



RETROCESSOS EN
MATÈRIA DE DRETS
HUMANS: LLIBERTAT
D'EXPRESSIÓ DELS
CÀRRECS ELECTES I
SEPARACIÓ DE PODERS
AL REGNE D'ESPANYA

ABRIL 2017

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

RETROCESSOS EN
MATÈRIA DE DRETS
HUMANS: LLIBERTAT
D'EXPRESSIÓ DELS
CÀRRECS ELECTES I
SEPARACIÓ DE PODERS
AL REGNE D'ESPANYA

ABRIL 2017

SÍNDIC

EL DEFENSOR
DE LES
PERSONES

Síndic de Greuges de Catalunya

1a edició: Abril de 2017

Retrocessos en matèria de drets humans: llibertat d'expressió dels càrrecs electes i separació de poders al Regne d'Espanya. Abril 2017

Maquetació: Síndic de Greuges

Imprès sobre paper ecològic

Disseny original: America Sanchez

Foto portada: © Parlament de Catalunya

ÍNDEX

1. INTRODUCCIÓ	5
2. DRETS HUMANS I SEPARACIÓ DE PODERS EN EL CONTEXT ESPANYOL	7
2.1. EL DRET A LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ	7
2.2. RESTRICCIONS LEGISLATIVES DEL DRET A LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ AL REGNE D'ESPANYA: LLEI DE SEGURETAT CIUTADANA I CODI PENAL	8
2.3. UN CAS EMBLEMÀTIC D'ABÚS DELS DELICTES D'ENALTIMENT DEL TERRORISME I DISCURS DE L'ODI: EL CAS DELS TITELLAIRES	13
2.4. XARXES SOCIALS I LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ	15
2.5. L'INFORME GRECO	15
2.6. LA REFORMA DE LA LLEI ORGÀNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	17
▪ Introducció	
▪ La reforma	
▪ Dos apunts sobre la sentència	
▪ L'opinió de la Comissió de Venècia	
3. REGRESSIONS EN DRETS I LLIBERTATS A CATALUNYA	21
3.1. DETERIORAMENT DE LA QUALITAT DEMOCRÀTICA	21
3.2. ALGUNS CASOS RECENTS DE JUDICIALITZACIÓ DE LA POLÍTICA	24
4. CONCLUSIONS I RECOMANACIONS	31
4.1. CONCLUSIONS GENERALS	31
4.2. LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ	31
4.3. AFEBLIMENT DE LA SEPARACIÓ DE PODERS	31
4.4. REGRESSIONS EN DRETS I LLIBERTATS A CATALUNYA	32
4.5. RECOMANACIONS	32

1. INTRODUCCIÓ

D'acord amb l'article 78.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), el Síndic de Greuges té la funció de protegir i defensar els drets i les llibertats que reconeixen la Constitució (CE) i el mateix Estatut. L'article 4 de la Llei 24/2009, de 23 de desembre, del Síndic de Greuges, reitera aquest manament en assenyalar que "el Síndic de Greuges vetlla per la protecció i la defensa dels drets i les llibertats reconeguts per la Constitució, per l'Estatut i per les normes de desenvolupament corresponents". Així mateix, afegeix que, en aquest marc, pot elaborar informes monogràfics i extraordinaris.

Les referències que l'EAC i la Llei 24/2009 fan a la CE i el fet que la mateixa CE i l'EAC reconeguin el paper que tenen les institucions autonòmiques en l'aplicació dels tractats internacionals posen de manifest que, tot i que l'abast competencial del Síndic de Greuges se circumscriu a Catalunya i a les seves administracions, aquesta institució no pot ser aliena a les lleis i polítiques públiques que, malgrat que el seu origen se situï a escala estatal o internacional, tenen una afectació directa a Catalunya.

La CE i l'EAC incorporen sengles cartes de drets fonamentals. A més, l'article 10.2 CE afirma que "les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració universal de drets humans i els tractats i els acords internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya."

El Regne d'Espanya és part de nombrosos tractats internacionals en l'àmbit dels drets humans, entre els quals hi ha el Conveni europeu per a la salvaguarda dels drets humans i les llibertats fonamentals (Roma, 1950), i també la major part dels seus protocols facultatius, i els Pactes internacionals de drets civils i polítics i de drets econòmics, socials i culturals (Nova York, 1966). Està sotmès a la jurisdicció del Tribunal Europeu de Drets Humans del

Consell d'Europa i ha acceptat la competència de diferents comitès de drets humans de l'ONU. La jurisprudència d'un i altres –malgrat que només les sentències del primer tenen força jurídica vinculant– s'entén generalment com a interpretació autèntica dels tractats als quals es vinculen aquests òrgans i forma part del cabal interpretatiu dels drets constitucionals i estatutaris.

En aquest context, aquest informe analitzarà les afectacions en matèria de drets humans i llibertats fonamentals que, a parer d'aquesta institució, s'estan produint al Regne d'Espanya i que tenen una especial incidència a Catalunya. Uns retrocessos que afecten els drets i les llibertats reconeguts tant en les normes fonamentals catalana i espanyola com en el marc jurídic internacional. Així s'ha estat denunciant en els informes anuals de 2014, 2015 i 2016 i en diversos informes monogràfics presentats al Parlament.*

Les regressions democràtiques i en l'àmbit dels drets poden tenir diferents orígens. Tal com es veurà en aquest informe, hi ha lleis aprovades pel Parlament espanyol que en si mateixes lesionen o posen en risc drets i llibertats fonamentals. A parer del Síndic, és el cas d'alguns aspectes de la darrera reforma de la Llei orgànica de seguretat ciutadana o del Codi penal. En altres casos, és la interpretació que se'n fa en seu judicial la que no s'adequa als estàndards constitucionals, estatutaris i internacionals de drets humans. Finalment, sovint són decisions polítiques o administratives, incloses decisions de política pública, les que constitueixen incompliments flagrants dels drets reconeguts en les més altes normes jurídiques.

Metodològicament, aquest informe s'estructura en dues grans parts. Primer s'analitza, tot partint de la definició que ofereix la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre el dret a la llibertat d'expressió, la nova legislació espanyola (Llei de seguretat ciutadana i Codi penal) i el seu impacte en la criminalització de les opinions dissidents.

* Per a l'elaboració d'aquest informe el Síndic ha comptat amb la col·laboració de l'Institut de Drets Humans de Catalunya i amb les contribucions singulars dels professors Joan Queralt i Joan Vintró de la UB, i puntuals de José María Mena, ex-fiscal en cap de Catalunya.

D'altra banda, en l'àmbit institucional s'incideix en els pronunciaments internacionals que han demanat reformes per garantir plenament la separació de poders. En particular, es fa èmfasi en la reforma de l'article 92.4 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional i en la Sentència 185/2016, del Tribunal Constitucional, que en resol la impugnació, la qual ha reblat en la insuficient qualitat de la separació de poders al Regne d'Espanya.

La segona part de la investigació se centra en les restriccions del dret a la llibertat d'expressió que afecten el conegut com a *procés sobiranista*. Mesures restrictives que utilitzen els tribunals de justícia com a mitjà de pressió contra conductes realitzades per ciutadans o representants polítics, que en un sistema democràtic haurien de ser considerades exercicis legítims de la llibertat d'expressió o de manifestació, pensades per incidir en el sistema democràtic i arribar a modificar determinades situacions o normes. En aquest punt, s'analitzaran, d'una banda, alguns dels diversos processos judicials i reaccions governamentals que s'han obert

en el marc de l'anomenat *procés sobiranista*, en la mesura que s'adrecen a càrrecs electes –tant a escala autonòmica com local–, els quals, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, tenen un plus de protecció pel que fa al seu dret a la llibertat d'expressió i a la participació política.

En data 30 de març de 2017, el Parlament de Catalunya va notificar al Síndic la Moció 107/XI, en què, a l'empara de l'article 27.3.a) de la Llei 24/2009, s'acorda traslladar una queixa al Síndic “per la politització i la manca d'independència i d'objectivitat de l'alta judicatura i la fiscalia espanyoles i del Tribunal Constitucional”. Aquest informe va ser anunciat en l'Informe anual del Síndic de Greuges, lliurat al Parlament el dia 1 de febrer de 2017. Per tant, no es pot considerar conseqüència d'aquella moció, però sí que pot respondre a qüestions que s'hi plantegen; d'altres escapen de la competència d'aquesta institució, tal com s'ha comunicat a la presidenta del Parlament.

Barcelona, 28 d'abril de 2017.

2. DRETS HUMANS I SEPARACIÓ DE PODERS EN EL CONTEXT ESPANYOL

2.1. EL DRET A LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ

El dret a la llibertat d'expressió constitueix un dels fonaments essencials de la societat democràtica, una de les condicions essencials del seu progrés i del desenvolupament de cadascun dels seus membres¹ i, per tant, és un dret essencial per a la salvaguarda de l'ordre públic democràtic europeu en matèria de drets humans.

L'article 10.1 del Conveni europeu de drets humans estableix que aquest dret comprèn la llibertat d'opinió i la llibertat de rebre o de comunicar informacions o idees sense que pugui haver-hi ingerència d'autoritats públiques i sense consideració de fronteres.

En considerar que l'exercici de la llibertat d'expressió comporta deures i responsabilitats, el Conveni europeu admet que aquest dret estigui sotmès a regulació a condició, no obstant això, que les restriccions o sancions siguin previstes per llei i constitueixin mesures necessàries en una societat democràtica per assolir alguna de les diverses finalitats legítimes enumerades. Com s'estableix en l'article 10.2:

“2. L'exercici d'aquestes llibertats, que comporten deures i responsabilitats, pot ser sotmès a determinades formalitats, condicions, restriccions o sancions, previstes per la llei, que constitueixin mesures necessàries, en una societat democràtica, per a la seguretat nacional, la integritat territorial o la seguretat pública, per a la defensa de l'ordre i per a la prevenció del crim, la protecció de la salut o de la moral, la protecció de la reputació o dels drets d'altri, per impedir la divulgació d'informacions confidencials o per garantir l'autoritat i la imparcialitat del poder judicial.”

Així, el Tribunal Europeu de Drets Humans s'ha pronunciat en diverses ocasions respecte del contingut i dels límits d'aquests drets:

1. La llibertat d'expressió constitueix un dels pilars bàsics de la societat democràtica, una de les condicions primordials del seu progrés i del desenvolupament de cadascun dels seus membres. Sota la reserva del paràgraf segon, **aquesta és vàlida no només per a les informacions o idees que són acollides de manera favorable o considerades com a inofensives o indiferents, sinó també per a aquelles que xoquen o inquieten: així ho volen el pluralisme, la tolerància o l'esperit d'obertura sense el qual no hi ha societat democràtica.** Tal com recull l'article 10, hi ha excepcions, que s'han d'interpretar de manera restrictiva, i la necessitat de restricció s'ha d'establir de manera convincent;² principi que no es pot oblidar a l'hora d'analitzar els possibles retrocessos en matèria de llibertat d'expressió que s'estan produint a l'Estat espanyol i, en concret, a Catalunya.

2. Atès que la llibertat d'expressió constitueix un dels pilars fonamentals d'una societat democràtica, **les restriccions previstes en l'article 10.2 del Conveni europeu s'han de justificar únicament en situacions que presenten una gravetat particular.** Per poder justificar aquestes restriccions de conformitat amb el Conveni europeu, ha de ser imperatiu establir que les informacions o idees en causa són susceptibles de comportar un risc o dany real i seriós –i no simplement hipotètic– per a “la protecció de la reputació o els drets aliens, la seguretat nacional, la divulgació d'informacions confidencials o l'autoritat i imparcialitat del poder judicial”. Cal que es tracti d'una gravetat objectiva i no merament subjectiva decidida des d'instàncies governamentals o judicials.

3. El Tribunal Europeu considera que, **si bé la llibertat d'expressió és essencial per a tothom, ho és més particularment per als partits polítics i els seus membres actius.**³ Aquests representen els seus electors,

¹ Entre d'altres, Assumpte Handyside contra Regne Unit, STEDH de 7 de desembre de 1976, par. 49, doctrina que es manté fins al dia d'avui.

² Entre d'altres, Assumpte Jersild contra Dinamarca, STEDH de 23 de setembre de 1994, par. 37, doctrina que es manté fins al dia d'avui.

³ Entre d'altres, Assumpte Incal contra Turquia, STEDH de 9 de juny de 1998, par. 46, doctrina que es manté fins al dia d'avui.

assenyalen les seves preocupacions i defensen els seus interessos. Per tant, les opinions, propostes o crítiques que es manifesten des de l'oposició tenen un marge de restricció o limitació molt reduït.

Pel que fa a la crítica als polítics, el marge de discurs crític admissible és més ampli quan es refereix a un govern (i en menys mesura a un individu polític) que quan fa referència a un simple particular. D'altra banda, la posició dominant que ocupa el govern li exigeix tenir moderació en l'ús de la via penal, sobretot si hi ha altres mecanismes per respondre als atacs i a les crítiques dels seus adversaris. **No hi ha res menys desitjable per a les autoritats competents de l'Estat que adoptar mesures penals, en qualitat de garants de l'ordre públic, destinades a reaccionar de manera adequada i no excessiva a aquests propòsits.**⁴

4. Un altre dels aspectes en què incideixen les restriccions a la llibertat d'expressió fa referència a determinats interessos socials que afecten directament els valors propis de les societats democràtiques. Un d'aquests és la protecció de la defensa de l'Estat i de l'organització social.

