



INFORME SOBRE LA LLEI DEL REFERÈNDUM D'AUTODETERMINACIÓ

1.- ANTECEDENTS

Per part de l'Associació de Municipis per la Independència (AMI) s'ha sol·licitat a la Sectorial de Secretaris, Interventors i Tresorers per la Independència l'emissió d'un informe jurídic sobre la Llei del referèndum d'autodeterminació i les possibles conseqüències pels Ajuntaments i els seus òrgans dels actes que es derivin de la seva execució.

Es tracta d'una qüestió complexa que parteix d'una situació extraordinària i que requereix una anàlisi profunda de les fonts en les quals s'inspira la llei, de les seves conseqüències, dels arguments a favor i en contra de la seva vigència, la qual ha de ser feta amb amplitud de mires, i perquè no, amb la recuperació dels principis d'interpretació de la norma que es deriven del dret públic català, de vegades oblidats, però que com a principis, hem d'entendre vigents.

El Parlament de Catalunya, en la seva sessió del dia 6 de setembre de 2017, va aprovar la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació.

El Consell de Ministres ha presentat recurs d'inconstitucionalitat contra la mateixa llei, que ha estat admès a tràmit pel Tribunal Constitucional (TC) mitjançant la resolució de data 7 de setembre de 2017. També s'ha produït la seva suspensió, per ministeri de la llei, i el TC ha advertit que no es pot efectuar cap acte que suposi la seva execució.

Aquest informe no pretén ser un tractat de dret internacional ni penal. No cerca fixar doctrina, sinó analitzar les normes en els seus àmbits, les interpretacions que se'n fan, i a partir d'aquí, extreure'n conclusions. I tot això fer-ho només tenint en compte l'actuació dels ens locals de Catalunya i els seus òrgans i personal.

2.- FONAMENTS DE DRET

2.1.- Els principis del dret públic català

Proposem cercar les arrels del dret públic català recuperant el seu esperit, i prenent com a punt de partida l'estudi que en va fer Francesc Maspons i Anglasesell¹.

¹ Francesc Maspons i Anglasesell, (1872 -1966) ens deixà un magnífic treball titulat: *L'esperit del dret públic català*. Eminent jurista català, llicenciat en dret per la Universitat de Barcelona. El 1897 obtingué la càtedra de dret civil a la Universitat d'Oñati, a Guipúscoa. S'especialitza en dret català, essent escollit — del 1918 al 1920 — president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Treballà a la Oficina d'Estudis Jurídics de la Mancomunitat de Catalunya, des d'on defensà el dret català. Fou membre del comitè assessor de les minories nacionals de la Societat de Nacions, vicepresident del comitè executiu del Congrés de Nacionalitats Minoritàries (1931) i president de l'Association Internationale pour l'Étude des Droits des Minorités de l'Haia. El 1951 és un dels membres fundadors de

Els principis bàsics del dret públic català, que s'han d'analitzar amb la correcta perspectiva històrica, tenint en compte que a partir de 1714 vam deixar de tenir nació pròpia, són, seguint Maspons i Anglasesell:

Llibertat: Per dret natural *tota persona i tota cosa són lliures*. Els límits d'aquesta llibertat no els fixa ni l'autoritat ni la llei, sinó els drets inherents a la naturalesa humana, el que avui diríem els *drets de la ciutadania*.

El Govern: La seva missió és *garantir la llibertat, la justícia i la seguretat*. Actua amb exemplaritat i està subjecte a l'opinió dels governats. El poder està supeditat al dret natural, als drets de la ciutadania.

La llei: La llei no és el dret sinó una manera d'expressar-lo. És un pacte entre *autoritat i governats*. Si el poble no l'accepta, no l'obliga. En aquest sentit, el dret català avantposa l'interès de la justícia a l'observança de la llei.

Equitat: Entesa com a *norma superior*. Segons aquest principi, contradiu la llei qui, atenent-se a les seves paraules, l'aplica menyspreant el seu esperit. Per aquest motiu el dret català prohibeix l'abús de la norma: qui s'empara en la fórmula legal per imposar un rigorisme contrari al seu esperit.

Aquest darrer és especialment transcendent perquè darrerament estem veient interpretacions excessivament rigoroses de les lleis, començant per la pròpia Constitució Espanyola (CE), que no fan res més que anar contra el seu propi esperit. Conèixer l'esperit de la norma, la seva última voluntat, el que en podríem dir la seva música, i aplicar-la, és precisament el que diferencia un jurista d'un llicenciat en dret.

Però també ho és el referent a la llei, que no és el dret, sinó la manera d'expressar-lo. D'aquí la importància del veritable *esperit de la norma*.

2.2.- Sobre les conseqüències de la suspensió de la llei per part del Tribunal Constitucional, d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol

L'article 161.2 de la Constitució Espanyola (CE) estableix que el Govern pot impugnar davant el TC les disposicions i resolucions adoptades pels òrgans de les Comunitats Autònomes: La impugnació produeix la suspensió de la disposició recorreguda, que en el seu cas, s'ha de ratificar o deixar sense efectes en un termini no superior a 6 mesos.

En sentit similar es pronuncia l'article 30 de la Llei Orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional, segons el qual l'admissió a tràmit d'un recurs, qüestió

la Societat Catalana d'Economia, que presideix des del 1955 al 1958. També fou membre d'honor de l'Acadèmia de Jurisprudència y Legislación de Madrid, així com de la Comissió Codificadora del Dret Català.

d'inconstitucionalitat o impugnació de disposició, no suspèn la vigència ni aplicació de la llei, excepte en el cas que el Govern s'empari en l'article 161.2 CE.

La claredat en la que s'expressen aquests articles pel que fa als efectes suspensius de les disposicions i resolucions adoptades pels òrgans de les Comunitats Autònomes, no genera cap dubte ni l'ha generat en la seva aplicació, de tal manera que un cop admès a tràmit un recurs o qüestió d'inconstitucionalitat es produeix la suspensió de la seva vigència.

