesias.
		Perturbación grave de la seguridad en manifestaciones frente al Congreso, el Senado y las asambleas legislativas de las CC. AA., aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya delito.	<b>Aturem el Parlament, 25-S</b> <b>Ciertas protestas obreras o ciudadanas</b>
		Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana.	<b>Piquetes de huelgas:</b> cortar carreteras con la quema de neumáticos.
		Actos de obstrucción dirigidos impedir a un empleado público el ejercicio de sus funciones, siempre que no sean constitutivos de delito.	<b>Aturem, 25-S:</b> cortar el paso y abuchear a diputados nacionales y autonómicos. <b>PAH:</b> escraches a políticos. <b>Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos:</b> dificultar la persecución policial del migrante.
		Desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse o la alegación de datos falsos o inexactos.	<b>15-M:</b> desobediencia pasiva; no llevar encima el DNI y no poder identificarse; negarse a identificarse.
		Negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares públicos por ser estas ilícitas o por haber sucedido alteraciones del orden.	<b>15-M:</b> resistir el desalojo de acampadas; no llevar el DNI encima y no poder identificarse; negarse a identificarse.

Multa	Clasificación infracciones	Infracciones relacionadas con protestas	Protesta-tipo
601 - 30.000 €	Graves	Perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no sea infracción penal.	PAH Protestas en mítines
		Intrusión en infraestructuras que prestan servicios básicos, incluyendo su sobrevuelo, cuando se haya producido una interferencia grave en su funcionamiento.	Greenpeace Protestas ecologistas o ecopacifistas y antimilitaristas*
		Falta de colaboración con las FCS en la averiguación o prevención de delitos.	Todos los movimientos sociales
		Uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o FCS que pueda poner en peligro su seguridad personal o familiar o el éxito de una operación.	15-M: pedir el número de identificación al policía que reprime la manifestación; grabar cómo los policías se propasan con manifestantes y viandantes.
30.001 - 600.000 €	Muy graves	Reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras que prestan servicios básicos o en sus inmediaciones, incluyendo su sobrevuelo, cuando se haya generado un riesgo para la vida de personas.	Greenpeace Protestas ecologistas o ecopacifistas y antimilitaristas*  Las acciones antimilitaristas en instalaciones militares competen a la jurisdicción militar (art. 61 del Código Penal Militar).

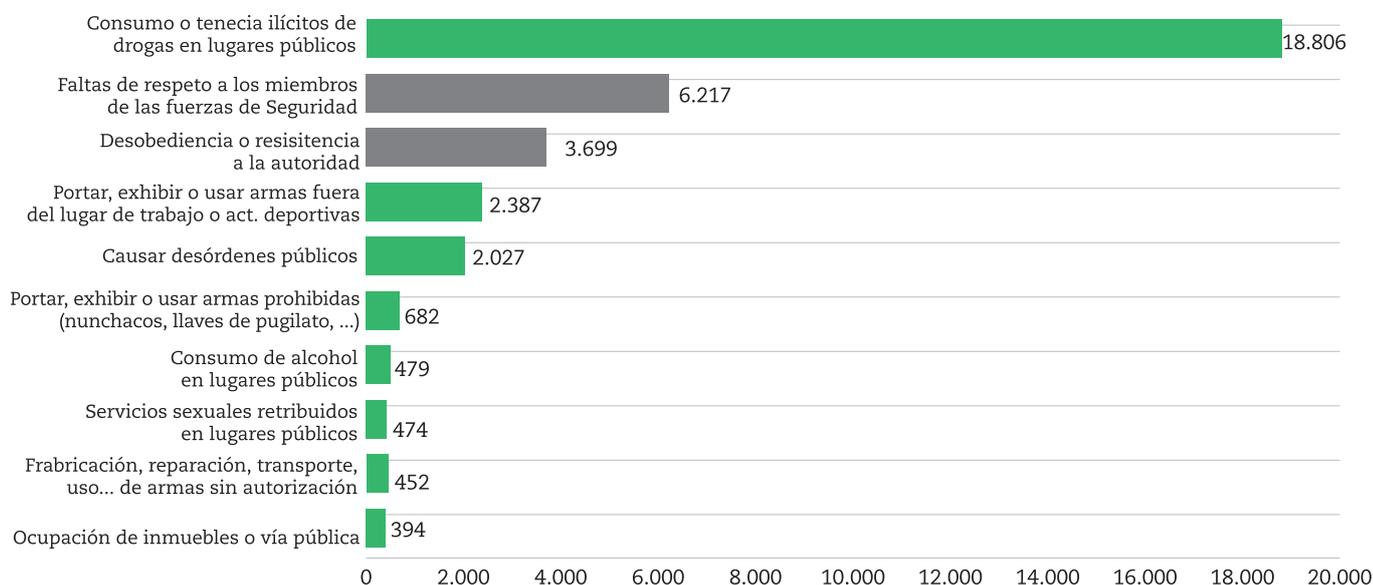
La LOSC dota a las diferentes administraciones del Estado de un mayor número de sanciones administrativas que pueden utilizar para reprimir la protesta social. Esta represión administrativa de la protesta adquiere centralidad y autonomía en el sistema de control-sanción. Adquiere autonomía porque ofrece soluciones ad hoc a las preocupaciones más perentorias de un sistema de poder que se ha visto muy afectado por el alcance, la notoriedad y capacidad de influencia de los movimientos de protesta, con el añadido de un control jurisdiccional más difícil de los tribunales de justicia. Y adquiere centralidad porque la sanción administrativa deja de estar en los márgenes del derecho penal y se coloca en el centro de la defensa de una determinada concepción de orden público. El siguiente gráfico, basado en datos oficiales del Ministerio del Interior, pone de manifiesto el amplísimo uso de la LOSC en los primeros meses de vigencia.

Resulta especialmente significativo, en particular, que en los siete meses que recoge el gráfico se hayan impuesto **más de 10.000 sanciones por faltas de respeto a la autoridad o desobediencia**, infracciones en las que el agente denunciante es, al mismo tiempo, víctima y testigo de los hechos.

No en vano, la institución del Defensor del Pueblo formuló ya algunas recomendaciones generales sobre la aplicación de la LOSC en su Informe de 2015, en el sentido de circunscribirla a alteraciones realmente graves del orden público. Este año, en el Informe correspondiente a 2016, la institución denuncia diversos casos de mal uso, particularmente en cuanto a limitaciones del derecho de reunión y de la libertad de información (apartado 3.4 del informe). Cabe señalar que en la presente legislatura todos los partidos de la oposición se han puesto de acuerdo para, como mínimo, reformar la LOSC, si bien aún es pronto para conocer su alcance.

**Gráfico 1: Sanciones tramitadas en virtud de la Ley de Seguridad Ciudadana**

Incluye los datos de sanciones tramitadas por las delegaciones del Gobierno desde julio de 2015 hasta el 28 de enero de 2016



Fuente: Datos del Ministerio del Interior

En cuanto al **Código Penal**, en el área concreta de los delitos vinculados de alguna manera a la libertad expresión, es importante recordar que no todo exceso del derecho protegido en el artículo 20 de la CE debe traducirse necesariamente en una conducta delictiva. Así, cuando sea difícil precisar la frontera entre un delito y un derecho fundamental, el legislador y el poder judicial deberían escoger siempre la forma de protección del bien jurídico en riesgo menos lesiva con respecto al derecho fundamental en cuestión. Hay que recordar que la jurisprudencia del TEDH viene reiterando que, incluso cuando sea adecuado penalizar una cierta conducta, la legitimidad del Estado para imponer la sanción decae si no respeta un procedimiento justo que acabe con una sanción proporcionada al bien jurídico que se pretende proteger. Lo que está en juego con la desproporción es lo que se conoce como el carácter fragmentario del derecho penal. El derecho penal solo debería aplicarse allí donde sea imprescindible puesto que otras ramas del ordenamiento jurídico pueden ofrecer mejor protección y garantía para los intereses ciudadanos y colectivos con un coste personal y social normalmente menor. Esto siempre y cuando no caigan en los excesos de la actual regulación sancionadora de la LOSC: valga como ejemplo que la inmensa mayoría de las antiguas faltas, derogadas por el vigente Código

Penal, han pasado a la LOSC con una sanción económica superior y con menores garantías de defensa.

**En cualquier caso, una excesiva intervención del derecho penal en la vida social comporta una reducción del ámbito de libertad individual que es incompatible con la idea básica de una sociedad basada en la libertad y es especialmente grave si se utiliza con representantes políticos y cargos electos.**

Las medidas contra personas individuales, especialmente cuando ostentan un cargo electo, deberían ocupar la ultima ratio de medidas a tomar por cuestiones ideológicas que afectaran a la integridad del Estado. Según esta institución, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, se deberían limitar en lo posible a escenarios de violencia, tumultos y en general auténtico riesgo para esa integridad. En caso contrario, la imagen de la justicia utilizada como un instrumento servil en contra de una posición política, a pesar de que desde el punto de vista técnico y jurídico pueda estar justificado, no halla comprensión en gran parte de la sociedad, con el subsiguiente descalabro para el prestigio del Estado de derecho, a la vez que se produce una posible prematura limitación de la libertad de expresión y del debate político.

Por todo ello, se hace necesario buscar posibles interpretaciones orientadas a evitar el recurso a la vía penal para la solución de conflictos políticos. En este sentido, se podría recurrir perfectamente a la antijuridicidad material ausente cuando la conducta no supone una real afectación al bien jurídico protegido por la norma penal. O, si se prefiere, recurrir a las posibilidades de la interpretación teleológica clásica de las normas o a la consideración del derecho penal como ultima ratio que, si bien no sirve para derogar judicialmente las normas penales, debe servir para interpretarlas, al remitirse al principio constitucional de proporcionalidad (STC 136/1996).

Preocupan aquellas interpretaciones que no solo no se orientan a reducir la intervención penal a la ultima ratio sino que parecen buscar precisamente todo lo contrario, por ejemplo, desbordando el concepto de provocación para vincular discursos, que podemos compartir o no, a un delito tan grave como el de sedición, colisionando con el derecho a la libertad de expresión. No está de más señalar que el Código Penal español es amplio en la protección del prestigio de las instituciones penando las injurias dirigidas a la Corona (art. 491), las Cortes Generales y los parlamentos autonómicos (art. 496), el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, gobiernos autonómicos o tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas (art. 504), etc. Estos tipos penales deberían acotarse en la medida en que pueden colisionar con la libertad de expresión. Mientras sigan vigentes, también es posible evitar su aplicación cuando las expresiones no supongan un peligro real para las instituciones constitucionales protegidas, lo que sucede en la mayoría de los casos. Se puede constatar que los sistemas políticos inseguros por su falta de consenso social necesitan recurrir al derecho penal para proteger su prestigio.

Por último y sin entrar en detalles, no se puede dejar de mencionar la adopción, durante la última legislatura, de una tercera legislación vinculada al orden público, la **Ley de Seguridad Nacional** (Ley 36/2015) que, tal y como pone de manifiesto su título preliminar, tiene un alcance muy amplio, en gran parte coincidente en sus objetivos con la Ley de Seguridad Ciudadana, y que se caracteriza por la concentración de poderes en el Gobierno central del Estado.