La llibertat d'expressió és un dels drets més profundament democràtics, ja des del primer liberalisme. Són poques i molt estrictes les limitacions constitucionalment admeses. Així, la defensa de l'Estat i de l'organització social –seguretat nacional, integritat territorial, seguretat pública, defensa de l'ordre i prevenció del delictes– poden justificar determinades ingerències de les autoritats públiques en l'exercici de la llibertat d'expressió. Segons la jurisprudència del Tribunal Europeu, principalment, aquestes ingerències afecten el règim de la disciplina militar i les mesures adoptades per lluitar contra el terrorisme.⁵ Tot i això, aquestes restriccions no poden ser il·limitades i, per tant, han de tenir un caràcter excepcional.

En síntesi, el Tribunal Europeu de Drets Humans valora l'aplicació de mesures restrictives del dret a la llibertat d'expressió

sobre la base de l'existència d'un interès del públic a saber. I, atesa la importància de la llibertat d'expressió en una societat democràtica, el Tribunal Europeu determina que les restriccions previstes en l'article 10.2 de Conveni europeu s'han de justificar únicament en situacions que presentin una gravetat especial, quan les informacions o idees en qüestió siguin susceptibles de comportar un risc o dany real i seriós, i no simplement hipotètic, per a la salvaguarda d'alguna de les finalitats legítimes previstes en el mateix article 10.2; risc o dany real i seriós que, com es veurà, no s'ha detectat en cap dels casos analitzats en aquest informe.

2.2. RESTRICCIONS LEGISLATIVES DEL DRET A LA LLIBERTAT D'EXPRESSIÓ AL REGNE D'ESPANYA: LLEI DE SEGURETAT CIUTADANA I CODI PENAL

L'informe 2016/17 d'Amnistia Internacional comença l'apartat corresponent a Espanya amb aquesta afirmació: "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".⁶

En efecte, en els darrers temps, Espanya s'ha dotat d'una legislació administrativa i penal que, en opinió d'aquesta institució, restringeix en excés els drets i les llibertats fonamentals, de manera incompatible amb la jurisprudència del Tribunal Europeu. Coincidim en l'anàlisi d'aquells que defensen que primer es van produir retallades en drets econòmics, socials i culturals i que, arran de les mobilitzacions socials que van provocar aquestes regressions, l'Estat ha reaccionat amb clars retrocessos en els drets civils. Les reformes de 2015 del Codi penal (Llei orgànica 1/2015, de 30 de març) i de la Llei orgànica de seguretat ciutadana –LOSC– (Llei orgànica 4/2015, de 30 de març) il·lustren aquest punt. En aquest sentit, no és menor assenyalar que totes dues reformes van comptar amb informes preceptius força

⁴ Entre d'altres, Assumpte Castells contra Espanya, STEDH de 23 d'abril de 1992, par. 46, doctrina que es manté fins al dia d'avui.

⁵ Entre d'altres, Assumpte Zanca contra Turquia, STEDH de 25 de novembre de 1997, par. 55, doctrina que es manté fins al dia d'avui.

⁶ Informe 2016/17 Amnistia Internacional. *La situación de los derechos humanos en el mundo*, pàg. 182.

crítics del Consell d'Estat, el Consell General del Poder Judicial i la Fiscalia General de l'Estat. Val a dir també que ambdues lleis han estat objecte de recurs d'inconstitucionalitat, no resolt a data d'avui.

La **LOSC** implanta un model de control administratiu que prioritza la presumpció de veracitat de les forces i els cossos de seguretat de l'Estat davant de la presumpció d'innocència, fonament de qualsevol règim democràtic, amb una redacció vaga i imprecisa que permet un excessiu marge d'actuació al poder executiu en la restricció de les llibertats individuals, inclosa la llibertat d'expressió: en l'obligació d'identificar-se, tant de nacionals com d'estrangers; en les potestats de la policia de seguretat pel que fa a les entrades i escorcolls, la identificació de persones, la possibilitat d'establir zones de seguretat, els controls i les comprovacions; en les actuacions per al manteniment i el restabliment de la seguretat ciutadana en reunions i manifestacions; en les potestats especials de policia administrativa de seguretat consistent en les obligacions de fer registres documentals, l'enumeració dels establiments i les

instal·lacions obligats a adoptar mesures de seguretat, la supervisió del desenvolupament dels espectacles i les activitats recreatives, l'eliminació de les garanties en la identificació, els escorcolls corporals, les mesures de seguretat extraordinàries i l'ús de càmeres de vídeo, i, en el règim sancionador, amb un catàleg de sancions ampli i d'importos molt alts, fins i tot més costoses que les sancions econòmiques de l'àmbit penal, i també l'establiment d'un registre central d'infractors.

La **LOSC** té un enfocament força marcat de repressió de la protesta i la dissidència política en un context de creixents lluites socials al carrer. Tant és així que alguns autors han estat capaços d'identificar, per a cada tipus d'infracció, la protesta en què pensa el legislador.⁷ El quadre següent reflecteix el caràcter reactiu de la Llei envers formes de protesta preexistents, tot i que també és interessant assenyalar que, segons dades oficials del Ministeri de l'Interior per al període previ a l'adopció de la Llei (2012-2015), no hi ha un increment de conductes (manifestacions il·legals, etc.) que en justifiquin la necessitat.⁸

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.	15-M. (Considérese práctica habitual por parte de los movimientos sociales).
		Exhibición de objetos peligrosos con ánimo intimidatorio, siempre que no constituya delito o infracción grave.	Piquetes de huelgas: llevar varas o palos (quizás las propias pancartas). Movimiento estudiantil
		Incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario que provoque alteraciones menores.	15-M: 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.	Aturem el Parlament, 25-S: 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.	Okupas: por resistirse a desalojos. 15M: acampar en espacios públicos cuando lo prohíbe la ley, el alcalde o el subdelegado del Gobierno.

⁷ 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.

⁸ <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.	15-M: no llevar el DNI o asegurar en varias ocasiones que se ha perdido
		3. ^a y posteriores pérdidas del DNI en 1 año.	15-M: 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.	Piquetes de huelgas Movimiento estudiantil (se incluyen las pintadas)
		Escalamiento de edificios o monumentos con riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes.	Greenpeace: 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.	Aturem el Parlament, 25-S: 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.	PAH: escraches en medio de mítines. FEMEN: 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.	Aturem el Parlament, 25-S Ciertas protestas obreras o ciudadanas
		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.	Piquetes de huelgas: 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.	Aturem, 25-S: cortar el paso y abuchear a diputados nacionales y autonómicos. PAH: escraches a políticos. Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos: 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.	15-M: 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.	15-M: 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).

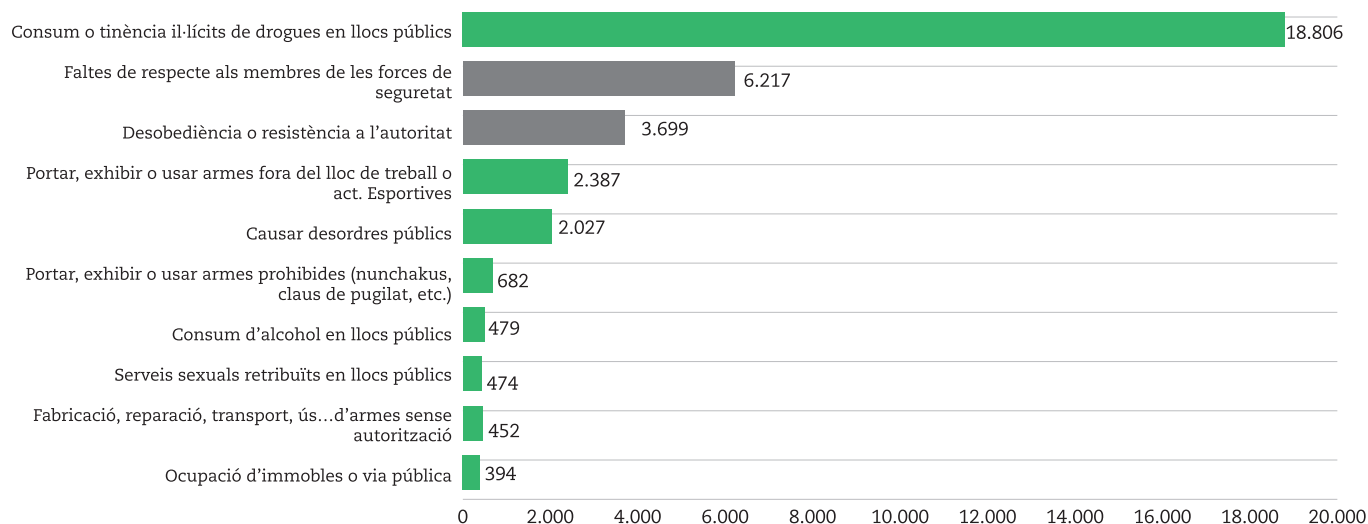
La LOSC dota les diverses administracions de l'Estat d'un seguit de sancions administratives que es poden fer servir per reprimir la protesta social. Aquesta repressió administrativa de la protesta adquireix centralitat i autonomia en el sistema de control-sanció. Adquireix autonomia perquè ofereix solucions ad hoc a les preocupacions més peremptòries d'un sistema de poder que s'ha vist molt afectat per l'abast, la notorietat i la capacitat d'influència dels moviments de protesta, amb l'afegit d'un control jurisdiccional més difícil dels tribunals de justícia. I adquireix centralitat perquè la sanció administrativa deixa d'estar en els marges del dret penal i es posa en el centre de la defensa d'una determinada concepció d'ordre públic. El gràfic següent, basada en dades oficials del Ministeri de l'Interior, posa de manifest l'amplíssim ús de la LOSC en els primers mesos de vigència.

En particular, resulta significatiu que en els set mesos que recull el gràfic s'hagin imposat **més de 10.000 sancions per faltes de respecte a l'autoritat o desobediència**, infraccions en què l'agent que denuncia és, alhora, víctima i testimoni dels fets.

No debades, la institució del Defensor del Poble ja va formular algunes recomanacions generals sobre l'aplicació de la LOSC en l'Informe de 2015, en el sentit de circumscriure-la a alteracions realment greus de l'ordre públic. Enguany, en l'Informe 2016, la institució denuncia diversos casos de mal ús, particularment pel que fa a limitacions del dret de reunió i de la llibertat d'informació (apartat 3.4 de l'Informe). Cal assenyalar que en l'actual legislatura tots els partits de l'oposició s'han posat d'acord per, com a mínim, reformar la LOSC, si bé encara és aviat per conèixer-ne l'abast.

Gràfic 1: Sancions tramitades en virtut de la Llei de seguretat ciutadana

Inclou les dades de sancions tramitades per les delegacions del Govern des de juliol de 2015 fins al 28 de gener de 2016



Font: Dades del Ministeri de l'Interior

Pel que fa al **Codi penal**, en l'àrea concreta dels delictes vinculats d'alguna manera a la llibertat expressió, és important recordar que no tot excés del dret protegit en l'article 20 de la CE s'ha de traduir necessàriament en una conducta delictiva. Així, quan sigui difícil precisar la frontera entre un delictes i un dret fonamental, el legislador i el poder judicial haurien d'escollir la forma de protecció del bé jurídic en risc menys lesiva respecte al dret fonamental en qüestió. Cal recordar que la jurisprudència del TEDH ha estat reiterant que, fins i tot quan sigui adequat penalitzar una certa conducta, la legitimitat de l'Estat per imposar la sanció decau si no respecta un procediment just que acaba amb una sanció proporcionada al bé jurídic que es busca protegir. El que està en joc amb la desproporció és el que es coneix com el caràcter fragmentari del dret penal. El dret penal només hauria d'acudir allà on és imprescindible, ja que altres branques de l'ordenament jurídic poden oferir millor protecció i garantia per als interessos ciutadans i col·lectius, amb un cost personal i social normalment més baix. Això sempre que no caiguin en els excessos de l'actual regulació sancionadora de la LOSC: valgui com a exemple que la immensa majoria de les antigues faltes, derogades pel vigent Codi penal, han passat a la LOSC amb

una sanció econòmica superior i amb menors garanties de defensa.

En qualsevol cas, **una excessiva intervenció del dret penal en la vida social comporta una reducció de l'àmbit de llibertat individual, que és incompatible amb la idea bàsica d'una societat basada en la llibertat, i és especialment greu si es fa servir en representants polítics i càrrecs electes.**

Les mesures contra persones individuals, especialment quan ocupen un càrrec electe, haurien de constituir l'última ràtio de mesures a prendre per qüestions ideològiques que afectessin la integritat de l'Estat. A parer de la institució, seguint la **jurisprudència** del Tribunal Europeu de Drets Humans, s'haurien de limitar tant com fos possible a escenaris de violència, tumults i, en general, veritable risc per a aquesta integritat. En cas contrari, la imatge de la justícia utilitzada com un instrument servil en contra d'una posició política, malgrat que des del punt de vista tècnic i jurídic pugui estar justificada, no troba comprensió en gran part de la societat, amb el subsegüent daltabaix per al prestigi de l'Estat de dret, alhora que es produeix una possible prematura limitació de la llibertat d'expressió i del debat polític.

Per tot això, es fa necessari buscar interpretacions possibles orientades a evitar el recurs a la via penal per a la solució de conflictes polítics. En aquest sentit, perfectament es podria recórrer a l'antijuridicitat material absent quan la conducta no suposa una afectació real al bé jurídic protegit per la norma penal. O, si es prefereix, recórrer a les possibilitats de la interpretació teleològica clàssica de les normes o a la consideració del dret penal com a última ràtio que, si bé no serveix per derogar judicialment les normes penals, ha de servir per interpretar-les, en remetre's al principi constitucional de proporcionalitat (STC 136/1996).