En conseqüència, d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol, s'ha d'entendre que la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació, està suspesa i no produeix efectes, sense que es pugui executar cap acte d'aplicació de la mateixa.

En data 7 de setembre de 2017, el Tribunal Constitucional ha admès a tràmit el Recurs d'inconstitucionalitat 4334-2017, contra la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació; la impugnació de disposicions autonòmiques 4335-2017, contra el Decret 139/2017, de convocatòria del referèndum; la impugnació de disposicions autonòmiques 4332-2017, contra la Resolució 807/XI, de nomenament de membres de la Sindicatura Electoral; i la impugnació de disposicions autonòmiques 4333-2017, contra el Decret 140/2017, de normes complementàries del referèndum. En tots els casos el Govern ha al·legat l'article 161.2 de la Constitució, motiu pel qual, i d'acord amb l'article 30 de la LOTC, han quedat totes elles immediatament suspeses.

A més aquesta suspensió s'ha notificat a un nombre important de funcionaris i autoritats: membres del Govern, de la Mesa del Parlament, de la Sindicatura Electoral, Alcaldes de tots els Ajuntaments, comandaments dels Mossos d'Esquadra i responsables de mitjans de comunicació pública, amb els efectes penals que pot generar el seu incompliment i que més endavant analitzarem.

2.3.- El fonament jurídic de la Llei 19/2017

La llei del referèndum d'autodeterminació no parteix d'un trencament amb els valors i principis que sostenen la CE. En el segon paràgraf de l'exposició de motius fa una referència explícita a l'article 96 de la mateixa, d'acord amb el qual els tractats internacionals ratificats per Espanya formen part de l'ordenament jurídic intern, així com l'article 10.2 que estableix que les normes relatives als drets fonamentals i les llibertats públiques s'han d'interpretar d'acord amb els tractats internacionals aplicables en aquesta matèria.

Malgrat aquesta referència a la CE, la llei no es fonamenta en aquella, ni en cerca la legitimitat, sinó que ho fa en base als tractats internacionals ratificats per Espanya², i més en concret, els pactes sobre Drets Civils i Polítics i sobre Drets Econòmics, Socials

² En base a aquests es podria interpretar que l'esperit de la norma accepta els drets que se'n desprenen, i per tant l'exercici democràtic del dret d'autodeterminació.

i Culturals, aprovats per l'Assemblea General de les Nacions Unides el 19 de desembre de 1966³, l'article 1.2 de la Carta de les Nacions Unides⁴, l'Estatut de la Cort Internacional de Justícia, la Resolució 1999/57, sobre promoció del dret a la Democràcia de la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides i la Declaració Universal dels Drets Humans. Aquesta fonamentació, segons la mateixa exposició de motius de la Llei 19/2017, es manifesta en un exercici democràtic i en un acte de sobirania, en compliment de la voluntat majoritària del poble de Catalunya (així s'afirma a l'exposició de motius).

Cal analitzar doncs aquesta fonamentació jurídica per tal de veure si té entitat suficient com per possibilitar una interpretació que, en un escenari teòric i jurídic, permeti defensar com a opció possible la vigència de la norma, més enllà de la suspensió clara que es desprèn de l'ordenament jurídic del Regne d'Espanya.

a.- El Dret d'autodeterminació dels pobles.

D'acord amb l'article 1.1 del Pacte sobre Drets Civils i Polítics, "tots els pobles tenen dret a l'autodeterminació. En virtut d'aquest dret determinen lliurement el seu estatut polític i procuren també pel seu desenvolupament econòmic i social".

En sentit similar es pronuncia l'article 1.2 de la Carta de les Nacions Unides, quan estableix com un dels propòsits de les Nacions Unides fomentar les relacions d'amistat entre els països signataris que s'ha de basar, entre d'altres, en el respecte al principi del dret d'autodeterminació dels pobles.

La interpretació i el contingut del concepte de "poble" pel que fa al seu dret d'autodeterminació no és pacífica. Un sector de la doctrina el limita als pobles colonials, dins el procés de descolonització⁵, i un altre sector de la doctrina l'estén a tots els pobles. El vessant extern d'aquest dret, que és el que afecta a la sobirania, està directament lligat al concepte de poble i el dret a decidir.

La doctrina que limita el dret d'autodeterminació dels pobles, el limita als següents supòsits (o a algun d'ells):

1. El poble sotmès a colonialisme
2. El subjecte a dominació per part d'una potència estrangera, entesa com a intervenció mitjançant l'ús de la força i l'ocupació militar.

³ Ratificats i en vigor a Espanya des de 1977, publicats en el BOE de 30 d'abril de 1977.

⁴ Segons aquest, entre els propòsits de les Nacions Unides hi ha el *de fomentar entre les nacions relacions d'amistat basades en el respecte al principi de la igualtat de drets i al de la lliure determinació dels pobles, i prendre altres mesures adequades per enfortir la pau universal.*

⁵ El Consell d'Estat ha assumit aquesta interpretació en el seu dictamen referent a la llei del referèndum d'autodeterminació.

3. Conjunt de minories o habitants d'un Estat que pateixen violacions sistemàtiques de drets democràtics
4. Grups diferenciats d'un Estat als quals no se'ls permet amb plenitud cap exercici del seu autogovern
5. Grups ètnics o indígenes o minories oprimides notòriament.

El problema real és la manca de definició del concepte de poble a les resolucions de les Nacions Unides. Per tant es tracta d'un concepte que ha intentat delimitar la doctrina.⁶ Segons la *Doctora Payero*, el dret d'autodeterminació consisteix en la capacitat d'un poble per determinar el seu règim de govern intern (àmbit intern) i a establir les relacions que desitgi mantenir amb d'altres grups similars (àmbit extern). El concepte d'autodeterminació no és clar, i les interpretacions del mateix concepte discrepen pel que fa al subjecte titular, al contingut i forma del seu exercici i la solució dels conflictes sorgits entre aquest dret i el principi d'integritat territorial dels estats⁷.