### 2.3. UN CASO EMBLEMÁTICO DE USO DE LOS DELITOS DE ENSALZAMIENTO DEL TERRORISMO Y DISCURSO DEL ODIOS: EL CASO DE LOS TITIRITEROS

El conocido como *caso de los titiriteros* plantea diversas reflexiones críticas enlazadas todas ellas con la libertad de expresión como derecho fundamental de fondo y los límites que este puede tener, pero en ningún caso se puede afirmar que el uso desproporcionado de los delitos vinculados al terrorismo sea nuevo.

Uno de los episodios más desproporcionados en este sentido fue la detención del chico de 14 años Èric Bertran. En 2004 Èric fue acusado de un presunto delito de amenazas terroristas por haber enviado un correo electrónico a unos supermercados pidiendo el etiquetado en catalán, bajo el nombre de su página web *El Ejército del Fénix*. Treinta agentes de la brigada antiterrorista de la Guardia Civil se presentaron en su casa acusándolo de amenazas terroristas. Semanas más tarde declaró a la Audiencia Nacional durante cuatro horas seguidas. El día siguiente le hicieron un test psicológico de dos horas más y se enfrentaba a una pena de ocho años de reformatorio. Por último la presión popular frente de la empresa que lo había denunciado hizo que se retirara la denuncia y Èric no pudiera ser condenado.

Los hechos de los titiriteros se remontan al 5 de febrero de 2016, cuando la compañía de titiriteros Títeres desde Abajo representó en la plaza del Canal de Isabel II *La Bruja y don Cristóbal*, obra en la que pretendían atacar a los cuatro poderes que rigen la sociedad española, es decir, la propiedad, la Iglesia, las fuerzas de seguridad y los tribunales (cada uno de estos poderes representados por un títere-tipo). El argumento de la obra, presentada en el programa municipal de las fiestas de Carnaval como apta para todos los públicos, incluía la violación de la monja y posterior asesinato del violador, una agresión policial contra la bruja seguida de un juicio que acababa con una condena a muerte por ahorcamiento para la bruja, quien gracias a un ardid acababa haciendo que el juez se colgara a sí mismo, y una vez que el magistrado moría le colgaba una pancarta donde se leía "Gora-Alka-ETA". Con este gesto se criticaban los supuestos abusos policiales y la manipulación de una investigación con pruebas falsas.

Tal y como reconoce el juez del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, resulta relevante mencionar que la obra se representó en esperanto y latín, de manera que su contenido era ininteligible para la mayoría del público. Por sí misma esta circunstancia ya invalidaría la posibilidad de apreciar un delito de odio (art. 510 CP) basado en el menosprecio de las víctimas, así como de un delito de ensalzamiento del terrorismo (art. 578 CP), puesto que no se aprecia el factor de comunicación pública ni de intencionalidad característico de este tipo de delitos.

No obstante, las acusaciones sostuvieron durante el proceso que la simple exhibición pública de la pancarta “Gora-Alka-ETA” supone un acto de ensalzamiento del terrorismo. Esta afirmación parece ignorar que la pancarta es un juego de palabras con los nombres de las organizaciones terroristas Al Qaeda y ETA. Tampoco se puede perder de vista que en definitiva se desarrolla en el marco de una obra de títeres de carácter satírico. Además de la estructura básica del derecho de ensalzamiento del terrorismo, conforme a reiterada y abundante doctrina del Tribunal Supremo (bien compilada, entre otras, en las sentencias de 5 de junio de 2009, 30 de mayo de 2011 y 28 de junio de 2013, todas ellas citadas en el auto) se requiere la presencia de una voluntad incuestionable y principal de alabar la actividad terrorista que presida la conducta de la persona, para que tal delito exista.

En este sentido, dado el contexto de la obra, resulta improbable apreciar la presencia de fundamentos jurídicos sólidos sobre estos hechos para que prospere una acusación en base al artículo 578 del Código Penal. Desde esta perspectiva, el inicio en sí mismo del procedimiento judicial sin ninguna otra prueba más que los hechos de la plaza del Canal de Isabel II resulta especialmente discutible, con independencia del archivo final de la causa.

La misma reflexión se puede hacer de la aplicación, en este y otros casos, del artículo 510 del Código Penal. Hay que recordar que el origen inspirador de este artículo es la lucha contra el discurso del odio o *hate speech*, impulsada tanto desde la Unión Europea como

desde el Consejo de Europa. Este tipo penal requiere una voluntad inequívoca y principal de exaltar el odio y los perjuicios contra un determinado colectivo o bien ofender en el significado como mínimo próximo a la lesión psíquica, en el sentido penal del término, a una persona o a un colectivo. Como tal, ha sido imprescindible para perseguir la distribución de publicaciones nazis en Barcelona o dar amparo a víctimas de persecución por razón de orientación sexual o identidad de género. Sin embargo, es necesario que este importante precepto no sea utilizado con fines diferentes de aquellos para los que fue creado y, como sucede con el delito de ensalzamiento del terrorismo, no parece que en un contexto de humor se pueda dar el elemento de exaltación del odio contra un colectivo. Es necesario que se aprecie la voluntad o dolo, en terminología penal, para que llegue a existir. En este sentido, una valoración crítica del contenido de la obra y de la inadecuación de su representación ante menores de edad –circunstancia por la que el Ayuntamiento de Madrid pidió disculpas– es perfectamente legítima, pero nunca debería ser objeto de un procedimiento penal.

El último elemento que denota una mala administración de la justicia en este caso emblemático es el uso de la prisión preventiva contra los dos titiriteros, durante cinco días, en un caso de desproporción evidente entre los hechos objetivos, su relevancia penal (nula en última instancia) y el uso de los mecanismos de coerción por parte del Estado.

En todo caso, el análisis del caso de los titiriteros, que se podría hacer extensivo a otros supuestos,<sup>9</sup> es claramente ilustrativo del uso desproporcionado del Código Penal para coartar el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión y para intentar castigar penalmente a las voces discordantes con el discurso oficial de las instancias gubernamentales. A pesar de que finalmente se archive la causa –en otros casos hay sentencias absolutorias– este tipo de casos ejemplifica lo que el TEDH ha llamado **efecto disuasivo** (*chilling effect*) que tiene graves afectaciones prácticas en el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Caso de Rita Maestre, concejal de Ahora Madrid en el Ayuntamiento de Madrid, condenada en primera instancia por un presunto delito contra los sentimientos religiosos, si bien fue absuelta posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid.

<sup>10</sup> Asunto Ricci contra Italia, 8 de enero de 2014, pág. 52.

## 2.4. REDES SOCIALES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Las imputaciones por delitos de ensalzamiento del terrorismo y por delitos de odio por expresiones manifestadas en las redes sociales también merecen una mención especial en la medida que parece que los poderes públicos no tienen un criterio claro para diferenciar el ejercicio de la libertad de expresión, por muy molesta que pueda resultar, de lo que son ataques y expresiones de odio hacia personas o colectivos por razón de su pertenencia a un grupo.<sup>11</sup> En cualquier caso, parece que el abuso de estos tipos penales es endémico en la Unión Europea, puesto que, según Amnistía Internacional, el año pasado “se procesó a cientos de personas por delitos de disculpa o enaltecimiento del terrorismo, conculcando su derecho a la libertad de expresión, sobre todo en Francia y, en menor grado, en España, a menudo por comentarios publicados en redes sociales”.<sup>12</sup>

Últimamente ha sido noticia que se estén celebrando en la Audiencia Nacional hasta siete juicios vinculados a expresiones manifestadas en las redes sociales (principalmente Twitter) que la Guardia Civil ha considerado ensalzamiento del terrorismo. Aunque sean consideradas muestras de humor, de dudoso gusto y a menudo ofensivas, un estado democrático debería aceptarlas como manifestaciones de la libertad de expresión.

El resultado de estos juicios es imprevisible, dado que en lo que llevamos de 2017 hay como mínimo cuatro precedentes aparentemente contradictorios. Inicialmente, la condena penal del músico del grupo Def Con Dos, César Strawberry por tuits referidos a Carrero Blanco, el rey, ETA y los GRAPO, y la absolución del concejal de Ahora Madrid, Guillermo Zapata, que reproducía chistes sobre víctimas del Holocausto o sobre la víctima del terrorismo Irene Villa en unos tuits emitidos años antes de ser elegido para el cargo.<sup>13</sup> Últimamente se ha conocido también la

absolución de otro tuitero, Arkaitz Terron, por la Audiencia Nacional (Sentencia de 21 de marzo de 2017). Como en el caso de Strawberry, sus tuits hacían frecuentes referencias a Carrero Blanco. En cambio, la propia Audiencia Nacional ha condenado a un año de prisión y siete de inhabilitación a la joven Cassandra Vera por haber hecho algunos chistes sobre Carrero en Twitter (Sentencia de 29 de marzo de 2017).<sup>14</sup>

Por su parte, y rechazando un criterio excesivamente amplio del delito de odio, el Síndic de Greuges ha abierto actuación de oficio y ha trasladado a la Fiscalía la publicación de tuits agresivos contra los catalanes con ocasión de hechos luctuosos como el accidente del avión de la compañía Germanwings o el asesinato de un profesor en el Instituto Joan Fuster de Barcelona (en este último caso, también la defensora del pueblo se dirigió al fiscal general del Estado), así como por la pitada al himno español en la Final de la Copa del Rey de fútbol de 2015. Al Síndic le consta que la Fiscalía de Cataluña ha iniciado algunas investigaciones en torno a estos hechos y que recientemente se ha producido una condena.

Debido a la confusión existente sobre estos delitos de odio y de enaltecimiento del terrorismo, se debería revisar la legislación vigente y la doctrina jurisprudencial a fin de conseguir un perfecto equilibrio con la libertad de expresión.

## 2.5. EL INFORME GRECO

En un estado democrático y de derecho el respeto escrupuloso del principio de separación de poderes es esencial. En cambio, en opinión de organismos internacionales relevantes, España está dando señales de erosión de este principio.

En este sentido es sintomática la denuncia del Consejo de Europa, en el denominado Informe GRECO, en el que critica al Reino de España por no haber atendido sus recomendaciones para fortalecer la independencia judicial.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Resulta ilustrativo en este sentido, Laia Sierra, “El efecto boomerang de llevar a juicio el discurso del odio”, *eldiario.es*, 21 de marzo de 2017.

<sup>12</sup> Amnistía Internacional, cit. *supra*, pág. 50. Y continua diciendo: “Una propuesta de directiva de la UE para combatir el terrorismo, que al final del año seguía pendiente de aprobación, daba paso a la proliferación de tales leyes.”

<sup>13</sup> Manuel Cancio, “La banalización del terrorismo en España: la Ley y (algunos) jueces”, *eldiario.es*, 3 de marzo de 2016.

<sup>14</sup> Germán Teruel, “Cassandra y por qué tuitear chistes no es delito” *Agenda Pública*, 30 de marzo de 2017.