Preocupen les interpretacions que no només no s'orienten a reduir la intervenció penal a l'última ràtio, sinó que semblen buscar precisament tot el contrari, per exemple, desbordant el concepte de provocació per vincular discursos, que es poden compartir o no, a un delictes tan greu com ara el de sedició, fet que condueix a tots els supòsits en què col·lideix amb el dret a la llibertat d'expressió. Cal assenyalar que el Codi penal espanyol és ampli en la protecció del prestigi de les institucions i pena les injúries que s'adrecen: a la Corona (art. 491), a les Corts Generals i als parlaments autonòmics (art. 496), al Govern, al Consell General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, als governs autonòmics o tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes (art. 504) etc. Aquests tipus penals s'haurien d'acotar en la mesura que poden col·lidir amb la llibertat d'expressió. Mentre siguin vigents, també és possible evitar-ne l'aplicació quan les expressions no suposin un perill real per a les institucions constitucionals protegides, fet que succeeix en la majoria dels casos. Es pot constatar que els sistemes polítics insegurs per la seva falta de consens social necessiten recórrer al dret penal per protegir el seu prestigi.

Finalment, i sense entrar en detalls, no es pot deixar d'esmentar l'adopció, durant la darrera legislatura, d'una tercera legislació vinculada a l'ordre públic, la **Llei de seguretat nacional** (Llei 36/2015), que, tal com palesa el títol preliminar, té un abast molt ampli, en gran part coincident en objectius amb la Llei de seguretat ciutadana, i que es caracteritza per la concentració de poders en el Govern central de l'Estat.

2.3. CASOS EMBLEMÀTICS D'ÚS DELS DELICTES D'ENALTIMENT DEL TERRORISME I DISCURS DE L'ODI: EL CAS DELS TITEL·LAIRES

El conegut com a *cas dels titellaires* planteja diverses reflexions crítiques enllaçades amb la llibertat d'expressió com a dret fonamental i els límits que pot tenir, però en cap cas es pot afirmar que l'ús desproporcionat dels delictes vinculats al terrorisme sigui nou.

Un dels episodis més desproporcionats en aquest sentit va ser la detenció del noi de catorze anys Èric Bertran. L'any 2004 l'Èric va ser acusat d'un presumpte delictes d'amenaques terroristes per haver enviat un correu electrònic a uns supermercats per demanar l'etiquetatge en català, amb el nom de la seva pàgina web *L'Exèrcit del Fènix*. Trenta agents de la brigada antiterrorista de la Guàrdia Civil es van presentar a casa seva acusant-lo d'amenaques terroristes. Setmanes més tard va declarar a l'Audiència Nacional durant quatre hores seguides. L'endemà se li va fer un test psicològic de dues hores més i s'enfrontava a una pena de vuit anys de reformatòri. Finalment, la pressió popular davant de l'empresa que l'havia denunciat va fer que es retirés la denúncia i que l'Èric finalment no fos condemnat.

Els fets dels titellaires es remunten al 5 de febrer de 2016, quan la companyia de titellaires Títeres desde Abajo va representar a la plaça Canal Isabel II *La Bruja y Don Cristóbal*, obra amb què pretenien atacar "els quatre poders que regeixen la societat espanyola", és a dir, la propietat, l'Església, les forces de seguretat i els tribunals (cadascun d'aquests poders representats per un titella-tipus). L'argument de l'obra, presentada en el programa municipal de les festes de Carnaval com a apta per a tots els públics, incloïa la violació de la monja i posterior assassinat del violador, una agressió policial contra la bruixa, seguida d'un judici que acabava amb una condemna a mort per penjament contra la bruixa, que, gràcies a un ardit, acabava fent que el jutge es pengés, i un cop el magistrat moria li penjava una pancarta on es llegia "Gora Alka-ETA". Amb aquest gest, es criticaven els suposats abusos policials i la manipulació d'una investigació amb proves falses.

Tal com reconeix el jutge del Jutjat Central d'Instrucció núm. 2 de l'Audiència Nacional, resulta rellevant esmentar que l'obra es va representar en esperanto i llatí, de manera que el seu contingut era intel·ligible per a la majoria del públic. Per si mateixa aquesta circumstància ja invalidaria la possibilitat d'apreciar un delictes d'odi (art. 510 CP) basat en el menyspreu a les víctimes o un delictes d'enaltiment del terrorisme (art. 578 CP), ja que no s'aprecia el factor de comunicació pública ni d'intencionalitat característic d'aquest tipus de delictes.

No obstant això, les acusacions van sostenir durant el procés que la simple exhibició pública de la pancarta "Gora Alka-ETA" suposa un acte d'enaltiment del terrorisme. Aquesta afirmació sembla ignorar que la pancarta és un joc de paraules amb els noms de les organitzacions terroristes Al-Qaeda i ETA. Tampoc no es pot perdre de vista que tot plegat es desenvolupa en el marc d'una obra de titelles de caràcter satíric. A més de l'estructura bàsica del dret d'enaltiment del terrorisme, conforme a reiterada i abundant doctrina del Tribunal Suprem (ben compilada, entre d'altres, en les sentències de 5 de juny de 2009, 30 de maig de 2011 i 28 de juny de 2013, totes tres esmentades en la interlocutòria), es requereix la presència d'una voluntat inqüestionable i principal de lloar l'activitat terrorista que presideixi la conducta de la persona perquè hi hagi tal delictes.

En aquest sentit, atès el context de l'obra, resulta improbable apreciar la presència de fonaments jurídics sòlids sobre aquests fets per fer prosperar una acusació d'acord amb l'article 578 del Codi penal. Sota aquesta perspectiva, l'inici en si mateix del procediment judicial sense cap altra prova que els fets de la plaça Canal Isabel II resulten especialment discutibles, amb independència de l'arxivament final de la causa.

La mateixa reflexió es pot fer de l'aplicació, en aquest cas i en d'altres, de l'article 510 del Codi penal. Cal recordar que l'origen inspirador d'aquest article és la lluita contra el discurs de l'odi o *hate speech*, impulsada

tant des de la Unió Europea com des del Consell d'Europa. Aquest tipus penal requereix una voluntat inequívoca i principal d'exaltar l'odi i els perjudicis contra un determinat col·lectiu o bé ofendre en el significat, com a mínim proper a la lesió psíquica en el sentit penal del terme, una persona o col·lectiu. Com a tal, ha estat imprescindible per perseguir la distribució de publicacions nazis a Barcelona o donar empara a víctimes de persecució per raó d'orientació sexual o identitat de gènere. Ara bé, cal que aquest important precepte no sigui emprat amb finalitats diferents d'aquelles per a les quals va ser creat i, com succeeix amb el delictes d'enaltiment del terrorisme, no sembla que en un context d'humor es pugui produir l'element d'exaltació de l'odi contra un col·lectiu. Cal apreciar-ne la voluntat o el dol, usant la terminologia penal, perquè arribi a existir. En aquest sentit, una valoració crítica del contingut de l'obra i de la inadequació de la seva representació davant de menors d'edat –circumstància per la qual l'Ajuntament de Madrid va demanar disculpes– és perfectament legítima, però mai no hauria de ser objecte d'un procediment penal.

El darrer element que denota una mala administració de la justícia, en aquest cas emblemàtica, és l'ús de la presó preventiva contra els dos titellaires, durant cinc dies, en un cas de desproporció evident entre els fets objectius, la seva rellevància penal (nulla en última instància) i l'ús dels mecanismes de coerció per part de l'Estat.

En qualsevol cas, l'anàlisi del cas dels titellaires, que es podria fer extensiu a altres supòsits,⁹ és clarament il·lustrativa de l'ús desproporcionat del Codi penal per coartar el lliure exercici del dret a la llibertat d'expressió i per intentar castigar penalment les veus discordants amb el discurs oficial de les instàncies governamentals. Malgrat que finalment s'arxivi la causa –en altres casos hi ha sentències absolutòries–, aquests tipus de casos exemplifiquen el que el TEDH ha anomenat **efecte dissuasiu** (*chilling effect*), que té greus afectacions pràctiques en l'exercici dels drets humans i les llibertats fonamentals.¹⁰

⁹ Cas de Rita Maestre, regidora d'Ahora Madrid a l'Ajuntament de Madrid, condemnada en primera instància per un presumpte delictes contra els sentiments religiosos, per bé que va ser absolta posteriorment per l'Audiència Provincial de Madrid.

¹⁰ Assumpte Ricci contra Itàlia, STEDH de 8 de gener del 2014, par. 52.

2.4. XARXES SOCIALS I LLIBERTAT D'EXPRESSIONS

Les imputacions per delictes d'enaltiment del terrorisme i per delictes d'odi per expressions manifestades a les xarxes socials també mereixen una menció especial, en la mesura que sembla que els poders públics no tenen un criteri clar per diferenciar l'exercici de la llibertat d'expressió, per molt molesta que pugui resultar, del que són atacs i expressions d'odi vers persones o col·lectius per raó de la seva pertinença a un grup.¹¹ En tot cas, sembla que l'abús d'aquests tipus penals és endèmic a la Unió Europea, atès que, segons Amnistia Internacional, l'any passat “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”.¹²

Darrerament ha estat notícia que s'estiguin celebrant a l'Audiència Nacional fins a set judicis vinculats a expressions manifestades a les xarxes socials (principalment Twitter) que la Guàrdia Civil ha considerat “enalteciment del terrorisme”. Malgrat que siguin considerades mostres d'humor, de gust dubtós i sovint ofensives, un estat democràtic les hauria d'acceptar com a manifestacions de la llibertat d'expressió.

El resultat d'aquests judicis és imprevisible, atès que, focalitzant només en els primers mesos de 2017, hi ha com a mínim quatre precedents aparentment contradictoris. Inicialment, la condemna penal del músic del grup Def Con Dos, César Strawberry, amb piulades referides a Carrero Blanco, el rei, ETA i els GRAPO, i l'absolució del regidor d'Ahora Madrid, Guillermo Zapata, que reproduïa acudits sobre víctimes de l'Holocaust o sobre la víctima del terrorisme Irene Villa en uns tuits emesos anys abans de ser escollit per al càrrec.¹³ Darrerament també s'ha conegut l'absolució d'un altre tuitaire, Arkaitz Terron, per l'Audiència

Nacional (sentència de 21 de març de 2017). Com en el cas de Strawberry, els seus tuits feien freqüents referències a Carrero Blanco. En canvi, la mateixa Audiència Nacional ha condemnat a un any de presó i set d'inhabilitació la jove Cassandra Vera per haver fet diversos acudits sobre Carrero a Twitter (sentència de 29 de març de 2017).¹⁴

Per la seva banda, tot rebutjant un criteri excessivament ampli del delicte d'odi, el Síndic de Greuges ha obert actuació d'ofici i ha traslladat a la Fiscalia la publicació de piulades agressives contra els catalans en ocasió de fets luctuosos com ara l'accident de l'avió de la companyia Germanwings o l'assassinat d'un professor a l'Institut Joan Fuster de Barcelona (en aquest darrer cas, també la defensora del poble es va adreçar al fiscal general de l'Estat), i també al voltant de la xiulada a l'himne espanyol a la final de la Copa del Rei de futbol de 2015. Al Síndic li consta que la Fiscalia de Catalunya ha iniciat algunes investigacions al voltant d'aquests fets i que recentment s'ha produït una condemna.

Atesa la confusió existent al voltant d'aquests delictes d'odi i d'enaltiment del terrorisme, caldria revisar la legislació vigent i la doctrina jurisprudencial per aconseguir-ne un perfecte equilibri amb la llibertat d'expressió.

2.5. L'INFORME GRECO

En un estat democràtic i de dret el respecte escrupolós del principi de separació de poders és essencial. A parer d'organismes internacionals rellevants, Espanya, en canvi, està donant senyals d'erosió d'aquest principi.

En aquest sentit, és simptomàtica la denúncia del Consell d'Europa, en el denominat Informe GRECO, en el qual critica el Regne d'Espanya per no haver atès les seves recomanacions per enfortir la independència judicial.¹⁵

¹¹ Resulta il·lustratiu en aquest sentit, Laia Serra, “El efecto boomerang de llevar a juicio el discurso del odio”, *eldiario.es*, 21 de març de 2017.

¹² Amnistia Internacional 2016/17, cit. *supra*, pàg. 50. I continua dient: “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.”

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

¹⁴ German Teruel, “Cassandra y el por qué tuitear chistes no es delito”, *Agenda Pública*, 30 de març de 2017.

L'any 2013 el Grup d'Estats contra la Corrupció (GRECO) del Consell d'Europa va plantejar al Regne d'Espanya onze recomanacions per combatre millor la corrupció entre els parlamentaris, els jutges i els fiscals. Gairebé tres anys després, considera que **cap de les onze mesures proposades llavors ha obtingut una resposta satisfactòria**. Sis d'aquestes mesures ni tan sols s'han posat en marxa.¹⁶

En termes generals, les mesures recomanades pel GRECO se centren a aconseguir una major independència del poder judicial, però també de la Fiscalia, i a dotar de més transparència l'activitat parlamentària. La resposta en els tres capítols és "decebedora" i "globalment insatisfactòria", segons el GRECO. Entre altres mesures, el GRECO ha criticat el Regne d'Espanya **per no garantir la independència del Consell General del Poder Judicial**. La institució recorda al Regne d'Espanya que "les autoritats polítiques no han d'intervenir en cap de les etapes del procés de designació dels magistrats" i destaca que el Govern no ha analitzat, tal com se li va exigir, el resultat en aquest sentit de la reforma de 2013, que va mantenir l'elecció dels jutges pel Congrés.