La *Doctora Payero* conclou que una adequada regulació constitucional ha d'integrar les qüestions internes (seria el referent al govern intern) i externes (equivaldria a la sobirania). En altre cas, no es respecta el principi internacional del dret d'autodeterminació dels pobles. També conclou (apartat II de conclusions) que el dret d'autodeterminació és un autèntic dret, positivitzat per l'ordenament jurídic internacional. També conclou en aquest apartat que és possible postular la titularitat universal del dret d'autodeterminació i que qualsevol poble té capacitat de separar-se de l'Estat del que forma part, fins i tot en els supòsits en els quals aquest Estat respecti els drets fonamentals i els principis democràtics bàsics. En la seva conclusió VII, opina que un estat democràtic que tingui demandes autodeterministes, està obligat a atendre-les i a negociar de bona fe un nou estatus polític que satisfaci la minoria nacional.

b.- El concepte de poble a l'ordenament jurídic espanyol.

La Gran Enciclopèdia defineix poble com a el «conjunt dels habitants d'un país units per vincles naturals i socials». Així mateix el diccionari Webster de la llengua anglesa defineix poble com «tot un grup de persones que constitueixen una comunitat o un altre grup en virtut d'una cultura, religió o element similar comuns». Marc Tuli Ciceró va definir poble l'any 54 a. C. com «l'associació basada en el consentiment del dret i en la comunitat d'interessos».

L'article 1 de la Declaració Universal dels Drets Col·lectius dels Pobles, defineix poble com a qualsevol col·lectivitat humana que tingui referències comunes a una cultura i a

⁶ És de gran interès per a l'anàlisi d'aquest concepte la Tesi Doctoral de la Dra. Lucía Payero López, de la Universitat d'Oviedo, "El derecho de autodeterminación de los pueblos. Análisis histórico del marco constitucional español desde la filosofía jurídico-política.", que seguirem en la delimitació del concepte de poble, i les teories del dret d'autodeterminació, i que fa referència a les diferents teories existents.

⁷ Dra. Lucía Payero López. Cit.

una pròpia tradició històrica, desenvolupades en un territori geogràficament detectable o en altres àmbits.

En definitiva, conceptualitzarem el **poble** com el *conjunt humà que comparteix els límits d'un territori, en el qual cadascun dels integrants té la titularitat no sol de Drets i Obligacions Civils, sinó també, de Drets i Obligacions Polítiques.*

Davant la qüestió que es pugui plantejar de si existeix o no un poble català, i atès que l'àmbit subjectiu de la Carta Internacional dels Drets Humans no és la «nació» sinó l'home individualment i el «poble» com a col·lectiu d'individus, més enllà de la realitat natural sobre ésser o no un poble, i acudint al text consolidat del vigent Estatut d'Autonomia de Catalunya, després d'haver passat pel sedàs del tribunal Constitucional, observem que en el mateix hi ha set referències explícites al poble de Catalunya, i que no van ser objecte de retallada per part de l'Alt Tribunal:

En el Preàmbul:

Segon paràgraf: “El poble de Catalunya ha mantingut al llarg dels segles...”

Quart paràgraf: “El poble català continua proclamant avui com a valors superiors de la seva vida col·lectiva la llibertat, la justícia i la igualtat...”

Quart apartat del sisè paràgraf: “L'autogovern de Catalunya es fonamenta en la Constitució, i també en els drets històrics del poble català...”

Vuitè i darrer paràgraf del preàmbul: En exercici del dret inalienable de Catalunya a l'autogovern, (...) i el poble de Catalunya ratifica aquest Estatut.

A l'article 2.4:

4. Els poders de la Generalitat emanen del poble de Catalunya i s'exerceixen d'acord amb el que estableixen aquest Estatut i la Constitució.

A l'article 5:

L'autogovern de Catalunya es fonamenta també en els drets històrics del poble català, en les seves institucions seculares i en la tradició jurídica catalana (...)

A l'article 55.1:

1. El Parlament representa el poble de Catalunya.

La mateixa Constitució espanyola de 1978 que, en el paràgraf quart del Preàmbul estableix nítidament la voluntat de «Protegir tots els espanyols i els pobles d'Espanya en l'exercici dels drets humans, les seves cultures i tradicions, llengües i institucions».

I tant és així, que en la sentència 42/2014 del Tribunal Constitucional, el concepte poble català, poble de Catalunya o poble d'una comunitat autònoma, hi té força recorregut, de manera que arriba a afirmar, en el segon paràgraf del Fonament Jurídic 3, que «*La cualidad de soberano del pueblo de Cataluña se predica de un sujeto “creado en el marco de la Constitución, por poderes constituidos en virtud del ejercicio del derecho a la autonomía reconocido por la Norma fundamental” (STC 103/2008, de 11 de*

septiembre, FJ 4)» De manera, que a la sentència 42/2014 «Se declara inconstitucional y nulo el denominado principio primero titulado “Soberanía” de la Declaración aprobada por la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña» però es manté plenament ajustat a dret el concepte poble de Catalunya.

Per tant, podem concloure que el marc jurídic vigent empara l'existència del «**poble Català**» tal com hem pogut acreditar a través de la Constitució espanyola, la Llei orgànica 6/2006, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, de 19 de juliol de 2006, així com la pròpia jurisprudència del Tribunal Constitucional espanyol.

Si el dret d'autodeterminació ho és dels pobles, i l'ordenament jurídic espanyol integra el concepte de “poble de Catalunya”, hauriem d'entendre que una correcta interpretació del concepte poble ens portaria a concloure que l'ordenament jurídic espanyol admet clarament el dret a l'autodeterminació de Catalunya. Aquest principi, xocaria frontalment amb l'article 2 de la Constitució, segons el qual aquesta es fonamenta en la indissoluble unitat de la nació espanyola. Malgrat tot, de la interpretació conjunta dels articles 96⁸ i l'article 10.2⁹, així com el principi de supremacia dels tractats internacionals, hem d'entendre que l'ordenament jurídic espanyol es pot decantar cap al respecte al principi d'autodeterminació dels pobles d'Espanya.

c.- L'opinió consultiva de la Cort Internacional de Justícia referent a la declaració unilateral d'independència per part de Kosovo.