En 2013 el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa planteó al Reino de España once recomendaciones para combatir mejor la corrupción entre los parlamentarios, los jueces y los fiscales. Casi tres años después, considera que **ninguna de las once medidas propuestas entonces ha obtenido una respuesta satisfactoria**. Seis de ellas ni siquiera se han puesto en marcha.<sup>16</sup> En términos generales, las medidas recomendadas por el GRECO se centran en conseguir una mayor independencia del poder judicial, pero también de la Fiscalía, y en dotar de una mayor transparencia la actividad parlamentaria. La respuesta en los tres capítulos es "decepcionante" y "globalmente insatisfactoria", según el GRECO. Entre otras medidas, el GRECO ha criticado al Reino de España **por no garantizar la independencia del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)**. La institución recuerda al Reino de España que "las autoridades políticas no deben intervenir en ninguna de las etapas del proceso de designación de los magistrados" y destaca que el Gobierno no ha analizado, tal como se le exigió, el resultado en este sentido de la reforma de 2013, que mantuvo la elección de los jueces por el Congreso.

Las críticas al sistema español de elección del CGPJ son particularmente duras en este informe del Consejo de Europa. Y no se debe olvidar que el CGPJ nombra a todos los magistrados del Tribunal Supremo, a los presidentes de los tribunales superiores de justicia y a todos los presidentes de las audiencias provinciales. También cabe destacar que desde la promulgación de la Constitución de 1978 se ha legislado varias veces el mecanismo de elección de los vocales del CGPJ y que ninguno de los sistemas ha servido para asegurar la independencia del gobierno de los jueces.

Entre estas recomendaciones estaba la de analizar y demostrar la efectiva independencia del CGPJ a la luz de la reforma emprendida meses antes. Aquella reforma se aprobó con los únicos votos a favor del Partido Popular y mantenía la potestad del Congreso y el Senado

para elegir a los 20 miembros del CGPJ. Además, hasta ese momento, los cargos nombrados por el Consejo –los principales en la carrera judicial– se decidían en su seno por mayoría cualificada de los vocales (tres quintas partes de los votos). Ahora se hace por mayoría simple, lo que supone un cambio negativo a la vista de los informes anteriores del Consejo de Europa. Este veía en la mayoría cualificada un margen menor para las maniobras políticas, puesto que se requería "un acuerdo entre las fuerzas políticas parlamentarias".

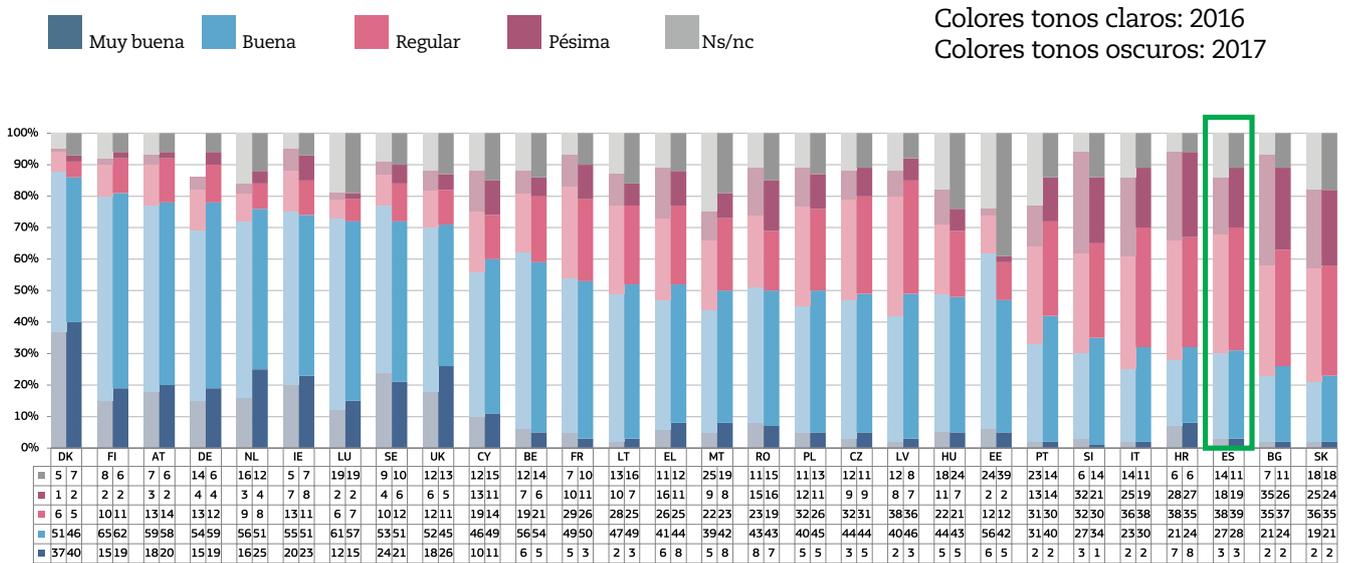
Según el GRECO, el Gobierno español no ha elaborado análisis alguno para demostrar que el máximo órgano de los jueces haya ganado independencia. Únicamente ha alegado ante el Consejo de Europa que "la reforma buscaba el mayor consenso posible en el sistema de nombramientos de los jueces salidos de sus propias filas, lo que apaciguaría el debate político una vez nombrados los magistrados por parte del Parlamento". España también alegó que el método de elección debe ser respetado porque está contenido en la Constitución Española, argumento que no convence al GRECO, que afirma que "la Constitución no precisa las modalidades de selección de los miembros de la magistratura en el CGPJ". No obstante, en opinión de algún autor, se trata de una politización del CGPJ que afecta negativamente al conjunto del sistema judicial.<sup>17</sup> Los expertos europeos en materia de anticorrupción muestran en el informe su inquietud por la opinión generalizada entre los jueces de que su máximo órgano rector no respeta el principio de independencia (según un sondeo interno) y por el hecho de que el Reino de España ocupe aún el vigesimoquinto lugar (de veintiocho) en cuanto a la mala percepción de los ciudadanos con relación a este tema, según un análisis realizado por la UE (en el último Eurobarómetro, España desciende al vigesimosexto en esta percepción de falta de independencia del poder judicial). Para el GRECO es fundamental recuperar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

<sup>15</sup> Groupe d'États Contre la Corruption, quatrième cycle de évaluation, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, *Rapport de conformité sur l'Espagne*, GrecoRC4 (2016) 1, 10 de octubre de 2016.

<sup>16</sup> Las seis medidas que el Reino de España no ha adoptado y que había solicitado el Grupo de Estados contra la Corrupción son: 1. Que el Congreso y el Senado adopten un código de conducta con medidas prácticas de aplicación; 2. Que se realice un registro de lobbistas y un código de conducta para la profesión; 3. Que se tomen medidas para garantizar un control de las obligaciones declarativas de los parlamentarios; 4. Que se analice el marco legislativo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ); 5. Que se legislen criterios objetivos y reglas de evaluación para los nombramientos en las altas funciones de la judicatura, y 6. Que se amplíen los plazos de prescripción de procedimientos disciplinarios de los jueces. Las cinco medidas adoptadas parcialmente son: 1. Que se vuelva a examinar el tipo de datos que han hecho públicos los parlamentarios; 2. Que los jueces adopten un código deontológico público; 3. Que se revise el método de selección y la duración del mandato del fiscal general; 4. Que los fiscales adopten un código deontológico, y 5. Que se establezca un marco reglamentario específico para las sanciones disciplinarias en la fiscalía.

<sup>17</sup> Joan Queralt, "Preservar la Judicatura", *El Periódico*, 17 de octubre de 2016.

Gráfico 2: Percepción de la independencia judicial



Fuente: Eurobarómetro

Existen otros supuestos de falta de respeto institucional a los tribunales, en este caso internacionales. Muestra de ello son la sentencia de la Gran Sala del TEDH de 2012, que declaró ilegal la llamada *doctrina Parot*, en la medida en que significaba una aplicación retroactiva *in peius* de la ley penal; o la más reciente de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a las denominadas *cláusulas suelo*, que obliga a los bancos españoles a devolver íntegramente el dinero cobrado por las tasas de interés mínimo. Ambas fueron recibidas por el Gobierno del Estado con manifestaciones explícitas en contra de su ejecución e intentos de retrasar el despliegue de sus efectos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico español.<sup>18</sup> A pesar de todo, la primera ya está plenamente operativa, por cuanto su puesta en marcha dependía exclusivamente de la Audiencia Nacional, y la segunda también va camino de serlo mediante la intervención del Tribunal Supremo, a pesar de que se niega la retroactividad con fecha anterior a 2013, y además el anteproyecto de ley de contratos inmobiliarios no reconoce el nivel de garantías planteadas por Europa.

## 2.6. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Uno de los mayores exponentes de los últimos tiempos de la difusa separación entre poderes en España ha sido la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, motivada por el proceso soberanista.

### Introducción

Últimamente se ha agudizado el debate social sobre la judicialización de la política y la politización de la justicia (incluyendo la constitucional) como expresión de un debilitamiento de la separación de poderes en España. Un debilitamiento especialmente grave cuando afecta a la institución creada para velar por el respeto a la Constitución. En efecto, los tribunales constitucionales se crean exclusivamente para garantizar que un órgano –el TC– controlará al resto de poderes para que estos últimos respeten la Constitución. Así pues, es imprescindible garantizar su independencia respecto de los demás poderes del Estado.

<sup>18</sup> Sobre el primer caso, se puede ver un buen resumen en este artículo de aquel momento (octubre de 2013): <http://arainfo.org/el-tribunal-de-estrasburgo-desestima-el-recurso-del-gobierno-espanol-y-falla-a-favor-de-ines-del-rio/>

En los últimos años se han producido diversas señales que son indicadoras una crisis institucional del TC y de credibilidad en cuanto a su independencia. Por un lado, se han vivido polémicas como la recusación de uno de sus miembros en la sentencia relativa al Estatuto de Cataluña, las pugnas partidistas y las demoras en su renovación (como está sucediendo ahora en Cataluña con algunas instituciones de relevancia estatutaria), o incluso el hecho de que el hasta hace poco presidente del tribunal tuviera un claro vínculo con el partido político que gobierna en el Estado. Por otro, la reciente reforma de su ley orgánica y la sentencia del TC que la avala significan, en palabras de la entonces magistrada del TC, Adela Asúa, que el TC está “abdicando” del ejercicio de sus funciones.<sup>19</sup>

El análisis de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) que se presenta a continuación se centrará en la sentencia del TC (STC 185/2016, de 3 de noviembre de 2016) en la que este avala la constitucionalidad de la reforma de la LOTIC.<sup>20</sup> Dicho esto, hay que tener en cuenta que no se trata de establecer aquí cuál sería la jurisprudencia correcta. El objetivo es poner de manifiesto que la actuación de las instituciones de acuerdo con los parámetros estatales e internacionales del Estado de derecho es esencial para garantizar los derechos fundamentales de los individuos.

### La reforma

La Ley Orgánica 15/2015, aprobada en las Cortes Generales por la vía de urgencia a finales de la X Legislatura, introduce una nueva redacción del artículo 92.4 de la LOTIC en estos términos:

“4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes

corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.”

La reforma permite que el TC aplique medidas ejecutivas para obligar al resto de poderes a cumplir sus sentencias. **Medidas sancionadoras que son indeterminadas en cuanto al contenido, sin límite temporal, que afectan a personas aforadas, respecto de las cuales no existe posibilidad alguna de recurso y que se tomarían sin audiencia de parte.** En suma, medidas exorbitantes desde cualquier perspectiva democrática del derecho sancionador, ya sea penal o administrativo.