Les crítiques al sistema espanyol d'elecció del Consell General del Poder Judicial (CGPJ) són particularment dures en aquest informe del Consell d'Europa. I no s'ha d'oblidar que el CGPJ nomena tots els magistrats del Tribunal Suprem, tots els presidents dels tribunals superiors de justícia i tots els presidents de les audiències provincials. També cal destacar que des de la promulgació de la Constitució de 1978 s'ha legislatat en diverses ocasions el mecanisme d'elecció dels vocals del CGPJ i que cap dels sistemes no ha estat satisfactori en termes d'assegurar la independència del govern dels jutges. Entre aquestes recomanacions hi havia analitzar i demostrar l'efectiva independència del CGPJ, tenint en compte la reforma empresa mesos abans. Aquella reforma es va aprovar amb els únics vots a favor del Partit Popular i mantenia la

potestat del Congrés i el Senat per elegir els 20 membres del CGPJ. A més, fins aquell moment, els càrrecs nomenats pel Consell (els principals en la carrera judicial) es decidien al seu si per majoria qualificada dels vocals (tres cinquenes parts dels vots). Ara es fa per majoria simple, la qual cosa és un canvi negatiu en vista dels informes anteriors del Consell d'Europa. Aquest veia en la majoria qualificada un marge més petit per a les maniobres polítiques, atès que es requeria "un acord entre les forces polítiques parlamentàries". Segons el GRECO, el Govern espanyol no ha fet cap anàlisi per demostrar que el màxim òrgan dels jutges ha guanyat independència. Només ha al·legat davant el Consell d'Europa que "la reforma buscava el major consens possible en el sistema de nomenaments dels jutges sortits de les seves pròpies files, la qual cosa apaivagaria el debat polític un cop nomenats els magistrats per part del Parlament". Espanya també va al·legar que el mètode d'elecció s'ha de respectar perquè està contingut en la Constitució espanyola, la qual cosa no convenç el GRECO, que afirma que "la Constitució no precisa les modalitats de selecció dels membres de la magistratura al CGPJ". No obstant això, a parer d'algun autor, es tracta d'una politització del CGPJ, que afecta negativament el conjunt del sistema judicial.¹⁷

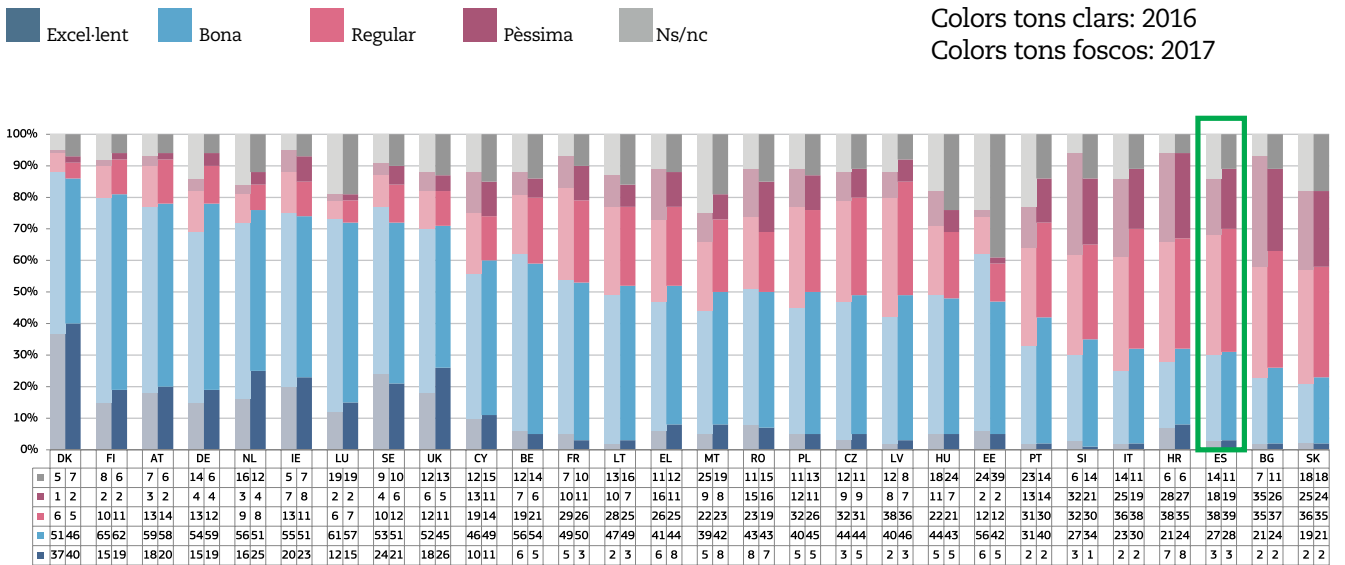
Els experts europeus en matèria d'anticorrupció mostren en l'informe la seva inquietud per l'opinió generalitzada entre els jutges que el seu màxim òrgan rector no respecta el principi d'independència (segons un sondeig intern) i pel fet que el Regne d'Espanya encara ocupi el vint-i-cinquè lloc (de vint-i-vuit) pel que fa a la mala percepció dels ciutadans referent a això, segons una anàlisi elaborada per la UE (en el darrer Eurobaròmetre, Espanya baixa al lloc vint-i-sisè en aquesta percepció de manca d'independència del poder judicial). Per al GRECO, és fonamental recuperar la confiança dels ciutadans en les seves institucions.

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

¹⁶ Les sis mesures que el Regne d'Espanya no ha adoptat i que havia demanat el Grup d'Estats contra la Corrupció són: 1. Que el Congrés i el Senat adoptin un codi de conducta amb mesures pràctiques aplicables; 2. Que es faci un registre de lobbistes i un codi de conducta per a la professió; 3. Que es prenguin mesures per garantir un control de les obligacions declaratives dels parlamentaris; 4. Que s'analitzi el marc legislatiu del Consell General del Poder Judicial (CGPJ); 5. Que es legislin criteris objectius i regles d'avaluació per als nomenaments a les altes funcions de la judicatura, i 6. Que s'ampliïn els terminis de prescripció de procediments disciplinaris dels jutges. Les cinc mesures adoptades parcialment són: 1. Que es torni a examinar el tipus de dades que han de fer públics els parlamentaris; 2. Que els jutges adoptin un codi deontològic públic; 3. Que es revisi el mètode de selecció i la durada del mandat del fiscal general; 4. Que els fiscals adoptin un codi deontològic, i 5. Que s'estableixi un marc reglamentari específic per a les sancions disciplinàries en la fiscalia.

¹⁷ Joan Queralt, "Preservar la Judicatura", *El Periódico*, 17 d'octubre de 2016.

Gràfic 2: Percepció de la independència judicial



Font: Eurobaròmetre

Hi ha altres supòsits de manca de respecte institucional als tribunals, en aquest cas, internacionals. En són exemples la sentència de la Gran Sala del Tribunal Europeu de Drets Humans de 2012, que va declarar il·legal l’anomenada *doctrina Parot*, en la mesura que significava una aplicació retroactiva *in peius* de la llei penal. O la més recent de 2016 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, relativa a les anomenades *clausules terra*, que obliga els bancs espanyols a retornar íntegrament els diners cobrats per les taxes d’interès mínim. Ambdues van ser rebudes pel Govern de l’Estat amb manifestacions explícites en contra de la seva execució i intents de retardar el desplegament dels seus efectes jurídics dins de l’ordenament jurídic espanyol.¹⁸ Amb tot, la primera ja és plenament operativa, en tant que la seva posada en pràctica depenia exclusivament de l’Audiència Nacional, mentre que la segona també està en camí de ser-ho mitjançant la intervenció del Tribunal Suprem, malgrat que es nega la retroactivitat amb data anterior al 2013, i a més l’avantprojecte de llei de contractes immobiliaris no reconeix el nivell de garanties plantejades per Europa.

2.6. LA REFORMA DE LA LLEI ORGÀNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Un dels majors exponents dels darrers temps de la desdibuixada separació entre poders a Espanya ha estat la reforma de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, avalada per aquest mateix òrgan, motivada pel procés sobiranista.

Introducció

Darrerament s’ha aguditzat el debat social sobre la judicialització de la política i la politització de la justícia (incloent-hi la constitucional) com a expressió d’un afebliment de la separació de poders a Espanya. Un afebliment especialment greu quan afecta la institució creada per vetllar pel respecte de la Constitució. En efecte, els tribunals constitucionals es creen exclusivament per garantir que un òrgan (el Tribunal Constitucional –TC) controlarà els altres poders perquè els darrers respectin la Constitució. És imprescindible, doncs, garantir-ne la independència respecte dels altres poders de l’Estat.

¹⁸ Sobre el primer cas, se’n pot veure un bon resum en aquest article d’aquell moment (d’octubre de 2013): <http://ara-info.org/el-tribunal-de-estrassburgo-desestima-el-recurso-del-gobierno-espanol-y-falla-a-favor-de-ines-del-rio/>

En els darrers anys s'han produït diversos senyals que indiquen una crisi institucional del TC i de credibilitat pel que fa a la seva independència. D'una banda, s'han viscut polèmiques com ara la recusació d'un dels seus membres en la sentència relativa a l'Estatut de Catalunya, les pugnes partidistes i les demores en la seva renovació (com està succeint ara a Catalunya amb algunes institucions de rellevància estatutària), o fins i tot el fet que el fins fa poc president del tribunal tingués un clar vincle amb el partit polític que governa l'Estat. De l'altra, la recent reforma de la seva llei orgànica i la sentència del TC que l'avalua signifiquen, en paraules de l'aleshores magistrada del TC Adela Asúa, que el TC està "abdicant" de l'exercici de les seves funcions.¹⁹

L'anàlisi de la reforma de la LOTC que es presenta a continuació se centrarà en la sentència del TC (STC 185/2016, de 3 de novembre de 2016), en què aquest avala la constitucionalitat de la reforma de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTC).²⁰ Dit això, cal tenir en compte que no es tracta d'establir aquí quina seria la jurisprudència correcta. L'objectiu és posar de manifest que l'actuació de les institucions d'acord amb els paràmetres estatals i internacionals de l'Estat de dret són essencials per garantir els drets fonamentals dels individus.

La reforma

La Llei orgànica 15/2015 va ser aprovada a les Corts Generals per la via d'urgència al final de la X legislatura. Introdueix una nova redacció de l'article 92.4 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTC) en aquests termes:

"En cas que es constati que una resolució dictada en l'exercici de la seva jurisdicció es pot estar incomplint, el Tribunal, d'ofici o a instància d'alguna de les parts del procés en què hagi recaigut, ha de requerir les institucions, autoritats, empleats públics o particulars a qui correspongui portar a terme

el seu compliment que en el termini que se'ls fixi informin en aquest sentit.

Rebut l'informe o transcorregut el termini fixat, si el Tribunal aprecia l'incompliment total o parcial de la seva resolució, pot adoptar qualssevol de les mesures següents:

a) Imposar una multa coercitiva de tres mil a trenta mil euros a les autoritats, empleats públics o particulars que incompleixin les resolucions del Tribunal. La multa es pot reiterar fins al compliment íntegre del que es mana.

b) Acordar la suspensió en les seves funcions de les autoritats o empleats públics de l'Administració responsable de l'incompliment, durant el temps necessari per assegurar l'observança dels pronunciaments del Tribunal.

c) L'execució substitutòria de les resolucions recaigudes en els processos constitucionals. En aquest cas, el Tribunal pot requerir la col·laboració del Govern de la nació a fi que, en els termes que fixi el Tribunal, adopti les mesures necessàries per assegurar el compliment de les resolucions.

d) Deducir l'oportú testimoni de particulars per exigir la responsabilitat penal que pugui correspondre."

La reforma permet que el TC apliqui mesures executives per obligar la resta de poders a complir les seves sentències. **Mesures sancionadores que són indeterminades quant al contingut, sense límit temporal, que afecten persones aforades, respecte de les quals no hi ha cap possibilitat de recurs i que es prendrien sense audiència a la part.** En suma, mesures exorbitants des de qualsevol perspectiva democràtica del dret sancionador, sigui penal o administratiu.

Aquests canvis van ser impulsats pel Partit Popular l'octubre del 2015, quan tenia majoria absoluta a les Corts Generals, i de les actes de la sessió en què es va debatre la

¹⁹ "[...] estamos ante una lamentable "abdicación" en el ejercicio de la jurisdicción constitucional." pàg. 61 STC 185/2016, de 3 de novembre de 2016.

²⁰ Sentència 185/2016, de 3 de novembre de 2016, que es pot consultar a: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2016_088/2016-00229STC.pdf (posteriorment hi va haver la sentència que resol el recurs presentat per la Generalitat de Catalunya, en què el TC respon en termes semblants als de la sentència comentada. S'hi pot accedir a: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2016_100/Sentencia_2015-07466STC.pdf).

reforma se'n desprèn que la seva motivació va ser únicament i exclusiva la lluita contra el procés sobiranista a Catalunya.

La Llei va ser objecte de dos recursos al mateix Tribunal Constitucional, que aquest va desestimar en les sentències núm. 215/2016 i 185/2016, ambdues objecte d'un vot particular contrari dels magistrats Asúa, Valdés i Xiol.

Dos apunts sobre la sentència

L'anàlisi del context social i polític de les normes examinades és cabdal en els raonaments d'un tribunal constitucional

Els tribunals constitucionals estan cridats a pronunciar-se sobre les qüestions més difícils que es formula una societat. L'avortament és constitucional? Il·eutànasia? I la clonació? La llista és inacabable, com ho són les qüestions que no tenen una resposta clara en la Constitució, ja sigui perquè no hi ha unanimitat en la societat o perquè el debat s'ha generat en una etapa postconstituent. Els tribunals constitucionals sovint han de raonar sobre la constitucionalitat de lleis en què la societat està dividida i en què la Constitució tant pot ser interpretada per donar la raó a uns com als altres. Això fa que els tribunals constitucionals hagin de recórrer a diversos tipus de tècniques interpretatives i una d'aquestes és la contextualització.