La Cort Internacional de Justícia (CIJ) va emetre l'opinió consultiva de 22 de juliol de 2010 sobre la conformitat amb el dret internacional de la declaració d'independència de Kosovo, per respondre la pregunta plantejada per l'Assemblea General de les Nacions Unides sobre l'adequació al dret internacional de la declaració unilateral d'independència per part de Kosovo¹⁰.

⁸ 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

⁹ 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹⁰ Per interpretar correctament la consulta, s'ha de tenir present que la CIJ, en el paràgraf 51 de l'opinió consultiva, va manifestar de forma expressa que se sol·licita la seva opinió sobre el fet de si la declaració d'independència s'ajusta o no al dret internacional, però no sobre les conseqüències jurídiques d'aquesta declaració. Per tant (paràgraf 56), no es pronuncia sobre si el dret internacional atorgava a Kosovo un dret positiu a declarar unilateralment la independència, sinó si aquest acte infringeix el dret internacional.

En l'apartat IV.A de la Consulta, s'analitza el dret internacional. Fa referència a les declaracions d'independència dels segles XVIII, XIX i principis del S. XX, en les que per la pràctica dels Estats, no es pot interpretar que aquestes declaracions fossin contràries al dret internacional, tot el contrari, no les prohibia. A la segona meitat del Segle XX, el dret internacional en matèria de lliure determinació va evolucionar, generant-se un dret a la independència dels pobles dels territoris no autònoms i dels pobles sotmesos a la dominació i explotació estrangeres. No obstant això, la CIJ manifesta que també hi ha hagut declaracions d'independència fora d'aquest context. I en aquests cassos, la pràctica dels Estats no manifesta l'aparició d'una norma que en prohibeixi la declaració d'independència.

Si bé és cert que la CIJ no es pronuncia de forma expressa sobre l'abast del dret d'autodeterminació, sí que aclareix que el seu exercici no està prohibit pel dret internacional.

d.- la Resolució 1999/57, sobre promoció del dret a la Democràcia de la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides i la Declaració Universal dels Drets Humans.

És significativa la referència de l'exposició de motius a la Resolució 1999/57, sobre Promoció del dret a la Democràcia de la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides, que va proclamar els llaços indissolubles entre els principis consagrats a la Declaració Universal del Drets Humans i els fonaments de tota societat democràtica. En aquest context, la gestió pública democràtica ha estat acceptada internacionalment com un dels pilars de la societat contemporània i està indissociablement vinculada, entre d'altres, al dret a la participació política directa i indirecta dels ciutadans i al dret a la llibertat i a la dignitat humana, incloent-hi la llibertat d'expressió i d'opinió, la llibertat de pensament i la llibertat d'associació, drets reconeguts als principals tractats internacionals universals i europeus de protecció dels Drets Humans.

Com essencial és la consideració i observança sobre els dictàmens recents de la Cort Internacional de Justícia, on s'afirma i constata que el dret a decidir dels pobles ha evolucionat i que en contra d'aquesta evolució no ha sorgit cap norma ni costum en ordre internacional que prohibeixi aquestes noves pràctiques.

e.- Dret de la Unió Europea

En relació al dret de la Unió Europea, que s'ha de diferenciar del dret internacional, i d'acord amb les conclusions de Josep Jover, hem de tenir en compte el principi de primàcia d'aquest sobre el dret dels Estats membres, tal i com es desprèn de la declaració 17 del Tractat de Lisboa.

17. Declaración relativa a la primacía

*La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos **priman sobre el Derecho de los Estados miembros**, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.*

Mitjançant la firma del Tractat d'Adhesió per part del Regne d'Espanya, el 12 de juny de 1985, s'ha produït una important cessió de sobirania nacional a favor de les institucions de la Unió Europea.

Una de les estructures de drets més rellevant és la “Carta dels Drets Fonamentals dels Ciutadans de la Unió” i els tractats en Drets Humans que el TFUE assumeix com a propis.

L'ordenament de la Unió Europea és doncs una comunitat de producció jurídica que crea un dret propi i independent del dels Estats membres, que es caracteritza per un efecte directe de les seves normes i per la primacia d'aquestes sobre les dels estats (fins i tot la Constitució) Així es pronuncia la Sentència del TJUE de 26 de febrer de 2013, C399/11, que declara que, segon jurisprudència reiterada:

*En virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión, **la invocación por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aún si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado!***

Si el Dret europeu és prevalent, el seu tribunal últim no és el TC sinó el TJUE.

El principi de supremacia és la prioritat d'aplicació del Dret de la Unió Europea en vers la norma nacional en cas d'un eventual conflicte entre elles, supremacia que es produeix per aplicació de l'article 93 de la Constitució i que ha estat admesa pel Tribunal Constitucional (STC 232/2015, de 5 de novembre, o la dictada el 30 de gener de 2017, recurs d'empara 7301-2014)

En conseqüència, la carta de drets humans dels ciutadans de la UE és d'aplicació directa al Regne d'Espanya, i obliga a totes les seves administracions públiques.

S'ha de tenir present que l'article 1-8 del Tractat de la Unió Europea prioritza el principi de democràcia al de l'estat de dret.

En conclusió, d'acord amb el dret de la Unió Europea, el principi de democràcia està per sobre del d'estat de dret, i a més, és d'aplicació directa al Regne d'Espanya.