<sup>19</sup> “[...] estamos ante una lamentable “abdicación” en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.” pág. 61 STC 185/2016, de 3 de noviembre de 2016.

<sup>20</sup> Sentencia 185/2016, de 3 de noviembre de 2016, que se puede consultar en: [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2016\\_088/2016-00229STC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2016_088/2016-00229STC.pdf) (posteriormente se produjo la sentencia que resuelve el recurso presentado por la Generalitat de Cataluña, en la que el TC responde en términos parecidos a los de la sentencia comentada. Se puede acceder a la sentencia en: [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2016\\_100/Sentencia\\_2015-07466STC.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2016_100/Sentencia_2015-07466STC.pdf))

Estos cambios fueron impulsados por el Partido Popular en octubre de 2015, cuando contaba con mayoría absoluta en las Cortes Generales, y de las actas de la sesión en que tuvo lugar el debate de la reforma se desprende que su motivación fue única y exclusivamente la lucha contra el proceso soberanista en Cataluña.

La ley fue objeto de dos recursos ante el propio Tribunal Constitucional, que este desestimó en las sentencias 215/2016 y 185/2016, ambas objeto de un voto particular contrario de los magistrados Asúa, Valdés y Xiol.

### Dos apuntes sobre la sentencia

#### *El análisis del contexto social y político de las normas examinadas es capital en los razonamientos de un tribunal constitucional*

Los tribunales constitucionales están llamados a pronunciarse sobre las cuestiones más difíciles que se formula una sociedad. ¿Es constitucional el aborto? ¿Y la eutanasia? ¿Y la clonación? La lista es interminable, como lo son todas aquellas cuestiones que no tienen una respuesta clara en la Constitución, ya sea porque no hay unanimidad al respecto en la sociedad o porque el debate se ha generado en una etapa posconstituyente. Los tribunales constitucionales a menudo deben razonar sobre la constitucionalidad de leyes en las que la sociedad está dividida y en que la Constitución tanto puede ser interpretada para dar la razón a unos como a otros. Esto hace que los tribunales constitucionales deban recurrir a distintos tipos de técnicas interpretativas y una de ellas es la contextualización. En esta sentencia no se conecta en ningún momento el análisis jurídico con la realidad social que ha fomentado la reforma, que no es otro que el proceso soberanista en Cataluña. Tal como apuntan en su voto particular los tres magistrados disidentes, la nueva redacción del artículo 92.4 (*vid. supra*) en realidad no otorga al TC competencias en la ejecución de las sentencias, sino que dota al tribunal de capacidad sancionadora en un ámbito muy concreto: **disciplinar a las autoridades de las comunidades autónomas que no respeten una sentencia del TC**. A pesar de que la norma habla de un poder de coerción del TC para que se ejecuten las sentencias ante el incumplimiento de cualquier

persona, órgano, autoridad, etc., los votos particulares analizan en profundidad el artículo y van eliminando supuestos en los que no sería aplicable, hasta llegar a la conclusión de que solo se podría aplicar ante las actuaciones de gobiernos y autoridades autonómicas. La ausencia de este análisis en la sentencia no hace más que subrayar la voluntad del TC de desconectar el análisis de la norma con las comunidades autónomas. El TC parece no querer hacer patente que no se trata de configurar un poder general sobre la ejecución de sus sentencias, sino uno en particular para constreñir a las autoridades de las comunidades autónomas.

#### *Una potestad anómala para un tribunal constitucional: potestad sancionadora*

El artículo 92.4 LOTC otorga al TC la capacidad de obligar al cumplimiento de sus sentencias mediante sanciones personales. De una parte, hay que tener en cuenta que la ejecución de las sentencias no suele ser un elemento que conforme las competencias de los tribunales constitucionales. Ni el constituyente lo quiso (a pesar de que ciertamente se deja al legislador desarrollar el TC), ni en derecho comparado se puede decir que sea muy común. Más bien al contrario, en los estados de nuestro entorno que cuentan con TC suele ser el ejecutivo el encargado de velar por la ejecución de las sentencias del TC. El hecho de que se otorgue esta capacidad al TC es un elemento más que hace poner en guardia con relación a los vínculos entre gobierno y TC.

Según reiterada jurisprudencia del TEDH (doctrina Engel) y la propia jurisprudencia del TC, a través del artículo en disputa no se dota al TC de medidas para ejecutar una sentencia, sino que se le dota de una nueva potestad sancionadora. Una potestad –como se ha señalado anteriormente– dirigida exclusivamente a personas aforadas, que vulnera el principio de legalidad, puesto que no determina las medidas y tipo a aplicar y que tampoco tiene ningún límite temporal.

El TC no tiene funciones sancionadoras por diseño constitucional, ni en España ni en otros estados con TC,<sup>21</sup> por ello este cambio en la LOTC supone un cambio muy profundo en el dibujo de una de las instituciones básicas del Estado constitucional.

<sup>21</sup> La única excepción en la Unión Europea es Austria y únicamente en lo referente al delito de traición.

Hay que tener muy en cuenta el análisis propuesto en los votos particulares en tanto en cuanto se trata de un cambio que afecta a la estructura del Estado de derecho, así como también directamente a un derecho fundamental (art. 23 CE y art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos). En definitiva, toda medida sancionadora debe respetar las garantías formales y materiales exigidas tanto por la Constitución como por los tratados internacionales ratificados por España. Según los votos particulares, se trata de una norma sancionadora que no respeta estas reglas i que es ambigua, innecesaria y desproporcionada.

La gravedad de la introducción de esta potestad sancionadora crece en la medida en que la CE ya prevé que se pueda disciplinar a las comunidades autónomas que no respeten el orden constitucional (art. 155 CE). En este punto, el magistrado Juan Antonio Xiol señala que “[...] el modelo del artículo 155 CE toma como base la idea del que el conflicto ha de ser resuelto, *prima facie*, por instancias políticas; y, por el contrario, el legislador orgánico en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional está presidido por la idea de la jurisdiccionalización de la reacción estatal por medio del Tribunal Constitucional.” Así pues, estamos ante una politización de la justicia puesto que, disponiendo de vías políticas, se pretende llegar a los mismos resultados rehuyendo la vía política y amparándose en la judicial, incluso creando esta vía cuando no existía hasta entonces, como hace el art. 92.4 LOTC.

### La opinión de la Comisión de Venecia

La Comisión Europea para la democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), órgano de expertos del Consejo de Europa, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la reforma de la LOTC en su sesión de 9 de marzo de 2017.<sup>22</sup> La opinión de la Comisión de Venecia fue requerida por la Comisión de Control de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que había recibido una queja por la reforma de la ley del TC. En síntesis, la Comisión observa que la responsabilidad del TC de garantizar la ejecución de sus propias sentencias es la excepción en derecho comparado y solicita que se reconsidere esta potestad.

La Comisión no considera problemático que el TC inste al Gobierno del Estado a iniciar acciones para la ejecución de sus sentencias, ni que solicite información sobre estos puntos. Pero sí considera cuestionables dos extremos: la capacidad de imponer sanciones económicas de tipo penal con carácter reiterado y la suspensión en sus funciones de los cargos que rehúsen ejecutar las decisiones del tribunal. Sobre este último aspecto, señala: “El ámbito personal de la suspensión de cargo permanece indefinido y se debería especificar. Sería problemático si incluyera a jueces o cargos electos, como la redacción del artículo 92 parece indicar”.

La Comisión de Venecia rechaza que el ejecutivo central cargue sobre el TC la responsabilidad de hacer cumplir sus propias sentencias. Establece que, mediante la reforma, puede parecer que se aumenta el poder del TC, pero lo que se está haciendo es dañar su independencia. La Comisión de Venecia manifiesta expresamente que “la atribución de responsabilidad total y directa de la ejecución de sus sentencias al propio tribunal debería reconsiderarse a fin de promover la percepción del tribunal como un árbitro neutro, como el juez de las leyes”. Añade, en este informe no vinculante, que “para cualquier medida ejecutiva, el tribunal no debería actuar *motu proprio* sino bajo requerimiento de las partes”. La Comisión ve legítimo tomar medidas para asegurar el cumplimiento de las sentencias, pero no cree que sea positivo otorgar esta responsabilidad al TC. De hecho, señala que en derecho comparado la fórmula vigente en el Reino de España es la excepción puesto que, por norma general, esta tarea se atribuye a otro poder estatal. Ante este pronunciamiento de la Comisión de Venecia, el Gobierno central ha estudiado la aplicación del artículo 116 de la CE por si fuera necesario para detener el proceso catalán. El documento de alegaciones que el ejecutivo central envió a la Comisión de Venecia afirma que “si la situación fuera más grave” y no pudiera solucionarse mediante otros instrumentos, como el artículo 155 CE, podría aplicarse el 116, que se refiere al estado de alarma, excepción y asedio.<sup>23</sup> Se trata de la medida más extrema que se puede adoptar en cualquier régimen democrático.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Spain, Opinion, On the act of 16 October 2015 amending the organic law n° 2/1979 on the Constitutional Court, CDL(2017)009, de 13 de març de 2017.

<sup>23</sup> European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Position of Spain regarding its new legislation (Organic Law 15/2015 of 16th October) aimed at the effective enforcement of the constitutional court judgements, Executive summary and report, CDL-REF (2016)034, de 29 de setembre de 2016.

<sup>24</sup> Como reacción a esta información, el experto independiente de la ONU, Alfred de Zayas, ha manifestado en una entrevista que España no puede emplear el estado de sitio para coartar el derecho a la autodeterminación: <http://www.vilaweb.cat/noticies/de-zayas-spain-cannot-invoke-the-state-of-siege-to-destroy-the-right-to-self-determination/>

### 3. REGRESIONES EN DERECHOS Y LIBERTADES EN CATALUÑA

El presente informe no pretende abarcar todas las regresiones y vulneraciones en el ámbito de los derechos y las libertades que se han producido en Cataluña en los últimos años. En los ámbitos de políticas sociales, administraciones públicas y tributos, políticas territoriales, consumo, seguridad ciudadana y justicia, participación, universidades, cultura y lengua se hace una remisión expresa a todo lo que ya se ha constatado recientemente en el último informe del Síndic de Greuges de Cataluña en el Parlamento.<sup>25</sup> En todo aquello que se refiere a las competencias propias del Mecanismo Catalán para la Prevención de la Tortura se hace referencia al último informe anual, con especial incidencia en la interpretación inadecuada de la Directiva europea sobre el derecho a la información de la persona detenida.<sup>26</sup> No serán objeto de este informe, aunque no está de más mencionarlas, sentencias recientes del Tribunal Constitucional que dan prioridad a una discutible interpretación de la distribución competencial entre estados y comunidades autónomas frente a un análisis centrado en la garantía efectiva de los derechos.<sup>27</sup>

En esta segunda parte del informe se hace referencia a casos concretos de persecución penal de cargos electos de carácter local y autonómico en el marco de acciones de carácter eminentemente político. Se analizarán en primer lugar las querrelas por desobediencia y prevaricación que se han interpuesto como consecuencia de la consulta independentista del 9 de noviembre de 2014, o por permitir una tramitación parlamentaria prohibida por el Tribunal Constitucional. Como se observará, en este punto resulta de especial importancia la STC 42/2014, que es el punto de partida para atribuir efectos jurídicos a una resolución parlamentaria de impulso político, lo cual hasta ese momento el TC nunca había aceptado. También se hará referencia a casos de ámbito local vinculados al delito de desobediencia.