En aquesta sentència no es connecta en cap moment l'anàlisi jurídica amb la realitat social que ha fomentat la reforma, que no és altra que el procés sobiranista a Catalunya. Tal com apunten en el seu vot particular els tres magistrats dissidents, la nova redacció de l'article 92.4 (*vid. supra*) en realitat no atorga al TC competències en l'execució de les sentències, sinó que dota el Tribunal de capacitat sancionadora en un àmbit molt concret: **disciplinar les autoritats de les comunitats autònomes que no respectin una sentència del TC**. Tot i que la norma parla d'un poder de coerció del TC perquè s'executin les sentències davant de l'incompliment de qualsevol persona, òrgan, autoritat, etc., els vots particulars analitzen en profunditat l'article i van eliminant

supòsits en els quals no seria aplicable, fins que arriben a la conclusió que només es podria aplicar davant les actuacions de governs i autoritats autonòmiques. L'absència d'aquesta anàlisi en la sentència no fa més que subratllar la voluntat del TC de desconnectar l'anàlisi de la norma amb les comunitats autònomes. El TC sembla no voler fer palès que no es tracta, doncs, de configurar un poder general sobre l'execució de les seves sentències, sinó un de particular per constrènyer les autoritats de les comunitats autònomes.

Una potestat anòmala per a un tribunal constitucional: potestat sancionadora

L'article 92.4 LOTC atorga la capacitat al TC d'obligar al compliment de les seves sentències mitjançant sancions personals. D'una banda, cal tenir en compte que l'execució de les sentències no acostuma a ser un element que conformi les competències dels tribunals constitucionals. Ni el constituent ho va voler (tot i que certament es deixa al legislador desenvolupar el TC), ni en dret comparat es pot dir que sigui gaire comú. Més aviat al contrari, als estats del nostre entorn que tenen TC acostuma a ser l'executiu qui s'encarrega de vetllar per l'execució de les sentències del TC. El fet que s'atorgui aquesta capacitat al TC és un element més que fa posar en guàrdia amb relació als vincles entre govern i TC.

Segons reiterada jurisprudència del TEDH (doctrina Engel) i la mateixa jurisprudència del TC, a través de l'article en disputa no es dota el TC de mesures per executar una sentència, sinó que se'l dota d'una nova potestat sancionadora. Una potestat, com ja s'ha assenyalat, adreçada a persones aforades que vulnera el principi de legalitat, ja que no determina les mesures i els tipus a aplicar ni tampoc no té cap límit temporal.

El TC no té funcions sancionadores per disseny constitucional, ni a Espanya ni a altres Estats amb TC,²¹ de manera que aquest canvi en la LOTC suposa un canvi molt profund en el dibuix d'una de les institucions bàsiques de l'Estat constitucional.

Cal tenir molt en compte l'anàlisi proposada en els vots particulars, en tant que es tracta d'un canvi que afecta l'estructura de l'Estat de

²¹ L'única excepció a la Unió Europea és Àustria, i només pel que fa al delictes de traïció.

dret, i també directament un dret fonamental (art. 23 CE i art. 6 Conveni europeu de drets humans –CEDH). En definitiva, tota mesura sancionadora ha de respectar les garanties formals i materials exigides tant per la CE com pels tractats internacionals ratificats per Espanya. Segons els vots particulars, es tracta d'una norma sancionadora que no respecta aquestes regles, i que és ambigua, innecessària i desproporcionada.

La gravetat de la introducció d'aquesta potestat sancionadora creix en la mesura que la CE ja preveu que es puguin disciplinar les comunitats autònomes que no respectin l'ordre constitucional (art. 155 CE). En aquest punt, el magistrat Juan Antonio Xiol assenyala que “[...] el modelo del art. 155 CE toma como base la idea de 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.” Així doncs, es tracta d'una politització de la justícia, ja que, disposant de vies polítiques, es pretén arribar als mateixos resultats defugint la via política i emparant-se en la judicial, fins i tot creant aquesta via quan no existia fins llavors (com fa l'article 92.4 LOTC).

L'opinió de la Comissió de Venècia

La Comissió Europea per a la Democràcia a través del Dret (Comissió de Venècia), òrgan d'experts del Consell d'Europa, ha tingut ocasió de pronunciar-se sobre la reforma de la LOTC en la seva sessió de 9 de març de 2017.²² L'opinió de la Comissió de Venècia va ser requerida per la Comissió de Control de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, que havia rebut una queixa per la reforma de la Llei del TC.

En síntesi, la Comissió observa que la responsabilitat del TC de garantir l'execució de les seves pròpies sentències és l'excepció en dret comparat i demana que es reconsideri aquesta potestat.

A la Comissió no li sembla problemàtic que el TC insti el Govern de l'Estat a iniciar accions per a l'execució de les seves sentències, ni que

demani informació sobre aquests punts. En canvi, considera qüestionables dos extrems: la capacitat d'imposar sancions econòmiques de caire penal amb caràcter reiterat i la suspensió en les seves funcions dels càrrecs que refusin executar les decisions del Tribunal. Sobre aquest darrer aspecte, assenyala: “L'àmbit personal de la suspensió de càrrec roman indefinit i s'hauria d'especificar. Seria problemàtic si inclogués jutges o càrrecs electes, com la redacció de l'article 92 sembla que indica”.

En síntesi, la Comissió de Venècia rebutja que l'executiu central carregui sobre el TC la responsabilitat de fer complir les seves pròpies sentències. Estableix que, mitjançant la reforma, pot semblar que s'augmenta el poder del TC, però el que està fent és danyar-ne la independència. La Comissió de Venècia manifesta expressament que “l'atribució de responsabilitat total i directa de l'execució de les seves sentències al mateix tribunal s'hauria de reconsiderar a fi de promoure la percepció del tribunal com un àrbitre neutre, com ara el jutge de les lleis”. Afegeix, en aquest informe no vinculant, que “per a qualsevol mesura executiva, el tribunal no hauria d'actuar *motu proprio*, sinó sota requeriment de les parts”. La Comissió considera legítim prendre mesures per assegurar el compliment de les sentències, però no creu que sigui positiu atorgar aquesta responsabilitat al TC. De fet, assenyala que en dret comparat la fórmula vigent al Regne d'Espanya és l'excepció, ja que, per norma general, aquesta tasca s'atribueix a un altre poder estatal.

Cal destacar que davant aquest pronunciament de la Comissió de Venècia, el Govern central ha estudiat l'aplicació de l'article 116 de la CE per si fos necessari per aturar el procés català. En efecte, el document d'al·legacions que l'executiu central va enviar a la Comissió de Venècia afirma que “si la situació fos més greu” i no es pogués solucionar amb altres eines, com ara l'article 155 CE, es podria aplicar el 116, que es refereix a l'estat d'alarma, excepció i setge.²³ Es tracta de la mesura més extrema que es pot adoptar en qualsevol règim democràtic.²⁴

²² 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.

²³ 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.

²⁴ Com a reacció a aquesta informació, l'expert independent de l'ONU, Alfred de Zayas, ha manifestat en una entrevista que Espanya no pot emprar l'estat de setge per coartar el dret a l'autodeterminació: <http://www.vilaweb.cat/noticies/de-zayas-spain-cannot-invoke-the-state-of-siege-to-destroy-the-right-to-self-determination/>

3. REGRESSIONS EN DRETS I LLIBERTATS A CATALUNYA

Aquest informe no pretén abastar totes les regressions i les vulneracions en l'àmbit dels drets i les llibertats que s'han produït a Catalunya en els darrers anys. En els àmbits de polítiques socials, administracions públiques i tributs, polítiques territorials, consum, seguretat ciutadana i justícia, participació, universitats, cultura i llengua es fa una remissió a tot allò que ja s'ha constatat en el darrer informe del Síndic de Greuges de Catalunya al Parlament.²⁵ En tot allò que fa referència a les competències pròpies del Mecanisme Català per a la Prevenció de la Tortura, es fa una remissió al darrer informe anual, amb una incidència especial a la interpretació inadequada de la Directiva europea sobre el dret a la informació de la persona detinguda.²⁶ No seran objecte d'aquest informe, tot i que no està de més fer-ne esment, sentències recents del Tribunal Constitucional que donen prioritat a una discutible interpretació de la distribució competencial entre Estat i comunitats autònomes per davant d'una anàlisi centrada en la garantia efectiva dels drets.²⁷

En aquesta segona part de l'informe es farà referència a casos concrets de persecució penal de càrrecs electes de caràcter local i autonòmic en el marc d'accions de caràcter eminentment polític. Es tractaran les querelles per desobediència i prevaricació que s'han interposat com a conseqüència de la consulta independentista del 9 de novembre de 2014 o per haver permès una tramitació parlamentària prohibida pel Tribunal Constitucional. Com es veurà, en aquest punt resulta d'una importància especial la Sentència 42/2014, que és el punt de partida per atribuir efectes jurídics a una resolució parlamentària d'impuls polític, cosa que fins aquell moment el TC mai no havia acceptat. També es farà referència a casos d'àmbit local vinculats al delicte de desobediència.

Prèviament, cal fer esment d'algunes manifestacions d'escassa qualitat democràtica pronunciades en els darrers temps i que afecten tant actors polítics i institucionals de Catalunya com de l'Estat.

3.1. DETERIORAMENT DE LA QUALITAT DEMOCRÀTICA

Una democràcia real va molt més enllà de l'exercici del dret de sufragi, però és evident que poder votar en eleccions lliures, periòdiques, en condicions d'igualtat i sense interferències il·legítimes és un pilar fonamental d'un estat democràtic.

En els darrers anys, el Síndic ha denunciat diverses situacions que posen de manifest serioses deficiències en els processos electorals que han tingut lloc a l'Estat, incloent-hi eleccions al Parlament de Catalunya.

Sense anar més lluny, el Síndic de Greuges va obrir una actuació d'ofici l'any 2014 arran de diverses filtracions de presumptes informes de la Unitat de Delictes Econòmics i Fiscals (UDEP) de la Policia Judicial que involucraven polítics catalans en afers de corrupció. Aquestes filtracions no només no tenien la més mínima base factual, sinó que es produïen coincidint amb conteses electorals i amb una clara voluntat d'influir en aquests processos. Es podria, doncs, tractar d'un delicte electoral previst en la Llei orgànica de règim electoral general. La investigació va ser traslladada a la institució del Defensor del Poble, que, després d'algunes actuacions, la va tancar sense trobar-hi cap irregularitat. Tampoc no s'ha esclarit encara l'origen de la filtració ni se n'han dilucidat les responsabilitats polítiques.

En connexió amb aquella actuació, diversos mitjans de comunicació²⁸ han donat a conèixer d'un any ençà l'existència d'una operació policial i d'intel·ligència encoberta contra el procés sobiranista a Catalunya. Les

²⁵ Informe al Parlament 2016 del Síndic de Greuges de Catalunya.

²⁶ Informe anual del Mecanisme Català per a la Prevenció de la Tortura, 2016, pàg. 129-130.

²⁷ Cas de les sentències de 2015 sobre la Llei del Síndic, pel que fa a l'Autoritat Catalana de Prevenció de la Tortura, o la de 2016, pel que fa a la Llei contra la pobresa energètica, entre d'altres.

²⁸ Margarita Batallas, "Un informe policial confirma que hi havia una 'operació Catalunya'". El Periódico, 11-07-2016. Altres mitjans (eldiario.es, Ara, elnacional, etc.) s'han fet ressò d'aquestes operacions.

derivades d'aquesta operació han estat molt diverses, però tenen com a fil conductor l'escàs respecte per la dissidència, la llibertat d'expressió i la separació de poders a Espanya.

Potser el cas més xocant per a l'opinió pública ha estat la revelació de converses amb contingut conspirador entre l'exministre de l'Interior, Jorge Fernández Díaz, i l'exdirector de l'Oficina Antifrau de Catalunya, Daniel de Alfonso, revelades pel diari *Público* el juny de 2016. Les reunions entre tots dos es van produir pocs dies abans de la consulta independentista del 9N (2014) i en aquestes converses Fernández Díaz demanava al cap de l'Oficina Antifrau que busqués proves incriminatòries contra el germà d'Oriol Junqueras, líder d'Esquerra Republicana de Catalunya. A més, discutien sobre com aconseguir dades que permetessin desprestigiar o acusar judicialment els líders d'ERC i CDC. Fernández Díaz, per la seva banda, insinuava que el president del Govern, Mariano Rajoy, estava informat de les converses.

El Síndic va obrir una actuació d'ofici en aquest cas i va traslladar els fets al Defensor del Poble i a la Fiscalia del Tribunal Suprem, com van fer els representants d'alguns partits polítics. La Fiscalia va declinar actuar, mentre que la Sala Penal de Tribunal Suprem ha arxivat (amb l'informe favorable del fiscal per a aquest arxivament) la querella interposada pel Partit Demòcrata Català (PDECat) contra l'exministre de l'Interior, Jorge Fernández Díaz, i l'exdirector de l'Oficina Antifrau de Catalunya, Daniel de Alfonso Laso. Com que es tracta d'una prova obtinguda il·legalment, l'arxivament potser era previsible. En canvi, resulta insòlit que no hi hagi constància d'una investigació judicial sobre l'obtenció indeguda de la prova, evidentment delictiva. Tampoc el Govern no ha tingut cap interès a explicar el que va passar a l'opinió pública, el Govern no ha facilitat cap explicació dels fets a l'opinió pública, la qual cosa suposa un clar exemple de mala administració, a banda de les possibles responsabilitats penals dels fets. En la legislatura actual, però, s'ha iniciat una comissió d'investigació al Congrés dels Diputats que podria aportar alguna llum sobre aquests fets, malgrat que de moment l'acord dels grups parlamentaris del PP i del PSOE impedeix la compareixença dels alts

càrrecs policials directament implicats en l'afer.