Conclusió

Com a conclusió del que s'ha exposat fins ara, podríem afirmar:

1. D'acord amb l'ordenament jurídic espanyol, la llei 19/2017 i la normativa de desenvolupament estan suspeses, i en conseqüència, en aquests moments, no poden produir cap efecte.
2. No obstant la conclusió anterior, la Llei 19/2017 no es fonamenta en l'ordenament jurídic espanyol, malgrat podria ser conforme amb els seus principis, sinó que ho fa en base al dret internacional, com un acte de sobirania emparat en els pactes sobre drets civils i polítics i sobre drets econòmics, socials i culturals, la Carta de les Nacions Unides, la declaració universal dels drets humans, la resolució 1999/57 de promoció del dret a la democràcia de la comissió de drets humans de les Nacions Unides, i la doctrina de la Cort Internacional de Justícia.
3. Es pot interpretar que, d'acord amb el dret internacional, l'exercici de sobirania que suposa la Llei 19/2017, en base al principi del dret d'autodeterminació dels pobles, s'adequa al dret internacional, i en conseqüència, la llei manté la seva vigència, ja que genera un règim excepcional, que suposa la no aplicació a Catalunya de les lleis i normes estatals, autonòmiques i locals que la contradiguin.
4. Tot i que no hi ha consens doctrinal en la definició del concepte de dret d'autodeterminació dels pobles, una part de la doctrina i de la mateixa actuació de la comunitat internacional defensen un concepte universal d'aquest dret. D'acord amb aquesta interpretació, Catalunya, com a poble, gaudeix del dret d'autodeterminació, sempre que ho faci d'acord amb el principi democràtic. **Un referèndum és la màxima expressió del principi democràtic.**
5. L'ordenament jurídic espanyol reconeix la condició de "poble de Catalunya". Així es desprèn de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, i de la mateixa Constitució Espanyola.
6. En conseqüència, l'actuació del Parlament de Catalunya s'ha de considerar legítima d'acord amb el dret internacional, fet que possibilita defensar la vigència de la llei 19/2017 i la seva normativa de desenvolupament.
7. Les dues interpretacions, la de l'aplicació de l'ordenament jurídic espanyol, que suposa la suspensió dels efectes de la llei, o la de l'aplicació del dret internacional que permet defensar-ne la vigència, contradictòries pel que fa a les seves conseqüències, admeten arguments a favor en contra. Les dues són defensables, malgrat entenem la primacia del dret internacional (a més, serà la comunitat internacional l'àrbitre definitiu del procés de secessió), que té cabuda en els principis de la Constitució, i que justifiquen jurídicament l'exercici de la sobirania per part del Parlament de Catalunya, com a representant de la sobirania del poble de Catalunya.
8. Per part del Govern de l'Estat s'ha intentat resoldre per la via jurídica una qüestió que depenia de l'acció política, i que ha impedit una solució pactada, d'acord amb el principi de bona fe i respecte als drets del poble de Catalunya, fet que ha provocat la reacció del Parlament de Catalunya, de forma legítima i d'acord amb la legalitat internacional.
9. Serà al final la comunitat internacional qui, amb la seva actuació, ratificarà o no aquest exercici de sobirania.

10. El dret de la Unió Europea és prevalent al dret intern, i d'acord amb aquell, el principi de democràcia està per sobre del d'estat de dret, i a més, és d'aplicació directa al Regne d'Espanya.

2.4.- Conseqüències d'ordre penal.

En l'anàlisi de les possibles conseqüències penals per part dels alcaldes, regidors i funcionaris dels ens locals de Catalunya, es parteix de l'informe que ja va emetre aquesta sectorial el febrer de l'any 2016, actualitzat, així com de l'informe emès pel Col·lectiu Maspons i Anglasesell sobre la llei 19/2017.

a.- La Llei Orgànica 2/2005, de modificació del Codi Penal.

La situació davant la qual ens trobem és un conflicte de normatives, de "legalitats", la del Parlament de Catalunya en exercici de la seva sobirania i la de l'Estat espanyol, que negarà la primera. Aquesta situació pot generar inseguretat en les autoritats i personal de les administracions públiques catalanes, ja que la reacció declarada de l'Estat espanyol és l'exigència de responsabilitats penals.

Davant aquesta situació és important fer una anàlisi exhaustiva de quines podrien ser les conseqüències penals de l'actuació d'autoritats i empleats de les administracions públiques de Catalunya en l'execució de la Llei de referèndum i la seva normativa de desenvolupament.

La Llei Orgànica 20/2003, de 23 de desembre, de modificació del codi penal va incorporar els articles 506 bis, 521 bis i 576 bis al codi penal, per castigar les autoritats que convoquessin processos electorals o consultes populars per via de referèndum sense tenir competències per fer-ho.

Aquesta modificació del Codi Penal, va estar motivada per tipificar la possible convocatòria d'un referèndum al País Basc sense l'oportuna autorització del Govern d'Espanya, en execució de l'anomenat Pla Ibarretxe. Un cas similar al que avui en dia s'està produint a Catalunya. Malgrat tot, la seva vigència va ser efímera, ja que per Llei Orgànica 2/2005, de 22 de juny, es van suprimir els articles abans incorporats (506 bis, 521 bis i 576 bis). L'exposició de motius de la Llei Orgànica especifica sense cap mena de dubte que **convocar o promoure consultes per qui no en té competència** d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol, **no és delictiu**:

“Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha

reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal.

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

En cuanto a las ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos, el ordenamiento ya prevé una sanción penal si constituyeran actos de participación en asociación ilícita.

En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos.”

L'efecte immediat d'aquesta llei, com a conclusió clara i inequívoca, és que cap dels actes directament relacionats amb la promoció o la convocatòria d'un referèndum a Catalunya, tot i no tenir l'aprovació per part del Govern d'Espanya, no són constitutius de cap delictes.

Per tant, ni la convocatòria d'un referèndum d'autodeterminació a Catalunya, ni l'aprovació de la posterior normativa de desenvolupament, ni l'execució posterior d'aquesta normativa (com per exemple cessió de locals electorals, espais de propaganda electoral), es poden considerar, per ells mateixos, com a delictes. Tot i això, sense perjudici que l'actuació en concret pugui arribar a ser subsumida per la interpretació dels tribunals dins les conductes previstes en altres tipus delictius, com poden ser el de desobediència, i que analitzarem més endavant.