Es necesario mencionar algunas manifestaciones de escasa calidad democrática pronunciadas en los últimos tiempos y que afectan tanto a actores políticos e institucionales de Cataluña como del Estado.

#### 3.1. DETERIORO DE LA CALIDAD DEMOCRÁTICA

Una democracia real va mucho más allá del ejercicio del derecho de sufragio, pero es evidente que poder votar en elecciones libres, periódicas, en igualdad de condiciones y sin interferencias ilegítimas es un pilar fundamental de un estado democrático.

En los últimos años, el Síndic ha denunciado varias situaciones que ponen de manifiesto serias deficiencias en los procesos electorales que han tenido lugar en el Estado, incluyendo elecciones en el Parlamento de Cataluña.

Sin ir más lejos, el Síndic de Greuges abrió una actuación de oficio en 2014 a raíz de diversas filtraciones de presuntos informes de la Unidad de Delitos Económicos y Fiscales (UDEP) de la Policía Judicial que involucraban a políticos catalanes en asuntos de corrupción. Estas filtraciones no sólo no tenían la más mínima base factual, sino que se producían coincidiendo con contiendas electorales y con una clara voluntad de influir en dichos procesos. Podría, pues, tratarse de un delito electoral contemplado en la Ley orgánica de régimen electoral general. La investigación fue trasladada a la institución del Defensor del Pueblo que, tras algunas actuaciones, la archivó sin detectar irregularidad alguna. Tampoco se ha esclarecido aún el origen de la filtración ni se han dilucidado las responsabilidades políticas.

En conexión con aquella actuación, diferentes medios de comunicación<sup>28</sup> han dado a conocer el último año la existencia de una operación policial y de inteligencia encubierta contra el proceso soberanista en Cataluña. Las derivadas de esta operación han sido muy

<sup>25</sup> Informe al Parlamento 2016 del Síndic de Greuges de Cataluña.

<sup>26</sup> Informe anual del Mecanismo Catalán para la Prevención de la Tortura, 2016, pág. 129-130.

<sup>27</sup> Es el caso de las sentencias de 2015 sobre la Ley del Síndic en relación con la Autoridad Catalana de Prevención de la Tortura o de 2016 en relación con la Ley contra la pobreza energética, entre otras.

<sup>28</sup> Batallas, Margarita, "Un informe policial confirma que hubo una 'operación Cataluña'". *El Periódico*, 11-07-2016. Otros medios (*eldiario.es*, *Ara*, *elnacional*, etc.) se han hecho eco de estas operaciones.

diversas, pero tienen como hilo conductor el escaso respeto por la disidencia, la libertad de expresión y la separación de poderes en España.

Quizás el caso más chocante para la opinión pública ha sido la revelación de conversaciones con contenido conspirador entre el entonces ministro del Interior, Jorge Fernández Díaz, y el exdirector de la Oficina Antifraude de Cataluña, Daniel de Alfonso, reveladas por el periódico *Público* en junio de 2016. Las reuniones entre ambos se produjeron pocos días antes de la consulta independentista del 9N (2014), y en ellas Fernández Díaz solicitaba al jefe de la Oficina Antifraude que buscara pruebas incriminatorias contra el hermano de Oriol Junqueras, líder de Esquerra Republicana de Catalunya. Además, discutían sobre cómo conseguir datos que permitieran desprestigiar o acusar judicialmente a los líderes de ERC y CDC. Fernández Díaz, por su parte, insinuaba que el presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, estaba informado de las conversaciones.

El Síndic abrió una actuación de oficio en este caso y trasladó los hechos al Defensor del Pueblo y a la Fiscalía del Tribunal Supremo, como hicieron los representantes de algunos partidos políticos. La Fiscalía declinó actuar, mientras que la Sala Penal del Tribunal Supremo ha archivado (con el informe favorable del fiscal a dicho archivo) la querrela interpuesta por el Partido Demócrata Catalán (PDECat) contra el exministro del Interior Jorge Fernández Díaz y el exdirector de la Oficina Antifraude de Cataluña Daniel de Alfonso Laso. Al tratarse de una prueba obtenida ilegalmente, el archivo era quizás previsible. Resulta en cambio insólito que no haya constancia de una investigación judicial sobre la obtención indebida de la prueba, evidentemente delictiva. Tampoco el Gobierno ha facilitado ninguna explicación de los hechos a la opinión pública, lo que supone un claro ejemplo de mala administración, aparte de las posibles responsabilidades penales de los hechos. En la legislatura actual, sin embargo, se ha iniciado una comisión de investigación en el Congreso de los Diputados que podría arrojar luz sobre estos hechos, aunque por el momento el acuerdo de los grupos parlamentarios del PP y del PSOE impide la comparecencia de los altos cargos policiales directamente implicados en el asunto.

En este contexto, no está de más mencionar que el año 2015 –año en el que hubo elecciones municipales, catalanas y generales– el Síndic emitió una resolución en la que ponía de manifiesto algunas deficiencias en los procesos electorales:

- Las dificultades para ejercer el voto por correspondencia, tanto desde territorio del Estado como desde el exterior. En particular, en relación con este segundo supuesto, la implantación del voto rogado a partir de 2011 ha generado unos plazos de emisión de voto prácticamente imposibles de cumplir (lo que, a su vez, ha conllevado un importante descenso de la participación de votantes en el extranjero.

- Discriminaciones a la hora de ejercer el derecho de voto de personas con discapacidad, en particular personas con discapacidad visual y ceguera, movilidad reducida y, sobre todo, personas incapacitadas legalmente, con sentencias judiciales que limitaban innecesariamente este derecho.

- La mala praxis de los bloques electorales en televisiones públicas y el hecho de que las televisiones privadas tampoco respetaran una mínima ponderación en la participación de diferentes sensibilidades políticas. En relación con este aspecto en particular, el Síndic publicó el *Informe sobre el derecho de voto, igualdad y proporcionalidad en la campaña electoral (septiembre de 2015)* en el que se daban datos que demostraban un sesgo de las televisiones privadas marcadamente favorable a los grandes partidos tradicionales de ámbito estatal antes y durante la campaña electoral.

- En el marco de las elecciones catalanas de septiembre de 2015, la vulneración, por parte de una entidad privada, de la Ley electoral, que prohíbe a las personas jurídicas diferentes a partidos y candidatos "hacer campaña electoral a partir de la fecha de la convocatoria de las elecciones". La Junta Electoral Provincial de Barcelona constató dicha vulneración, pero lo hizo el mismo día de los comicios y sin abrir expediente sancionador.

Algunas de las deficiencias señaladas en aquel informe pueden considerarse de carácter técnico y están en vías de superación (las limitaciones a la restricción de voto en supuestos de incapacitación judicial, por ejemplo; o, en algunos medios, la cuestión de los bloques electorales). No obstante, las

interferencias más graves en la calidad democrática de los procesos electorales (filtración de informes en plena campaña, informaciones sesgadas, vulneración de la Ley electoral) no han tenido la más mínima respuesta por parte de los órganos competentes (Fiscalía y juntas electorales, según el caso).

La misma falta de calidad democrática se puede mantener ante el insuficiente impulso de las políticas de memoria democrática en el Estado y, en menor medida, en Cataluña (en particular, en algunas localidades donde se ponen trabas a la retirada de símbolos franquistas). A lo largo de los años, el Síndic ha actuado tanto a instancia de parte como de oficio en diferentes aspectos vinculados con la recuperación de la memoria democrática. El año pasado, coincidiendo con el 80 aniversario del inicio de la Guerra Civil, se abrió una actuación de oficio con la finalidad de destacar aquellos apartados más relevantes del informe del relator especial de la ONU, Pablo de Greiff, sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, en la que se evidencia que el Estado español no ha afrontado el pasado ni ha hecho suficiente justicia.

Según de Greiff, los vacíos más grandes se manifiestan en relación con la verdad y la justicia. "Nunca se estableció una política de estado en materia de verdad, no hay información oficial, ni mecanismos para aclarar la verdad".<sup>29</sup>

El informe del relator se articula con referencia a los principios y las directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos que llevan aparejados el reconocimiento de los siguientes derechos: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, el derecho a la reparación y el derecho a las garantías de no repetición (Resolución 60/147, de 16 de diciembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas).

A estos efectos, el informe recomienda al Estado que muestre un compromiso decidido para dar vigencia plena, con carácter prioritario, a los mencionados derechos. Asimismo, estima que debe evaluarse con rigor la

aplicación de la Ley de memoria histórica y su uso efectivo por parte de las víctimas para ajustar los modelos y medidas a sus reclamos, estableciendo canales de comunicación entre las autoridades competentes, las víctimas y las asociaciones, sin que en ningún caso las limitaciones de recursos puedan justificar una inacción a favor de estas medidas. Contrasta este posicionamiento de la ONU con la política de los sucesivos gobiernos españoles (falta de apertura de fosas, anulación de consejos de guerra, etc.), que tiene como expresión emblemática la preservación monumental del Valle de los Caídos.

Como hemos visto, el aparente deterioro de la calidad democrática no es privativo de las instituciones del Estado. El Síndic ha abierto a principios de 2017 dos actuaciones de oficio a raíz de las declaraciones como mínimo desafortunadas de cargos políticos catalanes. En primer lugar, de un senador independentista que afirmaba, entre otras cosas, que el Gobierno de Cataluña tenía listas de "afectos y desafectos" a la causa independentista, así como datos protegidos de los ciudadanos de Cataluña como los de carácter fiscal. La respuesta del Departamento de Economía ha sido, además de negar cualquier verosimilitud a estas manifestaciones, someter la Agencia Tributaria de Cataluña a una auditoría de protección de datos, aunque no ha estimado necesario, contra el criterio del Síndic, iniciar acciones legales para defender el buen nombre de la Generalitat.

En segundo lugar, por las declaraciones en sede parlamentaria de la consejera de Gobernación en las que animaba a los funcionarios de la Generalitat a solicitar un día de asuntos propios para apoyar a los ex-altos cargos del Gobierno catalán en el primer día del juicio por el caso 9N. A pesar de las disculpas públicas de la consejera, el Síndic ha manifestado que resulta inadmisibles hacer este tipo de indicaciones por parte del responsable político de todo el funcionamiento de la Generalitat, y recibió respuesta clara del Departamento en el sentido de no haber emitido, ni tener previsto emitir, ninguna instrucción, circular o recomendación oficial sobre este asunto.

<sup>29</sup> Informe del relator especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Misión a España. Doc. A/HRC/27/56/Add., de 22 de julio de 2014.