En aquest context, no és sobrer fer esment que l'any 2015 –en què hi va haver eleccions municipals, catalanes i generals–, el Síndic va emetre una resolució en què posava de manifest algunes deficiències en els processos electorals:

- Les dificultats per exercir el vot per correspondència, tant des de territori de l'Estat com des de l'exterior. En particular, pel que fa a aquest segon, la implantació del “vot pregat” a partir de 2011 ha generat uns terminis d'emissió de vot pràcticament impossibles de complir, cosa que al seu torn ha comportat una important davallada de la participació de votants a l'estranger.

- Discriminacions a l'hora d'exercir el dret de vot de persones amb discapacitat, en particular persones amb discapacitat visual i ceguesa, mobilitat reduïda i, sobretot, persones incapacitades legalment, amb sentències judicials que limitaven innecessàriament aquest dret.

- La mala praxi dels blocs electorals en televisions públiques i el fet que les televisions privades tampoc no respectessin una mínima ponderació en la participació de diferents sensibilitats polítiques. En aquest aspecte en particular, el Síndic va publicar l'*Informe sobre el dret de vot, igualtat i proporcionalitat en la campanya electoral* (setembre de 2015), en què es donaven dades que demostraven un biaix de les televisions privades marcadament favorable als grans partits tradicionals d'àmbit estatal abans i durant la campanya electoral.

- En el marc de les eleccions catalanes de setembre de 2015, la vulneració, per part d'una entitat privada, de la Llei electoral, en tant que prohibeix a les persones jurídiques diferents de partits i candidats “fer campanya electoral a partir de la data de la convocatòria de les eleccions”. La Junta Electoral Provincial de Barcelona va constatar aquesta vulneració, però ho va fer el mateix dia dels comicis i sense obrir cap expedient sancionador.

Algunes de les deficiències assenyalades en aquell informe es poden considerar de caràcter tècnic i estan en vies de superació (les limitacions a la restricció de vot en

supòsits d'incapacitació judicial, per exemple; o, en alguns mitjans, la qüestió dels blocs electorals). No obstant això, les interferències més greus en la qualitat democràtica dels processos electorals (filtració d'informes falsos en plena campanya, biaixos informatius, vulneració de la Llei electoral) no han tingut la més mínima resposta dels òrgans competents (Fiscalia i juntes electorals, segons el cas).

La mateixa manca de qualitat democràtica es pot mantenir davant de l'impuls insuficient de les polítiques de memòria democràtica a l'Estat i a Catalunya (en particular, en algunes localitats on es posen traves a la retirada de símbols franquistes). Al llarg dels anys, el Síndic ha actuat, tant a instància de part com d'ofici, en diversos aspectes vinculats a la recuperació de la memòria democràtica. L'any 2016, coincidint amb el 80è aniversari de l'inici de la Guerra Civil, es va obrir una actuació d'ofici amb la finalitat de posar en relleu els apartats més rellevants de l'Informe del relator especial de l'ONU, Pablo de Greiff, sobre la promoció de la veritat, la justícia, la reparació i les garanties de no-repetició, en què evidencia que l'Estat espanyol no ha afrontat el passat ni ha fet prou justícia.

Segons de Greiff, els buits més grans es manifesten pel que fa a la veritat i la justícia. "No es va establir mai una política d'estat en matèria de veritat, no hi ha informació oficial, ni mecanismes per aclarir la veritat".²⁹

L'informe del relator s'articula amb relació als principis i les directrius bàsics sobre el dret de les víctimes de violacions manifestes de normes internacionals de drets humans que porten aparellats el reconeixement dels drets següents: el dret a la veritat, el del dret a la justícia, el dret a la reparació i a les garanties de no-repetició (Resolució 60/147, de 16 de desembre, de l'Assemblea General de les Nacions Unides).

A aquests efectes, l'informe recomana a l'Estat que mostri un compromís decidit per donar plena vigència, amb caràcter prioritari, als drets esmentats. Així mateix, estima que

cal avaluar amb rigor l'aplicació de la Llei de memòria històrica i el seu ús efectiu per part de les víctimes per ajustar els models i les mesures als seus reclams, i establir canals de comunicació entre les autoritats competents, les víctimes i les associacions, sense que en cap cas les limitacions de recursos puguin justificar una inacció a favor d'aquestes mesures. Aquest posicionament de l'ONU contrasta amb la política dels successius governs espanyols (manca d'obertura de fosses, anul·lació de consells de guerra, etc.), que té com a expressió emblemàtica la preservació monumental del Valle de los Caídos.

Com s'ha vist, l'aparent deteriorament de la qualitat democràtica no és privatiu de les institucions de l'Estat. A principis del 2017 el Síndic ha obert dues actuacions d'ofici arran de les declaracions, com a mínim, desafortunades de càrrecs polítics catalans. En primer lloc, d'un senador independentista que afirmava, entre d'altres, que el Govern de Catalunya tenia llistes d'afectes i desafectes a la causa independentista, i també dades protegides dels ciutadans de Catalunya com ara les de caràcter fiscal. La resposta del Departament d'Economia ha estat, a banda de negar qualsevol versemblança a aquestes manifestacions, sotmetre l'Agència Tributària de Catalunya a una auditoria de protecció de dades, tot i que no ha considerat necessari, contra el criteri del Síndic, iniciar accions legals per defensar el bon nom de la Generalitat.

En segon lloc, per les declaracions en seu parlamentària de la consellera de Governació en què animava els funcionaris de la Generalitat a demanar un dia d'assumptes propis per donar suport als ex-alts càrrecs del Govern català en el primer dia del judici pel cas 9N. Malgrat les disculpes públiques de la consellera, el Síndic ha manifestat que resulta inadmissible aquest tipus d'indicacions per part del responsable polític de tot el funcionariat de la Generalitat, i va rebre resposta clara del Departament en el sentit de no haver emès, ni tenir previst emetre, cap instrucció, circular o recomanació oficial sobre aquest assumpte.

²⁹ Informe del relator especial sobre la promoció de la veritat, la justícia, la reparació y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Misión a España. Doc. A/HRC/27/56/Add., de 22 de juliol de 2014.

3.2. ALGUNS CASOS RECENTS DE JUDICIALITZACIÓ DE LA POLÍTICA

Tal com s'ha assenyalat en la primera part d'aquest estudi, la jurisprudència del TEDH demana una protecció especial per a la llibertat d'expressió de les persones que ocupen càrrecs de representació. És per aquest motiu que aquesta segona part se centra en procediments judicials adreçats a polítics per actes realitzats en l'exercici de les seves funcions.³⁰

Abans d'analitzar els casos concrets, cal recordar l'especial importància de la Sentència 42/2014, ja que és el punt de partida a l'hora d'atribuir efectes jurídics a una resolució parlamentària de caràcter merament polític.³¹ Aquesta sentència va suposar un canvi de gran transcendència en la jurisprudència constitucional, ja que sempre abans el TC havia defensat (STC 40/2003) que les resolucions parlamentàries d'impuls polític no tenien efectes jurídics i no eren impugnables jurisdiccionalment. En canviar aquest criteri, la Sentència 42/2014 permet la subjecció a control jurisdiccional de resolucions parlamentàries de caràcter estrictament polític, tal com s'exposarà més endavant.

1. La imputació i la condemna de l'expresident de la Generalitat de Catalunya i de tres dels seus consellers ha cridat l'atenció fins i tot dels òrgans de supervisió dels drets humans de l'ONU.³²

El 27 de setembre del 2014 el llavors president de la Generalitat, Artur Mas, va signar el Decret 129/2014, de convocatòria de la consulta popular no referendària sobre el futur polític de Catalunya, d'acord amb la Llei de consultes populars no referendàries i d'altres formes de participació ciutadana,

aprovada el dia abans. La consulta es va convocar per al dia 9 de novembre de 2014.

Aquest decret va provocar un consell de ministres extraordinari del Govern espanyol celebrat a la Moncloa el dia 29 de setembre (dissabte) i, després de l'informe preceptiu del Consell d'Estat (reunit diumenge), es van presentar recursos d'inconstitucionalitat contra la Llei de consultes i el Decret de convocatòria davant el Tribunal Constitucional, que es va reunir de forma extraordinària (dilluns), per primera vegada des de la seva creació, per admetre a tràmit els recursos. Amb l'admissió dels recursos se suspenia automàticament de manera cautelar durant cinc mesos la Llei de consultes i el Decret de convocatòria.

Aquesta suspensió judicial va comportar que el 14 d'octubre el llavors president Artur Mas fes un anunci verbal de convocatòria des del Palau de la Generalitat de Catalunya d'un procés de participació ciutadana que incloïa una consulta amb la mateixa pregunta i que es duria a terme el mateix dia que figurava en el Decret de convocatòria suspès.

Davant d'aquesta declaració política, el Govern espanyol va presentar davant el TC una nova impugnació que va provocar la providència cautelar del 4 de novembre de 2014; instrument legal que seria utilitzat més endavant per a la imputació penal dels càrrecs electes.

Cal destacar que, tot i que l'executiu havia instat els magistrats del TC que, en la seva resolució, advertissin el president de la Generalitat de l'obligació de complir aquesta suspensió i de les responsabilitats i infraccions que suposaria ignorar-la, aquest advertiment no apareix en la providència cautelar.

³⁰ La classe política no és l'única afectada en la seva llibertat d'expressió. En aquest sentit, val la pena recordar que el 9 de març de 2017 el Tribunal Suprem va desestimar la demanda de la magistrada Àngels Vivas per haver estat preterida pel CGPJ en el nomenament com a presidenta de l'Audiència Provincial de Barcelona respecte d'un altre candidat manifestament menys qualificat. El TS manifesta de manera explícita que, tot i el dret a la llibertat d'opinió i expressió de què gaudeix la magistrada, el fet d'haver-se posicionat obertament en favor de l'anomenat *dret a decidir* té conseqüències. I que "ningú no pot esperar un tracte de favor" (sic) si "expressa públicament les seves opinions sobre qüestions socialment controvertides, ni menys encara sobre iniciatives polítiques de molt dubtós encaix constitucional". El Tribunal tampoc no pondera la condició de dona de la magistrada ni l'obligació d'equilibrar els càrrecs públics per raó de gènere.

³¹ 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 d'abril de 2014.

³² Preocupació que han constatat les Nacions Unides mitjançant l'expert independent sobre la promoció d'un ordre democràtic i equitatiu, Alfred de Zayas. Per nota de 30 de gener de 2017 manifesta la seva preocupació per "la campaña difamatoria denominada 'Operación Cataluña' contra dirigentes políticos catalanes" i pel fet que "los juicios contra antiguos dirigentes que organizaron el referéndum continúen".

En aquest punt és quan s'entra en la dimensió penal del conflicte, que és la que el Síndic considera de legitimitat més dubtosa i en què es constata la influència que té l'executiu sobre la Fiscalia.³³ Aquesta incidència va ser pública i va suposar una important crisi institucional del Ministeri Fiscal perquè en un primer moment els **fiscals del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya van concloure que no hi havia fonaments jurídics per imputar els membres del govern.**

Els fiscals del TSJC argüien que la suspensió cautelar de la consulta va ser automàtica, ja que així ho estableix la llei quan el Govern recorre contra la decisió d'un govern autonòmic, i assenyalaven que **el Constitucional no va emetre cap ordre expressa sobre l'abast de la seva prohibició.** També manifestaven que la suspensió del TC no incloïa un requeriment i una prevenció expressa que advertís les autoritats vinculades a l'organització de la consulta del 9N que no hi havien de col·laborar i de les responsabilitats penals en què podrien incórrer si ho feien.

No obstant això, atès el caràcter jeràrquic de la institució, el fiscal superior de justícia de Catalunya va haver de signar la querella per ordre del fiscal general de l'Estat.³⁴

Un any i mig més tard, mentre es debatia la fallida investidura de la XI legislatura, la Fiscalia va demanar al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que proposés al Tribunal Suprem investigar l'exconseller de la Generalitat Francesc Homs, aleshores diputat del Congrés, pel paper que havia tingut en l'organització de la consulta del 9N. La pena que se sol·licitava per a tots els investigats era la d'inhabilitació per a l'exercici de càrrecs públics.

En el moment de presentar aquest informe, ja hi ha hagut la vista oral i sentència dels dos judicis. En aquestes vistes orals s'ha produït l'absurd que hi ha hagut un intercanvi de testimonis en ambdós processos, ja que

investigats davant del TS han declarat com a testimonis davant del TSJC i, al mateix temps, investigats davant del TSJC han hagut de declarar com a testimonis a Madrid.

El 13 de març de 2017 el TSJC va dictar sentència de condemna per un delictes de desobediència a Mas (dos anys d'inhabilitació i multa de 36.500 euros), Ortega (un any i nou mesos d'inhabilitació i multa de 30.000 euros) i Rigau (un any i mig d'inhabilitació i multa de 24.000 euros), mentre que se'ls absol del delictes de prevaricació. Per la seva banda, el 22 de març de 2017, el Tribunal Suprem va condemnar Homs a un any i un mes d'inhabilitació, amb una multa de 30.000 euros.