Tal i com ja s'ha esmentat anteriorment, en data 7 de setembre de 2017 el Tribunal Constitucional ha admès a tràmit el Recurs d'inconstitucionalitat 4334-2017, contra la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació; la impugnació de disposicions autonòmiques 4335-2017, contra el Decret 139/2017, de convocatòria del referèndum; la impugnació de disposicions autonòmiques 4332-2017, contra la Resolució 807/XI, de nomenament de membres de la Sindicatura Electoral; i la impugnació de disposicions autonòmiques 4333-2017, contra el Decret 140/2017, de normes complementàries del referèndum. En tots els casos el Govern ha al·legat l'article 161.2 de la Constitució, motiu pel qual, i d'acord amb l'article 30 de la LOTC, han quedat totes elles immediatament suspeses. I aquesta suspensió s'ha notificat a un nombre important de funcionaris i autoritats: membres del Govern, de la Mesa del Parlament, de la Sindicatura Electoral, Alcaldes de tots els Ajuntaments, comandaments dels Mossos d'Esquadra i responsables de mitjans de comunicació pública.

Aquest fet provoca que, malgrat la convocatòria del referèndum no sigui cap delictes, si que ho pugui ser l'incompliment de la resolució del TC, per la qual se suspenen la llei i disposicions descrites.

Aquesta situació aflora el risc de la comissió d'alguns tipus delictius com són la prevaricació i la desobediència, que s'analitzen exhaustivament en aquest informe.

Val a dir però, que seguint les sentències dictades pel Tribunal Suprem de 22 de març de 2017 i pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de març de 2017, en la causa del 9N, i en aplicació del principi *non bis in idem*, no es poden produir els dos delictes, ja que la possible prevaricació provindria precisament de la desobediència. Per aquest motiu, l'únic delicte a tenir en compte de forma seriosa seria el de desobediència, més enllà de la possible malversació de cabals públics dels responsables de la convocatòria.

Són dues les qüestions importants a tenir en compte pel que fa al delicte de desobediència:

- a. L'article 410.2 CP preveu que no incorren en responsabilitat criminal per l'incompliment d'un mandat que constitueixi una infracció manifesta, clara i terminant d'un precepte de llei. I precisament és aquest el cas en el que ens trobarem, tenint en compte, com en defensat en aquest informe, que la llei 19/2017 i la normativa de desenvolupament es poden considerar vigents amb l'aplicació dels principis del dret internacional (si més no és una de les interpretacions possibles de la norma). En tot cas, no és als funcionaris als qui els pertoca decidir quin dels dos ordenaments jurídics és vigent. És suficient la força de la interpretació, i la seva efectiva aplicació per part del Parlament de Catalunya i el Govern de la Generalitat de Catalunya.
- b. D'acord amb la Jurisprudència del Tribunal Suprem, per tal que es pugui produir el delicte de desobediència, s'han de complir els següents requisits:
 - Existència d'un mandat exprés, concret de fer o no fer una conducta.
 - El mandat prové d'una autoritat o els seus agents i s'ha de dictar en l'àmbit de les seves competències.
 - L'ordre ha de revestir totes les formalitats legals i ha de ser clarament notificada a l'obligat a complir-la. Per tant, no es tenen en compte les possibles ordres genèriques.
 - Resistència al compliment del que s'ha ordenat, amb clara intenció de desobediència.

La notificació del mandat adquireix una gran rellevància per analitzar si es comet delicte de desobediència o no. La manca de notificació, comporta la inexistència de delicte.

b.- Delicte de prevaricació.

L'article 404 del Codi Penal descriu aquest tipus delictiu:

Artículo 404

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

Analitzem a partir d'aquí els elements característics d'aquest tipus delictiu:

1. Que l'actuació la faci una autoritat o funcionari públic.
2. Que dicti una resolució arbitrària en un assumpte administratiu.
3. Que ho faci tot i saber que la resolució és injusta.

Desenvolupem aquests elements d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem (STS de 19 de febrer de 2006 –RJ 2006\2275- i STS de 8 de juny de 2006 –RJ 2006\6295-).

El fonament de dret SEGON de la STS de 19 de febrer de 2006, concreta (la negreta és afegida):

Son tres los elementos que se requieren para la existencia de este delito genérico de prevaricación administrativa:

1º. La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el art. 24 CP. Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma penal, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices).

2º. Que haya una resolución injusta en asunto administrativo, en términos del art. 358 CP/1973 , o arbitraria, conforme nos dice el 404 CP/1995, con lo que nos recuerda el inciso final del art. 9.3 CE que prohíbe «la arbitrariedad de los poderes públicos».

Hay que decir aquí, una vez más, algo que esta Sala viene repitiendo constantemente, tanto para la prevaricación administrativa como para la judicial: **no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria.**

También es muy reiterada la doctrina de esta Sala a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto.

3º. El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos «a sabiendas», que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.

Entrem ara a analitzar els tres requisits.

1.- Autoritat o funcionari públic

Per autoritat o funcionari haurem d'entendre algú que tingui competències per dictar resolucions d'ordre administratiu en l'exercici de les seves funcions. D'acord amb l'article 24 del Codi Penal, ho són, a efectes penals:

Artículo 24.

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

2.- Resolució arbitrària.

Aquest funcionari ha de dictar una resolució arbitrària. Dos són els elements fonamentals: que dicti una resolució, i que aquesta sigui arbitrària.

2.1.- Resolució

El concepte resolució exclou els actes de tràmit. Tot i que el concepte de resolució s'ha d'entendre en un sentit no formalista, sent suficient una declaració de voluntat amb contingut decisor. En aquest sentit es pronuncia de forma clara la STS 177/2017, de 22 de març de 2017, dictada en la causa especial contra Francesc Homs per la seva participació en el 9N (Fonament de Dret Tercer):

No debería existir, en principio, obstáculo conceptual alguno para que una carta pueda ser considerada una resolución administrativa. Decíamos en la STS 502/2012, 8 de junio, que es indudable que el concepto de resolución administrativa –comprensivo de las disposiciones y actos a que se refieren los

arts. 51 y 53 de la ley 30/1992, 26 de noviembre- no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario (cfr. art. 55). La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS 866/2008, 1 de diciembre; 443/2008, 1 de julio; 627/2006, 8 de junio y 939/2003, 27 de junio, entre otras). Sin embargo, también ha tenido ocasión de puntualizar que no tiene tal carácter y, por tanto, no colman las exigencias del tipo objetivo una simple certificación (STS 1158/2002, 20 de junio), un escrito de alegaciones (STS 2087/2002, 31 de enero 2003); un acto de mero trámite, como es el caso de un acta de infracción suscrito por un inspector de trabajo por animosidad hacia una determinada persona (STS 939/2003, 27 de junio); un simple acuerdo verbal (STS 857/2003, 13 de junio) o el ejercicio de facultades jerárquicas plasmadas en una orden de un superior a su subordinado (STS 866/2008, 1 de diciembre).