### 3.2. ALGUNOS CASOS RECIENTES DE JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Como se ha señalado en la primera parte de este estudio, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pide una protección especial a la libertad de expresión de las personas que ostentan cargos de representación. Es por dicho motivo que esta segunda parte se centra en procedimientos judiciales dirigidos a políticos por actos realizados en el ejercicio de sus funciones.<sup>30</sup>

Antes de analizar los casos concretos, cabe recordar que es de especial importancia la STC 42/2014, puesto que es el punto de partida a la hora de atribuir efectos jurídicos a una resolución parlamentaria de carácter meramente político.<sup>31</sup> Esta sentencia supuso un cambio de gran trascendencia en la jurisprudencia constitucional puesto que hasta entonces siempre había defendido (STC 40/2003) que las resoluciones parlamentarias de impulso político no tenían efectos jurídicos y no eran impugnables jurisdiccionalmente. Al cambiar este criterio, la sentencia 42/2014 permite la sujeción a control jurisdiccional de resoluciones parlamentarias de carácter estrictamente político, tal como se podrá comprobar más adelante.

**1. La imputación y la condena** del expresidente de la Generalitat de Cataluña y tres de sus consejeros ha llamado la atención incluso de órganos de supervisión de los derechos humanos de la ONU.<sup>32</sup>

El 27 de septiembre de 2014 el entonces presidente de la Generalitat, Artur Mas, firmó el Decreto 129/2014, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, de acuerdo con los artículos 4.2 a) y 10.1 de la Ley 10/2014, de 26 de

septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana, aprobada el día anterior. La consulta se convocó para el día 9 de noviembre de 2014.

Este decreto provocó la convocatoria extraordinaria de un consejo de ministros del Gobierno español que se celebró en La Moncloa el día 29 de septiembre (sábado) y, tras el informe preceptivo del Consejo de Estado (reunido domingo) se presentaron recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de consultas y el Decreto de convocatoria ante el Tribunal Constitucional, que se reunió de forma extraordinaria el lunes siguiente, por primera vez desde su creación, para admitir a trámite los recursos presentados por el Gobierno. Con la admisión de los recursos se suspendían automáticamente de forma cautelar durante cinco meses la Ley de consultas y el Decreto de convocatoria.

Esta suspensión judicial conllevó que el 14 de octubre el entonces presidente Artur Mas hiciera un anuncio verbal de convocatoria desde el Palacio de la Generalitat de Cataluña de un proceso de participación ciudadana que incluía una consulta con la misma pregunta y que se llevaría a cabo el mismo día que figuraba en el Decreto suspendido.

Frente a esta declaración política, el Gobierno español presentó ante el TC una nueva impugnación que provocó la providencia cautelar del 4 de noviembre de 2014; instrumento legal que sería utilizado más tarde para la imputación penal de los cargos electos.

Cabe destacar que aunque el ejecutivo había instado a los magistrados del TC a que, en su resolución, advirtieran al presidente de la Generalitat de la obligación de cumplir esta suspensión y de las responsabilidades e infracciones que supondría ignorarla, este

<sup>30</sup> La clase política no es la única afectada en su libertad de expresión. En este sentido, vale la pena recordar que el 9 de marzo de 2017 el Tribunal Supremo desestimó la demanda de la magistrada Àngels Vivas por haber sido preterida por el CGPJ en el nombramiento como presidenta de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto de otro candidato manifiestamente menos cualificado. El TS manifiesta de forma explícita que, a pesar del derecho a la libertad de opinión y expresión de que goza la magistrada, el hecho de haberse posicionado abiertamente en favor del denominado *derecho a decidir* tiene consecuencias. Y que "nadie puede esperar un trato de favor" (sic) si "expresa públicamente sus opiniones sobre cuestiones socialmente controvertidas, ni menos aún sobre iniciativas políticas de muy dudoso encaje constitucional". Cabe decir que el Tribunal tampoco pondera la condición de mujer de la magistrada y la obligación de equilibrar los cargos públicos por razón de género.

<sup>31</sup> Joan Víntró, "El Tribunal Constitucional y el derecho a decidir de Cataluña: una reflexión sobre la STC de 25 de marzo de 2014", *Blog Revista catalana de dret públic*, 2 de abril de 2014.

<sup>32</sup> Preocupación que han constatado las Naciones Unidas mediante el experto independiente sobre la promoción de un orden democrático y equitativo, Alfred de Zayas. Mediante nota de 30 de enero de 2017 manifiesta su preocupación por "la campaña difamatoria denominada 'Operación Cataluña' contra dirigentes políticos catalanes" y por el hecho que "los juicios contra antiguos dirigentes que organizaron el referéndum continúen".

advertimiento no aparece en la providencia cautelar.

Se entra en este punto en la dimensión penal del conflicto, que es la que el Síndic considera de más dudosa legitimidad y donde se constata la influencia que el ejecutivo tiene sobre la Fiscalía.<sup>33</sup> Esta incidencia fue pública en este caso y supuso una importante crisis institucional del Ministerio Fiscal al producirse, en un primer momento, una grave discrepancia entre los **fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que finalmente concluyeron que no existían fundamentos jurídicos para imputar a los miembros del gobierno catalán.**

Los fiscales del TSJC argüían que la suspensión cautelar de la consulta fue automática, puesto que así lo establece la ley cuando el Gobierno recurre la decisión de un gobierno autonómico, y señalaban que **el Constitucional no emitió ninguna orden expresa sobre el alcance de su prohibición.** Manifestaban también que la suspensión del TC no incluía un requerimiento y una prevención expresa que advirtiera a las autoridades vinculadas a la organización de la consulta del 9N que no debían colaborar en la misma y de las responsabilidades penales en las que podrían incurrir en caso de hacerlo.

No obstante, dado el carácter jerárquico de la institución, el fiscal superior de justicia de Cataluña tuvo que firmar la querrela por orden del fiscal general del Estado.<sup>34</sup>

Un año y medio más tarde, mientras se debatía la fallida investidura de la XI legislatura, la Fiscalía solicitó al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que propusiera al Tribunal Supremo investigar el exconsejero de la Generalitat Francesc Homs, entonces diputado del Congreso, por el papel que había tenido en la organización de la consulta del 9N. La pena que se solicitaba para todos los investigados era la de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos.

En el momento de presentar este informe, ya se ha producido la vista oral y dictado sentencia de los dos juicios. En estas vistas orales se ha producido el absurdo de un intercambio de testigos en ambos procesos, puesto que investigados por el TS han declarado como testigos ante el TSJC y, al mismo tiempo, investigados por el TSJC han tenido que declarar como testigos en Madrid.

El 13 de marzo de 2017 el TSJC dictó sentencia de condena contra Mas por un delito de desobediencia (dos años de inhabilitación y multa de 36.500 euros), Ortega (un año y nueve meses de inhabilitación y multa de 30.000 euros) y Rigau (un año y medio de inhabilitación y multa de 24.000 euros), mientras que se les absolvió del delito de prevaricación. Por su parte, el 22 de marzo de 2017, el Tribunal Supremo ha condenado Homs a un año y un mes de inhabilitación, con multa de 30.000 euros.

Cabe destacar que la sentencia se separa de la pacífica jurisprudencia (hasta ahora) del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la necesidad de una orden explícita, personal y directa, así como un requerimiento formal, por apreciar el delito de desobediencia.<sup>35</sup>

La existencia de dos sentencias por los mismos hechos pero con diferentes imputados ante instancias entre las que hay una relación de jerarquía jurisdiccional resulta como mínimo compleja y, ante el anuncio de la interposición de un recurso contra la sentencia del TSJC, que necesariamente deberá dirimirse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (que es el que ha juzgado y condenado a Francesc Homs), habrá que comprobar que la composición efectiva del tribunal no sea la misma que ha juzgado los mismos hechos respecto de otra persona.

Con independencia de las sentencias, resulta insólito haber juzgado una acción política sin efectos jurídicos y que únicamente dio un resultado de valor político y de expresión

<sup>33</sup> Cabe recordar que el Ministerio Fiscal es una institución jerárquica cuyo control final recae en el fiscal general del Estado, cargo designado por el Gobierno. Este dato puede provocar que se cuestione su independencia e imparcialidad en casos que son de interés por el Gobierno.

<sup>34</sup> Un año antes, en marzo de 2013, el entonces fiscal superior de Cataluña, Martín Rodríguez Sol, tuvo que dimitir tras haber expresado que la consulta catalana "podría ser legal". Y es también significativo que un mes después de imponer la querrela, en diciembre de 2014, fuera el mismo fiscal general del Estado el que dimitiera, entre otras cuestiones, por estar en desacuerdo con las presiones del Gobierno a la Fiscalía por razón del 9N.

<sup>35</sup> Jaume Alonso-Cuevillas: "Ni desobediència, ni prevaricació", *La Vanguardia*, 11 de febrero de 2017.

ciudadana. Resulta desproporcionado que estos hechos puedan llegar a tener efectos penales, cuando la respuesta que debería haberse dado es una acción política activa desde los gobiernos y desde los partidos políticos.

**2. La Resolución 1/IX del 9 de noviembre de 2015** proclamó el Parlamento de Cataluña como "depositario de soberanía" y afirmó un proceso constituyente de "desconexión democrática" al margen de la voluntad y la autoridad de las instituciones del Estado. La Resolución, que era de carácter político y en ejercicio de la función parlamentaria de impulso, fue objeto de recurso por parte del Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional, que, siguiendo el camino abierto por la STC 42/2014, admitió la impugnación del Gobierno del Estado y de esta forma aceptó entrar definitivamente en el proceso de judicialización de la política en el caso catalán. La providencia del alto tribunal incluyó el mandamiento de realizar una notificación expresa a la presidenta del Parlamento, que fue publicada en los diarios oficiales pocos días después.

Sin embargo, el 20 de enero de 2016, el Parlamento de Cataluña aprobó la nueva Resolución 5/XI, directamente vinculada al contenido de fondo y propósitos de la resolución anteriormente objeto de recurso, y se encargó la creación de una comisión de estudio del proceso constituyente. A partir de aquí la abogacía del Estado promovió un incidente de ejecución de la STC 259/2015, que fue estimada por el TC en el auto del 19 de julio de 2016. El auto advertía "a los poderes implicados y a sus titulares, especialmente a la Mesa del Parlamento, bajo su responsabilidad, de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que supusiera ignorar o eludir los mandatos enunciados", haciendo referencia a las conclusiones de dicha Comisión de Estudio. En este punto, cabe recordar que la capacidad del TC de ejecutar sus sentencias le viene otorgada por la Ley orgánica 15/2015, aprobada en las Cortes por la vía de urgencia al final de la X legislatura.

Pese al aviso, el 20 de julio de 2016 se publicaron en el *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña* las conclusiones de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente. Posteriormente, la presidenta permitió que estas conclusiones pudieran incluirse en el orden del día del Pleno

del día 27 de julio de 2016, a petición de dos grupos del Parlamento (Junts X Sí y la CUP), dando lugar, tras las votaciones correspondientes, a una nueva resolución, la 263/XI. **La Fiscalía, en su Querella 10/2016, considera que la presidenta del Parlamento nunca debería haber autorizado estas votaciones** ni la publicación de las conclusiones de la Comisión de Estudios en el *Boletín Oficial*, puesto que tiene la autoridad para impedirlo (junto con la Mesa) y la obligación de hacerlo, habiéndole sido expresamente notificado por el Tribunal Constitucional.