Cal fer notar que les sentències se separen de la pacífica jurisprudència (fins ara) del Tribunal Suprem, pel que fa a la necessitat d'una ordre explícita, personal i directa, i també un requeriment formal, per apreciar el delictes de desobediència.³⁵

L'existència de dues sentències pels mateixos fets, però amb diferents imputats davant d'instàncies entre les quals hi ha una relació de jerarquia jurisdiccional resulta com a mínim complex i, davant de l'anunci de la interposició d'un recurs contra la sentència del TSJC, que necessàriament s'haurà de dirimir davant la Sala Segona del Tribunal Suprem (que és qui ha jutjat i condemnat Francesc Homs), caldrà veure que la composició efectiva del tribunal no sigui la mateixa que ha jutjat els mateixos fets respecte d'una altra persona.

Amb independència de les sentències, resulta insòlit haver jutjat una acció política, sense efectes jurídics i que únicament va donar un resultat de valor polític i d'expressió ciutadana. Resulta desproporcionat que aquests fets puguin arribar a tenir efectes penals, quan com a resposta s'hauria d'haver donat una acció política activa dels governs i partits polítics.

³³ Cal recordar que el Ministeri Fiscal és una institució jeràrquica el control final de la qual recau en el fiscal general de l'Estat, càrrec designat pel Govern. Aquest fet pot provocar que se'n pugui qüestionar la independència i imparcialitat en casos que són d'interès per al Govern.

³⁴ Un any abans, el març del 2013, el llavors fiscal superior de Catalunya, Martín Rodríguez Sol, va haver de dimitir després d'haver expressat que la consulta catalana "podria ser legal". I és també significatiu que un mes després d'imposar la querella, el desembre de 2014, fos el mateix fiscal general de l'Estat qui dimitís, entre altres qüestions, perquè estava en desacord amb les pressions del Govern a la Fiscalia per raó del 9N.

³⁵ Jaume Alonso-Cuevillas: "Ni desobediència, ni prevaricació", *La Vanguardia*, 11 de febrer de 2017.

2. La Resolució 1/IX del 9 de novembre de 2015 va proclamar el Parlament de Catalunya com a "depositari de sobirania" i va afirmar un procés constituent de "desconnexió democràtica" al marge de la voluntat i l'autoritat de les institucions de l'Estat. La Resolució, que era de caràcter polític i en exercici de la funció parlamentària d'impuls, va ser objecte de recurs per part del Govern de l'Estat davant el TC, el qual, seguint el camí obert en la Sentència 42/2014, va admetre la impugnació del Govern de l'Estat. D'aquesta manera, va acceptar d'entrar definitivament en el procés de judicialització de la política en el cas català. La providència de l'alt tribunal va incloure el manament de fer una notificació expressa a la presidenta del Parlament, que va ser publicada en els diaris oficials pocs dies després.

No obstant això, el 20 de gener de 2016, el Parlament de Catalunya va aprovar la nova Resolució 5/XI, directament vinculada al contingut de fons i propòsits de la resolució anteriorment objecte de recurs, que encarregava la creació d'una comissió d'estudi del procés constituent. A partir d'aquí l'Advocacia de l'Estat va promoure un incident d'execució de la Sentència 259/2015, que va ser estimada pel TC en la interlocutòria del 19 de juliol de 2016. La interlocutòria advertia "els poders implicats i els seus titulars, especialment la Mesa del Parlament, sota la seva responsabilitat, del seu deure d'impedir o paraitzar qualsevol iniciativa que suposés ignorar o eludir els mandats enunciats", fent referència a les conclusions de la dita comissió d'estudi. En aquest punt, cal recordar que la capacitat del TC d'executar les seves sentències li és atorgada per la Llei orgànica 15/2015, aprovada a les Corts per la via d'urgència al final de la X legislatura.

No obstant l'avís, el 20 de juliol de 2016 es publicaven en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* les conclusions d'aquesta comissió d'estudi del procés constituent. Posteriorment, la presidenta va permetre que aquestes conclusions es poguessin incloure a l'ordre del dia del Ple del dia 27 de juliol de 2016, a petició de dos grups del Parlament (Junts X Sí i la CUP), la qual cosa va donar lloc, després de les votacions corresponents, a una nova resolució, la 263/XI. **La Fiscalia, en la querella 10/2016, considera que la presidenta del Parlament no hauria hagut d'autoritzar**

aquestes votacions ni la publicació de les conclusions de la Comissió d'Estudi en el *Butlletí Oficial*, ja que té autoritat per impedir-ho (juntament amb la Mesa) i l'obligació de fer-ho, havent-li-ho notificat expressament el Tribunal Constitucional.

En data de 22 de febrer de 2017, complint amb el manament del Tribunal Constitucional, la Fiscalia Superior de Catalunya va presentar una **nova querella** contra Carme Forcadell per l'aprovació el 6 d'octubre de 2016 al Parlament d'una resolució relativa a la celebració d'un referèndum sobre el futur polític de Catalunya. La Fiscalia ha demanat al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que amplii la investigació ja oberta a la presidenta del Parlament per aquest nou fet. A més, demana que també s'investigui el vicepresident de la mesa, Lluís Corominas; la secretària primera, Anna Simó, i la quarta, Ramona Barrufet. Els responsabilitza dels delictes de desobediència i prevaricació.

La querella dona una rellevància especial al paper de Forcadell i assenyala que ella era "conscient" de la sentència del TC que anul·la la resolució 1/XI de 9 de novembre del 2015 i que la seva conducta en permetre la votació de la resolució del referèndum "evidencia encara més la seva obstinada i permanent voluntat d'incomplir els mandats constitucionals". El mateix afirma de la resta de querellats, pel que fa al delictes de desobediència.

En canvi, la querella exclou el secretari tercer de la Mesa del Parlament, Joan Josep Nuet (EUiA), tot i que va votar dues vegades a favor d'incloure en la votació del ple del 6 d'octubre del 2016 la resolució del referèndum. Assenyala que Nuet "no pretenia, com fan la resta de querellats, incomplir els manaments del TC ni tirar endavant un projecte polític amb total menyspreu a la Constitució". La Fiscalia tenia en compte la trajectòria del diputat a l'hora d'excloure'l de la querella. Manifestava que els seus anys com a parlamentari "evidencien la falta de voluntat de sumar-se al projecte polític de ruptura unilateral amb el sistema constitucional". Per això creia que Nuet no va actuar amb la voluntat de desobeir el TC com la resta de querellats, sinó que ho va fer "per la creença errònia d'estar complint amb les seves funcions com a membre de la mesa del

Parlament"; consideracions que han estat desmentides públicament per Joan Josep Nuet.

La magistrada ha suprimit d'aquesta diferència de tractament personal en la persecució penal d'uns mateixos fets. En aquests casos cal assenyalar que l'actuació de la presidenta del Parlament i dels membres de la Mesa quedava protegida per la prerrogativa de la inviolabilitat parlamentària. Com ha posat de manifest la professora Mercè Barceló, l'article 57 de l'Estatut estableix que **"els membres del Parlament són inviolables pels vots i les opinions que emetin en l'exercici de llur càrrec"**, principi avalat per consolidada jurisprudència que s'inicia amb la Sentència del TC 36/1981.³⁶ És en exercici d'aquest càrrec, com a presidenta o com a membres de la Mesa del Parlament, que es van produir els actes i els vots dels querellats. En aquest sentit, s'ha de subratllar que les decisions de la presidenta i dels membres de la Mesa en aquests casos són actuacions de contingut polític, i no merament administratiu, ja que la determinació de l'ordre del dia i l'admissió a tràmit de les iniciatives són elements essencials per a la formació de la voluntat lliure del Parlament, i és aquesta formació lliure de voluntat el sentit teleològic més profund que el Tribunal Constitucional dona a la prerrogativa de la inviolabilitat.

3. En l'àmbit municipal, s'han produït diverses iniciatives penals contra càrrecs electes vinculades al delictes de desobediència i la llibertat d'expressió. En el cas de **l'alcalde de Berga**, els fets es remunten a les campanyes electorals de les eleccions catalanes del 27 de setembre i les eleccions generals del 20 de desembre de 2015, durant les quals la senyera estelada (com un símbol del moviment independentista, no d'un partit) va romandre penjada a la façana consistorial de Berga, malgrat les notificacions de la Junta Electoral que n'exigien la retirada fins després dels comicis.

Val la pena recordar que la norma que regula la presència de banderes als edificis institucionals, la Llei 39/1981, de 28 d'octubre, exigeix la presència de la bandera espanyola oficial, i també, si escau, la de les banderes

autonòmica i municipal, sense tancar la presència d'altres símbols i ensenyes. Per tant, en cas que l'ajuntament compleixi amb la presència de les banderes oficials, res no li impedeix dins de la llei d'afegir-hi altres símbols, com, d'altra banda, succeeix sovint (banderes de l'arc de Sant Martí, lemes a favor dels refugiats o contra la violència masclista, etc.).

Citada dos cops a declarar per aquests fets, en ambdues ocasions l'alcalde es va negar a comparèixer. Finalment, el jutjat d'Instrucció núm. 1 de Berga va emetre una interlocutòria en què demanava la detenció de Montserrat Venturós en virtut de l'article 487 LECrim. Al matí següent, cap a dos quarts de vuit, els Mossos d'Esquadra es van presentar al seu domicili i van conduir l'alcalde fins al jutjat, on va anar sense oposar-hi resistència.

En data d'1 de març de 2017 el jutge de Berga va arxivar la causa contra Montserrat Venturós, ja que considera que el fet de no despenjar una estelada del balcó de l'Ajuntament no és constitutiu de delictes perquè no es pot entendre com un acte de propaganda electoral. La Fiscalia ha anunciat que recorrerà contra l'arxivament de la causa.

A parer d'aquesta institució, un òptim judici de ponderació entre els béns jurídics a protegir, en aquest cas la neutralitat dels espais públics en campanya electoral com una garantia per als ciutadans del seu bon desenvolupament, aconsella limitar l'ús de lleis penals només per als casos greus que posin en risc el veritable desenvolupament pacífic d'una campanya electoral i també accions encaminades al falsejament dels escrutinis o la coacció sobre els votants. Per a la resta de casos, n'hi hauria d'haver prou amb una sanció administrativa proporcional al dany comès. Una legislació en aquest sentit respondria molt millor a la noció del dret penal com a última ràtio de l'Estat, defensada tant pel Tribunal Constitucional espanyol com pel Tribunal Europeu de Drets Humans.

4. Encara en l'àmbit municipal, cal fer esment de la imputació del regidor de Vic **Joan Coma**, ja que, malgrat el recent

³⁶ Mercè Barceló, "La inviolabilitat parlamentària", *El Periódico*, 5 de març de 2017.

sobreseïment del procés per part de l'Audiència Nacional el 3 d'abril de 2017, el delictes de prevaricació pot continuar viu al Jutjat de Vic.

En el Ple de l'Ajuntament de 9 de desembre de 2015, el regidor Coma va proposar “no supeditar les decisions de les nostres institucions a les decisions de les institucions espanyoles, i en particular del Tribunal Constitucional, mancat de legitimitat i competència”. I va fer una crida a la desobediència afegint que “per fer una truita, cal trencar els ous”, refrany clàssic català amb el qual assumia la conseqüència de suportar els riscos de la desobediència.

La querella de la Fiscalia contra Joan Coma es fonamenta en l'article 548 del Codi penal, és a dir, provocació, conspiració o proposició (és a dir, actes preparatoris) per a la sedició. Ara bé, si s'analitza la definició d'aquest delictes, el Codi penal el defineix com una variant del delictes de rebel·lió, que implica un aixecament dut a terme de manera "pública i tumultuària per impedir, per la força o fora de les vies legals, l'aplicació de les lleis o a qualsevol autoritat, corporació oficial o funcionari públic, el legítim exercici de les seves funcions o el compliment dels acords o resolucions administratives o judicials".

Indubtablement, el regidor apel·lava a la desobediència com una via per impedir que les autoritats espanyoles i determinades resolucions judicials aturessin el procés, fins i tot en el cas que aquest vulnerés la legalitat vigent. Ara bé, sembla, com a mínim, agosarat deduir que la seva pretensió fos que aquest propòsit s'articulés per mitjà d'un desordre públic tumultuari, terme que es pot relacionar amb motí o disturbis vinculats a una agitació multitudinària.

Cap dels fets de la causa permet apuntar a un risc de desordre tumultuari ni tampoc que les declaracions de Joan Coma anessin en aquesta línia. En aquest sentit, cal considerar les declaracions de Coma dins de l'àmbit de la llibertat d'expressió, marc en el qual cadascú pot valorar si són adequades o no, si es tracta d'unes paraules coherents amb algú que creu fermament en el procés,

o bé si advocar per la desobediència constitueix una irresponsabilitat per part d'un càrrec públic. Ara bé, resulta desmesurat que aquestes declaracions s'hagin de considerar d'interès penal.

Novament, encara que el procés hagi acabat en un sobreseïment, el fet que s'hagi obert una causa penal amb uns fonaments tan escassos constitueix un atemptat a la llibertat d'expressió i una forma de pressió cap a l'autocensura del discurs públic.

Una altra dimensió del cas, que també es produeix en l'afer Venturós, és la incompareixença de Joan Coma davant les citacions judicials. En aquest cas, el jutge de l'Audiència Nacional en va ordenar la detenció i trasllat a Madrid per declarar. Després de la declaració va ser posat en llibertat, se li va retirar el passaport i se li va acordar l'obligació de comparèixer al jutjat cada cop que fos requerit.