Aquest concepte delimita d'una forma important els subjectes d'aquest tipus delictiu, ja que les autoritats i empleats de les administracions públiques catalanes que no tinguin capacitat de dictar resolucions administratives amb l'extensió descrita, en cap cas podrà efectuar una actitud que tingui cabuda en el tipus delictiu de prevaricació. Ara bé, l'escrit o resolució mitjançant la qual un òrgan de govern d'un ajuntament posa a disposició de l'administració electoral espais per a les diferents actuacions en execució de la llei de referèndum, sí que tindrien la naturalesa de resolució.

2.2.- Arbitrària.

La resolució, a més, ha de ser arbitrària. Aquesta arbitrietat, en l'àmbit penal, l'hem d'entendre com a actuació il·legal, amb oberta contradicció o oposició a la norma jurídica que aplica, sense cap tipus de justificació que sigui raonable o possibilitat d'interpretació de la mateixa. Com a característiques d'aquesta actuació arbitrària, d'acord amb la jurisprudència esmentada, podríem citar:

- Omissió de les normes essencials del procediment
- No tenir el funcionari competència objectiva exigible per dictar-la.
- El fons de la resolució contravé l'ordenament jurídic, alhora que suposa un menyspreu als interessos generals tutelats en el cas concret. El contingut de la resolució ha de ser d'una entitat que no permeti explicar-la amb una argumentació tècnico-jurídica mínimament raonable.

El fonament de Dret Quart de la STS de 4 de febrer de 2010 (RJ 2010\1415), és força aclaridor en relació a aquest concepte d'arbitrietat, ja que per tenir cabuda dins el concepte del tipus penal, ha de tenir un plus més enllà del simple incompliment de la norma (la negra és afegida):

CUARTO

... La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: **la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales** (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

...

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, **vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder,**

proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. **Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.** Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998 ; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, **que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley** (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), **o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor** (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) **o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos** (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, **sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.**

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. ...

Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable ; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

La Sentència de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de març de 2017, dictada també en la causa contra Artur Mas, Joana Ortega i Irene Rigau pel 9N es pronuncia en sentit similar, aprofundint el concepte de prevaricació, en el sentit que d'acord amb la mateixa doctrina del Tribunal Constitucional, no es produeix en aquest cas. Del seu Fonament de Dret SEGON:

Avanzando en los pasos que impone el juicio de tipicidad, convenida la naturaleza de resolución administrativa de las decisiones y conductas observadas por los acusados, será preciso entrar en el atributo de arbitrariedad que las acusaciones predicen de tal resolución, sabiendo que es arbitrario lo que diverge de la legalidad, pero también que no basta la mera ilegalidad para satisfacer la arbitrariedad exigida para la prevaricación, reclamando comúnmente la jurisprudencia un plus de injusto, que se observaría en los casos en los que la resolución es tan grosera, esperpéntica y disparatada que su injusticia pueda ser apreciada por cualquiera (STS 226/2006, de 19 de febrero). Otras resoluciones utilizan para la detección del carácter prevaricador de la resolución administrativa el patrón del método interpretativo, para afirmar tal carácter cuando la resolución “*no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley*”, identificando también estas mismas resoluciones una arbitrariedad delictiva “*cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos*” (SSTS 797/2015, de 24 de noviembre – FJ14-, y 743/2013, de 11 de octubre –FJ4-).

Pues bien, tanto si tomamos el criterio de análisis más objetivo (el que detectaría la arbitrariedad únicamente en las resoluciones esperpénticas o de la ilegalidad grosera y clamorosa, visible a cualquier observador externo), como si acudimos a los criterios eminentemente utilitaristas que detectan la arbitrariedad típica cuando la autoridad o el funcionario a través de la resolución convierte su voluntad en irrazonable fuente de normatividad, con absoluto abandono de las previsiones constitucionales y del resto del ordenamiento jurídico, es patente que en la conducta de los aquí acusados **no podemos afirmar una arbitrariedad que desborde la inherente al hecho desobediente** ya calificado en el fundamento anterior.

...

Es patente, por lo expuesto, que, colocados en el escenario actual de certezas, una convocatoria de aquellas mismas características resulta desprovista de cualquier soporte constitucional y normativo y, por tanto, con potencialidad de integrar la arbitrariedad demandada para la aparición del delito de prevaricación. Ahora bien, la convocatoria efectuada por el President de la Generalitat el 14 de octubre de 2014, y la decisión de su mantenimiento contra la orden expresa del Tribunal Constitucional emanada de su providencia de 4 de noviembre, deben resultar examinadas a la luz que arrojaba la **STC (del Pleno) 42/2014**, de 25 de marzo, dictada en respuesta a la impugnación formulada por el Gobierno de la Nación respecto de la Resolución del Parlamento de Catalunya 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprobaba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Catalunya, en la que después de declarar que “*el reconocimiento que lleva a cabo del pueblo de Cataluña como sujeto político y jurídico soberano resulta contrario a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC, así como, en relación con ellos, a los arts. 9.1 y 168 CE*”; así como que “*Respecto a las referencias al derecho a decidir cabe una interpretación*

constitucional,.... Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución y dan cauce a la interpretación de que el derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de legitimidad democrática, pluralismo, y legalidad, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el derecho a decidir. Cabe, pues, una interpretación constitucional de las referencias al derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña”.