En fecha de 22 de febrero de 2017, cumpliendo con el mandato del Tribunal Constitucional, la Fiscalía Superior de Cataluña presentó una **nueva querella** contra Carme Forcadell por la aprobación en el Parlamento el 6 de octubre de 2016 de una resolución relativa a la celebración de un referéndum sobre el futuro político de Cataluña. La Fiscalía solicitó al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que ampliase la investigación ya abierta a la presidenta del Parlamento por este nuevo hecho. Además solicitó también que se investigara al vicepresidente de la Mesa, Lluís Corominas; a la secretaria primera, Anna Simó, y a la cuarta, Ramona Barrufet. Les responsabiliza de los delitos de desobediencia y prevaricación.

La querella da especial relevancia al papel de Forcadell, y afirma que ella era consciente de la sentencia del TC que anula la Resolución 1/XI de 9 de noviembre de 2015 y que su conducta al permitir la votación de la resolución del referéndum "evidencia aún más su obstinada y permanente voluntad de incumplir los mandatos constitucionales". Lo mismo señala del resto de querellados, en cuanto al delito de desobediencia.

En cambio, la querella excluía al secretario tercero de la Mesa del Parlamento, Joan Josep Nuet (EUJA), a pesar de que votó dos veces a favor de incluir en la votación del pleno del 6 de octubre de 2016 la resolución del referéndum. Expone que Nuet "no pretendía, como el resto de querellados, incumplir los mandamientos del TC ni sacar adelante un proyecto político con total menosprecio a la Constitución". La Fiscalía tenía en cuenta la trayectoria del diputado a la hora de excluirlo de la querella. Manifestaba que sus años como parlamentario "evidencian la falta de voluntad de sumarse al proyecto político de ruptura unilateral con el sistema constitucional". Por

ello consideraba que Nuet no actuó con la voluntad de desobedecer al TC como el resto de querellados sino que lo hizo "por la creencia errónea de estar cumpliendo con sus funciones como miembro de la Mesa del Parlamento". Consideraciones que han sido desmentidas públicamente por Joan Josep Nuet.

La magistrada ha suprimido esta diferencia de tratamiento personal en la persecución penal de unos mismos hechos. En estos casos hay que señalar que la actuación de la presidenta del Parlamento y de los miembros de la Mesa quedaba protegida por la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria. Como ha puesto de manifiesto la profesora Mercè Barceló, el artículo 57 del Estatuto establece que **"los miembros del Parlamento son inviolables por los votos y las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo"**, principio avalado por consolidada jurisprudencia que se inicia con la Sentencia 36/1981 del TC.<sup>36</sup> Es en ejercicio de este cargo, como presidenta o como miembros de la Mesa del Parlamento, que se produjeron los actos y votos de los querellados. En este sentido hay que subrayar que las decisiones de la presidenta y de los miembros de la Mesa en estos casos son actuaciones de contenido político, y no meramente administrativo, ya que la determinación del orden del día y la admisión a trámite de las iniciativas son elementos esenciales para la formación de la voluntad libre del Parlamento y es esta formación libre de voluntad el sentido teleológico más profundo que el Tribunal Constitucional da la prerrogativa de la inviolabilidad.

**3. En el ámbito municipal**, se han producido diversas iniciativas penales contra cargos electos vinculadas al delito de desobediencia y la libertad de expresión. En el caso de la **alcaldesa de Berga**, los hechos se remontan a las campañas electorales de las elecciones catalanas del 27 de septiembre y las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015, durante las cuales la bandera estelada (como símbolo del movimiento independentista, no de un partido) permaneció colgada de la fachada consistorial de Berga, a pesar de las notificaciones de la Junta Electoral que exigían su retirada hasta después de los comicios.

Merece la pena recordar que la norma que regula la presencia de banderas en los edificios institucionales, la Ley 39/1981, de 28 de octubre, exige la presencia de la bandera española oficial, así como, en su caso, la de las banderas autonómica y municipal, sin prohibir la presencia de otros símbolos y enseñas. Por lo tanto, en el caso de que el ayuntamiento cumpla con la presencia de las banderas oficiales, nada le impide dentro de la ley añadir otros símbolos, como por otra parte sucede a menudo (banderas del arco iris, lemas a favor de los refugiados o contra la violencia machista, etc.).

Citada dos veces a declarar por estos hechos, en ambas ocasiones la alcaldesa no compareció. Finalmente, el juzgado de instrucción nº 1 de Berga emitió una interlocutoria en la que solicitaba la detención de Montserrat Venturós en virtud del artículo 487 LECrim. Por la mañana siguiente, alrededor de las siete y media, los Mossos d'Esquadra se presentaron en el domicilio de la alcaldesa y la condujeron hasta el juzgado, donde acudió sin oponer resistencia.

En fecha de 1 de marzo de 2017 el juez de Berga archivó la causa contra Montserrat Venturós al considerar que el hecho de no descolgar una estelada del balcón del Ayuntamiento no es constitutivo de delito porque no se puede entender como un acto de propaganda electoral. La Fiscalía ha anunciado que recurrirá contra el archivo de la causa.

En opinión de esta institución, un óptimo juicio de ponderación entre los bienes jurídicos a proteger, en este caso la neutralidad de los espacios públicos en campaña electoral como una garantía para los ciudadanos de su buen desarrollo, aconseja limitar el uso de leyes penales únicamente a los casos graves que pongan en riesgo el verdadero desarrollo pacífico de una campaña electoral así como acciones encaminadas al falseamiento de los escrutinios o la coacción de los votantes. En el resto de casos, debería ser suficiente una sanción administrativa de cuantía proporcional al daño cometido. Una legislación en este sentido respondería mucho mejor a la noción del derecho penal como última ratio del Estado defendida tanto

<sup>36</sup> Mercè Barceló, "La inviolabilidad parlamentaria", *El Periódico*, 5 de marzo de 2017.

por el Tribunal Constitucional español como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**4. Siguiendo en el ámbito municipal**, hay que mencionar la imputación del concejal de Vic **Joan Coma**, ya que a pesar del reciente sobreseimiento del proceso por parte de la Audiencia Nacional el 3 de abril de 2017, el delito de prevaricación puede continuar vivo en el Juzgado de Vic.

En el Pleno del Ayuntamiento de 9 de diciembre de 2015, el concejal Coma propuso "no supeditar las decisiones de nuestras instituciones a las decisiones de las instituciones españolas, y en particular del Tribunal Constitucional, carente de legitimidad y competencia". E hizo un llamamiento a la desobediencia, añadiendo que "para hacer una tortilla hay que romper los huevos", refrán clásico catalán con el cual asumía la consecuencia de soportar los riesgos de la desobediencia.

La querrela de la Fiscalía contra Joan Coma se fundamenta en el artículo 548 del Código Penal, es decir, provocación, conspiración o proposición (es decir, actos preparatorios) para la sedición. Ahora bien, si se analiza la definición de este delito resulta que el Código Penal lo define como una variante del delito de rebelión que implica un levantamiento llevado a cabo de forma "pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales".

Indudablemente, el concejal apelaba a la desobediencia como una vía para impedir que las autoridades centrales españolas y determinadas resoluciones judiciales, en especial las emitidas por el Tribunal Constitucional, detuvieran el proceso, incluso en el caso en el que este vulnerara la legalidad vigente. Ahora bien, parece como mínimo atrevido deducir que su pretensión era que tal propósito se articulara por medio de un desorden público tumultuario, término que puede relacionarse con motín o disturbio vinculado a una agitación multitudinaria.

Ninguno de los hechos de la causa permite apuntar a un riesgo de inminencia de un desorden tumultuario ni a que las declaraciones de Joan Coma fueran en esta línea. En este sentido, las declaraciones de Joan Coma deben considerarse dentro del ámbito de la libertad de expresión. En este marco, cada uno puede valorar si son o no adecuadas, si se trata de unas palabras coherentes con alguien que cree firmemente en el proceso, o bien si abogar por la desobediencia constituye una irresponsabilidad por parte de un cargo público. De todas formas, resulta desmesurado que estas declaraciones deban considerarse de interés penal.

De nuevo, aunque el proceso haya acabado en un sobreseimiento, el hecho de que se haya abierto una causa penal con fundamentos tan escasos constituye un atentado a la libertad de expresión y una forma de presión hacia la autocensura del discurso público.

Otra dimensión del caso, que también se produce en el asunto Venturós, es la incomparecencia de Joan Coma ante las citaciones judiciales. En este caso, el juez de la Audiencia Nacional ordenó su detención y traslado a Madrid para declarar. Tras la declaración, fue puesto en libertad, se le retiró el pasaporte y se le acordó la obligación de comparecer al Juzgado cada vez que fuera requerido.

Tanto en el caso Venturós como en el caso Coma, los imputados tenían derecho a no declarar ante el juez. No obstante, siguiendo una interpretación muy tradicionalista, que actualmente debería ser rechazada, se ha ordenado su detención y conducción a presencia judicial –con un costoso y molesto traslado a Madrid en el segundo caso– para que los sujetos, ya ante el juez, manifiesten de nuevo que no quieren declarar, a lo cual tienen derecho, o aprovechen para hacer una manifestación política y después queden en libertad. Los sujetos investigados no son ni testigos ni peritos. No tienen obligación de colaborar activamente con la justicia puesto que están amparados por su derecho al silencio y a no aportar pruebas contra ellos mismos. Diferente situación sería si existiera riesgo de fuga, por ejemplo, algo que nadie ha aducido.<sup>37</sup> En estas situaciones debería considerarse la

<sup>37</sup> Jordi Nieva: "Judicializar la política", *Agenda Pública*, 8 de enero de 2017.

posibilidad de establecer que los imputados que voluntariamente no quieran comparecer pudieran notificarlo al juzgado, permitiendo a este continuar con las actuaciones y la instrucción sin necesidad de practicar una detención.

5. Finalmente, se mencionará la polémica surgida en torno al **caso de los concejales de Badalona** por los hechos ocurridos el 12 de octubre de 2016. Este caso demuestra la sensibilidad social y mediática que existe alrededor de los símbolos, como puede ser el Día de la Hispanidad, así como lo que podríamos considerar una sobreactuación del Gobierno del Estado (a través de su Delegación en Cataluña y la Abogacía del Estado) que esta vez no ha prosperado judicialmente.

La cronología de los hechos es la siguiente: El 2 de mayo de 2016 el Ayuntamiento de Badalona dictó una resolución relativa al calendario laboral del consistorio que permitía que aquellos empleados públicos que lo desearan pudieran trabajar el día 12 de octubre, cambiando el festivo de ese día por otro a escoger entre el 1 de abril de 2016 y el 9 de octubre de 2016.

Meses más tarde, el 10 de octubre de 2016, la delegada del Gobierno en Cataluña emitió una resolución que declaraba que interpondría un recurso contencioso-administrativo a los tribunales contra la resolución municipal de Badalona. Hay que recordar que el artículo único de la Ley 18/1987, de 7 de octubre, declara Fiesta Nacional de España el 12 de octubre. Por su parte, el artículo 37.2 del Estatuto de los trabajadores sitúa esta fecha entre las pocas fiestas a respetar "en todo caso", haciendo incluso indisponible por el Gobierno central su traslado a lunes.