Tant en el cas Venturós com en el cas Coma, els imputats tenien dret a no declarar davant el jutge. No obstant això, seguint una interpretació molt tradicionalista, que actualment s'hauria de rebutjar, se n'ordena la detenció i conducció a presència judicial –amb un costós i molest trasllat a Madrid en el segon cas– perquè els subjectes, ja davant del jutge, manifestin de nou que no volen declarar, cosa a la qual tenen dret, o aprofitin per fer una manifestació política i després quedin en llibertat. Els subjectes investigats no són ni testimonis ni perits. No tenen obligació de col·laborar activament amb la justícia, ja que estan emparats pel seu dret al silenci i a no aportar proves contra ells mateixos. Diferent situació seria si existís risc de fuga, per exemple, cosa que ningú no ha adduït.³⁷ En aquestes situacions, s'hauria de considerar la possibilitat d'establir que els imputats que voluntàriament no volguessin comparèixer poguessin notificar-ho al jutjat, de manera que aquest pogués continuar amb les actuacions i la instrucció sense necessitat de practicar una detenció.

5. Finalment, es farà esment de la polèmica sorgida entorn del **cas dels regidors de Badalona** pels fets ocorreguts el 12 d'octubre

³⁷ Jordi Nieva: “Judicializar la política”, *Agenda Pública*, 8 de gener de 2017.

de 2016. Aquest cas demostra la sensibilitat social i mediàtica que hi ha entorn dels símbols, com ara el Dia de la Hispanitat, i també el que es podria considerar una sobreactuació del Govern de l'Estat (a través de la Delegació a Catalunya i l'Advocacia de l'Estat), que aquest cop no ha prosperat judicialment.

La cronologia dels fets és la següent. El 2 de maig de 2016 l'Ajuntament de Badalona va dictar una resolució relativa al calendari laboral del consistori que permetia els empleats públics que ho volguessin poguessin treballar el dia 12 d'octubre, canviant la festa d'aquell dia per un altre a escollir entre l'1 d'abril de 2016 i el 9 d'octubre de 2016.

Mesos més tard, el 10 d'octubre de 2016, la delegada del Govern a Catalunya emet una resolució que declara que interposarà un recurs contenciós administratiu als tribunals contra la resolució municipal de Badalona. Cal recordar que l'article únic de la Llei 18/1987, de 7 d'octubre, declara festa nacional d'Espanya el 12 d'octubre. Per la seva banda, l'article 37.2 de l'Estatut dels treballadors situa aquesta data entre les poques festes que s'han de respectar "en qualsevol cas", fent fins i tot indisponible per al Govern central que es traslladi a dilluns.

El mateix dia 10 d'octubre, l'advocat de l'Estat va interposar el recurs contenciós administratiu en què, entre altres coses, demanava l'adopció de mesures cautelarríssimes sense audiència a la part contrària. L'endemà el magistrat titular del Jutjat del Contenciós Administratiu núm. 14 de Barcelona va dictar una interlocutòria que contenia com a mesura cautelarríssima la suspensió de tota efectivitat de qualsevol actuació administrativa de l'Ajuntament, inclosa la via de fet, que impliqués obrir els seus locals o dependències al públic o als treballadors públics dependents del consistori el dia 12.³⁸

El dia 12 al voltant de les 8.30 hores els dos regidors objecte d'investigació en la causa es

van presentar davant del Viver, on van invocar el dret i el deure de desobeir per protegir la "sobirania municipal" davant els tribunals de l'Estat. A continuació, es va estripar la interlocutòria del dia anterior i van passar al rebedor de l'edifici. Poques hores més tard, cap a les 13.45 hores, el Partit Popular de Badalona va interposar una denúncia davant el jutjat en funcions de guàrdia pels fets, en què demanava com a mesura cautelar "el tancament immediat de l'Ajuntament". El jutjat en funcions de guàrdia va sol·licitar als Mossos d'Esquadra que comprovessin els fets denunciats. El cos policial va contestar que l'Ajuntament era tancat.

En la interlocutòria de sobreseïment lliure, el titular del Jutjat d'Instrucció núm. 4 de Badalona explica que els fets denunciats només podrien ser constitutius d'un delictes de desobediència tipificat en l'article 410 del CP, però els fets provats no s'adeqüen a aquest tipus. En realitat, segons el jutge, les activitats dels regidors van ser una *performance* i les representacions artístiques amb cert grau d'improvisació no són pas objecte de coneixement penal. El jutge apunta que tots els elements estan massa ben calculats: només entrar al vestíbul de l'edifici sense "posar-lo en marxa", que ningú pogués entrar si no era acompanyat per un regidor, les dates dels segells municipals (del dia 13, no el 12), la prohibició de la presència de qualsevol empleat públic al Viver, etc. Els regidors van fer un gran espectacle afirmant que desobeïen, però mai no van tenir intenció de traspasar la línia de la legalitat. Per això, el jutge conclou la seva interlocutòria demanant el sobreseïment lliure.

S'entén que els regidors eren lliures de fer la seva *performance* com a acció política en el marc de la llibertat d'expressió i no s'ha infringit cap precepte penal. No obstant això, l'afer està pendent de resolució definitiva, atès el recurs interposat per la Fiscalia.

³⁸ Aquell mateix dia 11, cap a les 15.32 hores, el primer tinent d'alcaldia, investigat per aquests fets, va fer arribar als treballadors municipals un correu electrònic en què els comunicava que, conforme a l'esmentada interlocutòria del jutjat, l'endemà el consistori no obriria les seves portes als treballadors. Afegia al final: "No obstant això, els representants polítics del govern municipal de Badalona atendran la ciutadania davant de l'edifici del Viver" (FJ 2n).

4. CONCLUSIONS I RECOMANACIONS

4.1. CONCLUSIONS GENERALS

■ Al Regne d'Espanya es detecten regressions democràtiques que afecten els drets i les llibertats fonamentals reconeguts tant en el marc jurídic estatal com internacional, i que tenen una incidència especial a Catalunya.

■ Les regressions democràtiques que recull l'informe tenen l'origen en lleis aprovades pel Parlament espanyol (és el cas de la darrera reforma de la Llei orgànica de seguretat ciutadana o el Codi penal), en la interpretació que se'n fa en seu judicial, en la vaguetat i la falta de concreció d'alguns tipus penals i en la utilització del Codi penal com a instrument dissuasiu.

■ En l'àmbit institucional, els pronunciaments internacionals –GRECO, Comissió de Venècia i el relator de les Nacions Unides– han demanat reformes per garantir la separació de poders.

■ En els darrers temps hi ha clars exponents que posen en relleu un afebliment de la separació de poders a Espanya. Un dels més rellevants és la reforma de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, que permet que el TC apliqui mesures executives per obligar la resta de poders a complir les seves sentències.

■ Els retards en el compliment de les sentències dels tribunals europeus també suposen una lesió de drets per a molts ciutadans.

4.2. LLIBERTAT D'EXPRESSIONÓ

■ La llibertat d'expressió constitueix un dels pilars bàsics d'una societat democràtica i, per tant, és un dret essencial per a la salvaguarda de l'ordre públic democràtic europeu en matèria de drets humans.

■ La llibertat d'expressió és un dels drets en què són poques, i molt estrictes, les limitacions constitucionalment admeses. Segons la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, les restriccions previstes en l'article 10.2 del Conveni

europeu s'han de justificar únicament en situacions que presentin una gravetat especial, quan les informacions o idees en qüestió siguin susceptibles de comportar un risc o dany real i seriós.

■ La LOSC té una redacció vaga i imprecisa que permet un excessiu marge d'actuació al poder executiu en la restricció de les llibertats individuals, inclosa la llibertat d'expressió. Alhora, té un enfocament marcat de repressió de la protesta i la dissidència política en un context de creixents lluites socials al carrer sense que hi hagi un increment de conductes sancionables que en justifiquin la necessitat.

■ Una excessiva intervenció del dret penal en la vida social comporta una reducció de l'àmbit de llibertat individual i és especialment greu quan es fa servir en representants polítics i càrrecs electes. Al Regne d'Espanya hi ha casos clarament il·lustratius de l'ús desproporcionat que es fa del Codi penal per coartar el lliure exercici del dret a la llibertat d'expressió i per intentar castigar penalment les veus discordants amb el discurs oficial de les instàncies governamentals.

■ Hi ha un abús dels tipus penals d'enaltiment del terrorisme i dels delictes d'odi per expressions manifestades a les xarxes socials que, per la seva vaguetat i la falta de concreció, entren en col·lisió amb la llibertat d'expressió.

4.3. AFEBLIMENT DE LA SEPARACIÓ DE PODERS

■ En un estat democràtic és essencial el respecte escrupolós del principi de separació de poders. Tanmateix, Espanya sembla erosionar aquest principi perquè cap de les onze mesures proposades pel GRECO per combatre millor la corrupció entre els parlamentaris, els jutges i els fiscals han tingut una resposta satisfactòria, i sis ni tan sols s'han posat en marxa.

■ En termes generals, les mesures recomanades pel GRECO se centren a aconseguir una major independència del poder judicial, de la Fiscalia i a dotar de més transparència l'activitat parlamentària.

■ Un dels màxims exponents de la difusa separació entre poders al Regne d'Espanya ha estat la reforma de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, que atorga potestat sancionadora al TC, una fórmula que és l'excepció en dret comparat, atès que, per norma general, aquesta tasca s'atribueix a un altre poder estatal.

■ La Comissió de Venècia rebutja que l'executiu central carregui sobre el TC la responsabilitat de fer complir les seves pròpies sentències i proposa que es reconsideri aquesta facultat, a fi de promoure la percepció del tribunal com un àrbitre neutre.

4.4. REGRESSIONS EN DRETS I LLIBERTATS A CATALUNYA

■ En els darrers temps hem assistit a manifestacions que posen en relleu un deteriorament de la qualitat democràtica, com és el cas de les deficiències detectades en els processos electorals que han tingut lloc a l'Estat que no han tingut cap resposta per part dels òrgans competents segons el cas.

■ La manca de qualitat democràtica és notòria en l'impuls insuficient de les polítiques de memòria històrica a l'Estat i a Catalunya, en què el relator especial de l'ONU evidència que l'Estat espanyol no ha afrontat el passat ni ha fet prou justícia.

■ Recentment, hem presenciat procediments judicials adreçats a polítics per actes realitzats en l'exercici de les seves funcions en què s'ha constatat la influència que té l'executiu sobre la Fiscalia. La imputació i condemna de l'expresident de la Generalitat de Catalunya i tres dels seus consellers ha cridat l'atenció fins i tots dels òrgans de supervisió dels drets humans de l'ONU.

■ S'ha constatat un canvi en la jurisprudència del Tribunal Constitucional quan ara es permet la subjecció a control jurisdiccional de resolucions parlamentàries de caràcter estrictament polític.

4.5. RECOMANACIONS

■ Cal buscar interpretacions possibles orientades a evitar el recurs a la via penal per a la solució de conflictes polítics. En aquest context, les mesures contra persones individuals, especialment quan ocupen un càrrec electe, s'haurien de limitar tant com fos possible a escenaris de violència, tumults i, en general, veritable risc per a la integritat de l'Estat.

■ El dret penal només hauria d'acudir allà on és imprescindible i recórrer a la resta de branques de l'ordenament jurídic que poden oferir millor protecció i garantia per als interessos ciutadans i col·lectius.

■ El Síndic fa seva la recomanació del Defensor del Poble sobre l'aplicació de la LOSC en el sentit de circumscriure-la a alteracions realment greus de l'ordre públic.

■ Cal acotar l'abast dels delictes que protegeixen les institucions de l'Estat davant les injúries que se'ls adrecen en la mesura que poden col·lidir amb la llibertat d'expressió.

■ Cal revisar la legislació vigent i la doctrina jurisprudencial per aconseguir un perfecte equilibri dels delictes d'odi i d'enaltiment del terrorisme amb la llibertat d'expressió.

■ El Síndic fa seves les onze mesures proposades pel GRECO per combatre millor la corrupció entre els parlamentaris, els jutges i els fiscals.

■ Cal garantir la immediata aplicació de les sentències dels tribunals europeus. En particular, pel que fa a les clàusules terra, cal que la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'apliqui a totes les persones afectades i que la futura llei de contractes immobiliaris s'hi adequi plenament.

■ És imprescindible garantir la independència del poder del Tribunal Constitucional respecte dels altres poders de l'Estat.

■ És la jurisdicció ordinària la que s'ha d'encarregar de vetllar per l'execució de

les sentències del Tribunal Constitucional, per la qual cosa es recomana que es derogui la darrera reforma d'aquest òrgan.

■ Davant escàndols com ara la revelació de converses amb contingut conspirador entre el llavors ministre de l'Interior i l'anterior director de l'Oficina Antifrau de Catalunya, el Govern de l'Estat ha d'adoptar totes les mesures per investigar el que va passar, sens perjudici de les responsabilitats que s'escaiguin en l'àmbit polític i penal.

■ Les interferències i deficiències en els processos electorals han de tenir una resposta adequada per part dels òrgans competents (Fiscalia i juntes electorals, segons el cas).

■ L'Estat ha de mostrar un compromís decidit per donar plena vigència als drets de les víctimes de violacions manifestes de normes internacionals de drets humans.

■ Cal tornar a la jurisprudència constitucional tradicional en què les resolucions parlamentàries d'impuls polític no tenien efectes jurídics i no eren impugnables jurisdiccionalment.

■ Cal que es prenguin mesures per garantir la independència de la Fiscalia respecte de l'executiu.

■ Cal que les accions polítiques només tinguin com a resposta accions polítiques per part dels governs i els partits polítics.

■ S'ha de considerar la possibilitat de permetre que els imputats que voluntàriament no vulguin comparèixer puguin notificar-ho al jutjat, de manera que aquest pugui continuar amb les actuacions i la instrucció sense necessitat de practicar una detenció.

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