El mismo día 10 de octubre, el abogado del Estado interpuso el recurso contencioso-administrativo solicitando entre otras cosas la adopción de medidas cautelarísimas sin audiencia a la parte contraria. Al día siguiente, el magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 14 de Barcelona dictó una interlocutoria que contenía como medida cautelarísima la

suspensión de toda efectividad de cualquier actuación administrativa del Ayuntamiento, incluida la vía de hecho, que implicara abrir sus locales o dependencias al público o a los trabajadores públicos dependientes del consistorio el día 12.<sup>38</sup>

El día 12 alrededor de las 8:30 horas los dos concejales que serían investigados en la causa se presentaron frente al edificio de El Viver, donde invocaron el derecho y el deber de desobedecer en aras de proteger la "soberanía municipal" ante los tribunales del Estado. A continuación se rompió la interlocutoria del día anterior y entraron en el recibidor del edificio. Pocas horas más tarde, hacia las 13:45 horas, el Partido Popular de Badalona interpuso una denuncia ante el juzgado en funciones de guardia por estos hechos, solicitando como medida cautelar "el cierre inmediato del Ayuntamiento". El juzgado en funciones de guardia solicitó a los Mossos d'Esquadra que comprobaran los hechos denunciados. El cuerpo policial contestó que el Ayuntamiento se encontraba cerrado.

En su auto de sobreseimiento libre, el titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Badalona expone que los hechos denunciados únicamente podrían ser constitutivos de un delito de desobediencia tipificada en el artículo 410 del Código Penal, pero los hechos probados no se adecúan a este tipo. En realidad, según el juez, las actividades de los concejales fueron una *performance* y las representaciones artísticas con cierto grado de improvisación no son objeto de conocimiento penal. El juez apunta que todos los elementos están demasiado bien calculados: sólo entrar en el vestíbulo del edificio sin "ponerlo en marcha", que nadie pudiera entrar si no era acompañado por un concejal, las fechas de los sellos municipales (del día 13, no del 12), la prohibición de la presencia de cualquier empleado público en El Viver, etc. Los concejales protagonizaron un gran espectáculo afirmando que desobedecían, pero nunca tuvieron intención de traspasar la línea de la legalidad. Por esto el juez concluye su interlocutoria solicitando el sobreseimiento libre.

<sup>38</sup> Aquel mismo día 11, a las 15:32 horas, el primer teniente de alcaldía, investigado por estos hechos, envió a los trabajadores municipales un correo electrónico comunicándoles que conforme a la mencionada interlocutoria del juzgado, al día siguiente el consistorio no abriría sus puertas a los trabajadores. Añadía al final: "No obstante, los representantes políticos del gobierno municipal de Badalona atenderán a la ciudadanía frente al edificio de El Viver" (FJ 2º).

Se entiende que los concejales eran libres de hacer su *performance* como acción política en el marco de la libertad de expresión y no se ha infringido ningún precepto penal. No

obstante, el asunto está pendiente de resolución definitiva, dado el recurso interpuesto por la Fiscalía.

## 4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1. CONCLUSIONES GENERALES

■ En el Reino de España se detectan regresiones democráticas que afectan a los derechos y las libertades fundamentales reconocidos tanto en el marco jurídico estatal como internacional, y que tienen una especial incidencia en Cataluña.

■ Las regresiones democráticas que se recogen en el informe tienen su origen en leyes aprobadas por el Parlamento español –es el caso de la última reforma de la Ley orgánica de seguridad ciudadana o el Código Penal–, en la interpretación que se hace de ellas en sede judicial, en la vaguedad y la falta de concreción de algunos tipos penales y en la utilización del Código Penal como instrumento disuasivo.

■ En el ámbito institucional, los pronunciamientos internacionales –GRECO, Comisión de Venecia y el relator de las Naciones Unidas– han solicitado reformas para garantizar la separación de poderes.

■ En los últimos tiempos hay claros exponentes que ponen de relieve un debilitamiento de la separación de poderes en España. Uno de los más relevantes es la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, que permite que el TC aplique medidas ejecutivas para obligar el resto de poderes a cumplir sus sentencias.

■ Los retrasos en el cumplimiento de las sentencias de los tribunales europeos también suponen una lesión de derechos para muchos ciudadanos.

### 4.2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

■ La libertad de expresión constituye uno de los pilares básicos de una sociedad democrática y, por lo tanto, es un derecho esencial para la salvaguarda del orden público democrático europeo en materia de derechos humanos.

■ La libertad de expresión es uno de los derechos en el que son pocas, y muy estrictas, las limitaciones

constitucionalmente admitidas. Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las restricciones previstas en el artículo 10.2 del Convenio europeo deben justificarse únicamente en situaciones que presenten una gravedad especial, cuando las informaciones o ideas en cuestión sean susceptibles de conllevar un riesgo o daño real y serio.

■ La LOSC tiene una redacción vaga e imprecisa que permite un excesivo margen de actuación al poder ejecutivo en la restricción de las libertades individuales, incluida la libertad de expresión. Asimismo, tiene un enfoque marcado de represión de la protesta y la disidencia política en un contexto de crecientes luchas sociales en la calle sin que exista un incremento de conductas sancionables que justifiquen su necesidad.

■ Una excesiva intervención del derecho penal en la vida social conlleva una reducción del ámbito de libertad individual y es especialmente grave cuando se utiliza en representantes políticos y cargos electos. En el Reino de España hay casos claramente ilustrativos del uso desproporcionado que se hace del Código Penal para coartar el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión y para intentar castigar penalmente las voces discordantes con el discurso oficial de las instancias gubernamentales.

■ Se da un abuso de los tipos penales de enaltecimiento del terrorismo y los delitos de odio por expresiones manifestadas en las redes sociales que por su vaguedad y falta de concreción entran en colisión con la libertad de expresión.

### 4.3. DEBILITAMIENTO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES

■ En un estado democrático es esencial el respeto escrupuloso del principio de separación de poderes. Sin embargo, España parece erosionar este principio, porque ninguna de las once medidas propuestas por el GRECO para combatir mejor la corrupción entre los parlamentarios, los jueces y los fiscales han tenido una respuesta satisfactoria, y seis ni siquiera se han puesto en marcha.

■ En términos generales, las medidas recomendadas por el GRECO se centran en conseguir una mayor independencia del poder judicial y de la Fiscalía, y dotar de mayor transparencia la actividad parlamentaria.

■ Uno de los mayores exponentes de la difusa separación entre poderes en el Reino de España ha sido la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que otorga potestad sancionadora al TC, una fórmula que es la excepción en derecho comparado dado que, por norma general, esta función se atribuye a otro poder estatal.

■ La Comisión de Venecia rechaza que el ejecutivo central cargue sobre el TC la responsabilidad de hacer cumplir sus propias sentencias, y propone que se reconsidere esta facultad con el fin de promover la percepción del tribunal como un árbitro neutro.

#### 4.4. REGRESIONES EN DERECHOS Y LIBERTADES EN CATALUÑA

■ En los últimos tiempos hemos asistido a manifestaciones que ponen de relieve un deterioro de la calidad democrática, como es el caso de las deficiencias detectadas en los procesos electorales que han tenido lugar en el Estado que no han tenido respuesta alguna por parte los órganos competentes según el caso.

■ La falta de calidad democrática es notoria en el impulso insuficiente de las políticas de memoria histórica en el Estado y en Cataluña, en que el relator especial de la ONU evidencia que el Estado español no ha afrontado el pasado ni ha hecho suficiente justicia.

■ Recientemente hemos presenciado procedimientos judiciales dirigidos a políticos por actos realizados en el ejercicio de sus funciones donde se ha constatado la influencia que el ejecutivo tiene sobre la Fiscalía. La imputación y condena del expresidente de la Generalitat de Cataluña y tres de sus consejeros ha llamado la atención incluso de los órganos de supervisión de los derechos humanos de la ONU.

■ Se ha constatado un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando ahora se permite la sujeción a control jurisdiccional de resoluciones parlamentarias de carácter estrictamente político.

#### 4.5. RECOMENDACIONES

■ Hay que buscar interpretaciones posibles orientadas a evitar el recurso a la vía penal para la solución de conflictos políticos. En este contexto, las medidas contra personas individuales, especialmente cuando ocupan un cargo electo, deberían limitarse en la medida de lo posible a escenarios de violencia, tumultos y, en general, cuando exista un verdadero riesgo para la integridad del Estado.

■ El derecho penal sólo debería acudir allí donde es imprescindible y recurrir al resto de ramas del ordenamiento jurídico que pueden ofrecer mejor protección y garantía para los intereses ciudadanos y colectivos.

■ El Síndic hace suya la recomendación del Defensor del Pueblo sobre la aplicación de la LOSC en el sentido de circunscribirla a alteraciones realmente graves del orden público.

■ Hay que acotar el alcance de los delitos que protegen las instituciones del Estado ante las injurias que se dirigen contra ellas dado que pueden colidir con la libertad de expresión.

■ Hay que revisar la legislación vigente y la doctrina jurisprudencial para conseguir un perfecto equilibrio de los delitos de odio y de enaltecimiento del terrorismo con la libertad de expresión.

■ El Síndic hace suyas las once medidas propuestas por el GRECO para combatir mejor la corrupción entre los parlamentarios, los jueces y los fiscales.

■ Debe garantizarse la inmediata aplicación de las sentencias de los tribunales europeos. En particular, con respecto a las cláusulas suelo, es necesario que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se aplique a todas las personas afectadas y

que la futura ley de contratos inmobiliarios se adecue plenamente a la misma.

■ Es imprescindible garantizar la independencia del poder del Tribunal Constitucional respecto de los otros poderes del Estado.

■ La jurisdicción ordinaria es la que debe encargarse de velar por la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, por lo que se recomienda que se derogue la última reforma de este órgano.

■ Ante escándalos como la revelación de conversaciones con contenido conspirador entre el entonces ministro del Interior y el antiguo director de la Oficina Antifraude de Cataluña, el Gobierno del Estado debe adoptar todas las medidas para investigar los hechos, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan en el ámbito político y penal.

■ Las interferencias y deficiencias en los procesos electorales deben tener una respuesta adecuada por parte de los órganos competentes (Fiscalía y juntas electorales, según el caso).

■ El Estado debe mostrar un compromiso decidido para dar plena vigencia a los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos.

■ Hay que volver a la jurisprudencia constitucional tradicional en que las resoluciones parlamentarias de impulso político no tenían efectos jurídicos y no eran impugnables jurisdiccionalmente.

■ Es necesario que se tomen medidas para garantizar la independencia de la Fiscalía respecto del ejecutivo.

■ Es necesario que las acciones políticas únicamente tengan como respuesta acciones políticas desde los gobiernos y desde los partidos políticos.

■ Debe considerarse la posibilidad de permitir que los imputados que voluntariamente no quieran comparecer puedan notificarlo al juzgado, de modo que éste pueda continuar con las actuaciones y la instrucción sin necesidad de practicar una detención.

SÍNDIC

EL DEFENSOR  
DE LES  
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya  
Passeig Lluís Companys, 7  
08003 Barcelona  
Tel 933 018 075 Fax 933 013 187  
sindic@sindic.cat  
www.sindic.cat