Así, con estar a la declaración de inconstitucionalidad que la STC 138/2015 proyecta sobre el conjunto de actuaciones de la Generalitat de Catalunya relativas al proceso de participación ciudadana convocado para el día 9 de noviembre de 2014, se hace patente que **la resolución analizada** ahora (de no suspender sus preparativos en los términos ordenados por el Tribunal Constitucional) **era ilegal**, en la misma medida en que lo era la convocatoria del proceso participativo, por desborde competencial, puesto que en nada ha variado desde entonces la legalidad constitucional.

Sin embargo, en la posición que tenían los acusados en las fechas de los hechos, atendiendo a los razonamientos reproducidos de la STC 42/2014 y al marco normativo que les proporcionaba la Llei del Parlament de Catalunya 10/2014, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, concretamente en el articulado dedicado a la regulación de los procesos de participación popular (Título III de la Llei, no incluido entre los preceptos impugnados por el Gobierno de la Nación, limitada como había quedado esa impugnación formal a los artículos 3 a 39, así como a las disposiciones transitorias primera y segunda, y la disposición final primera), no puede descartarse un juicio interpretativo, en todo caso erróneo, que se represente la posible legalidad del proceso de participación ciudadana en los términos en que se produjo el de 9 de noviembre de 2014.

Tratándose, por tanto, de una convocatoria de la que no podemos predicar, en el tiempo en que fue hecha, la arbitrariedad en el sentido exigido por el tipo penal de la prevaricación, la decisión o resolución ulterior de su mantenimiento contra lo ordenado en la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre, no puede incorporar más elementos de ilegalidad que los inherentes al acto (omisivo) desobediente, según lo argumentado ya, de manera que incurriríamos en la prohibición del *bis in idem* si, para esas mismas omisiones típicas, siguiéramos el reproche que se nos pide por el delito de prevaricación.

3.- Saber que la resolució és injusta

La resolució arbitrària s’ha de dictar amb ple coneixement de la seva injustícia, amb la finalitat de fer efectiva la voluntat particular de l’autoritat o funcionari, i amb el coneixement d’actuar contra dret, tal i com es desprèn de l’últim paràgraf del fonament



de dret QUART de la STS reproduïda. És a dir, el funcionari té voluntat i consciència del fet que la resolució és contrària a les normes jurídiques d'aplicació i als interessos generals.

Conclusió

Analitzats els elements bàsics del delictes de prevaricació, es fa molt difícil pensar que les autoritats o el personal de cap administració pública catalana relacionats directament o indirectament amb la celebració del referèndum d'autodeterminació pugui entendre's inclosa en el tipus penal. Està clar que el personal de l'administració pública que actuï ho farà en execució de la llei dictada pel Parlament de Catalunya. La interpretació d'aquesta llei, de si és aplicable directament, o no, tot i les resolucions d'òrgans jurisdiccionals, no pot recaure sobre els treballadors de les administracions catalanes. Aquesta és una funció que recaurà precisament en el Parlament de Catalunya i en el Govern de Catalunya, atès que la Llei del Referèndum i la normativa que la desenvolupa prenen la seva força d'obligar directament d'una interpretació raonable que el Parlament i el Govern de Catalunya fan del dret internacional en matèria d'autodeterminació dels pobles (ja que molts Estats no colonials plenament reconeguts han accedit a la independència emparant-se en el dret a l'autodeterminació dels pobles) i del règim excepcional que estableix la mateixa Llei, la qual exclou de manera puntual i excepcional l'aplicació de la legislació i jurisprudència espanyola que s'hi oposin.

En conseqüència, partint de la Llei del referèndum d'autodeterminació que és prou clara pel que fa al seu àmbit i efectes, desapareixen els elements bàsics del tipus penal descrits, bàsicament el d'arbitrarietat i el d'intencionalitat, ja que l'actuació de les autoritats i els treballadors de les administracions públiques estaria emparada per una norma legal vigent.

Cal tenir present que tant la STS de 22 de març de 2017 com la del TSJC de 13 de març de 2017 (les dues per la consulta del 9N), incorporen, en detriment de la tesi sostinguda per la Fiscalia de l'Estat espanyol en ambdues causes, la procedència d'aplicar el principi o la prohibició de *non bis in idem* vers la sol·licitud de punició dels processats per aquella causa per aquest delictes i pel de desobediència greu comesa per autoritats o funcionaris públics, en considerar que la conducta típica d'aquest delictes també s'emmarca dins la conducta del delictes de desobediència, el qual absorbiria així el propi delictes de prevaricació administrativa.

Això vol dir també que el personal de les administracions públiques de Catalunya, no pot actuar al marge de les seves institucions ni de les seves unitats orgàniques, ni tampoc pot decidir per voluntat unilateral no aplicar la normativa de l'Estat espanyol (doncs en aquest cas s'entraria en els elements propis del tipus de prevaricació), sinó que per tal de ser coherents amb els arguments anteriors la seva actuació ha de fer-se a l'empara de normativa clara i precisa del Parlament de Catalunya i del Govern de Catalunya i, sota el seu aixopluc, per tal d'assegurar

la correcta actuació de les autoritats i el personal de les administracions públiques catalanes.

c.- El delictes de desobediència

El tipus penal bàsic està descrit a l'article 410 del Codi penal:

Artículo 410

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

Aquest és un dels supòsits que pot provocar, de ben segur, major inseguretat: L'existència de resolucions judicials que acordin la suspensió o fins i tot l'anul·lació de la Llei del Referèndum d'autodeterminació i ordenin que no es practiqui cap acte d'execució de la mateixa..

El delictes de desobediència ha estat analitzat, entre d'altres, per la STS de 20 de gener de 2010 (RJ 2010\1268), en el seu fonament de dret Cinquè:

De otra parte y ya con carácter general, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de desobediencia ha destacado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida, exigencia es continuamente señalada por la jurisprudencia de esta Sala. Así en las SSTs 285/2007 y 394/2007), por citar dos Sentencias recientes, destacan "el delito de desobediencia, desde el punto de la vista de la tipicidad, requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde.

Per tant, per donar-se un supòsit de desobediència, els requisits serien:

- *Existència d'un mandat exprés, concret de fer o no fer una conducta.*
- *El mandat prové d'una autoritat o els seus agents i s'ha de dictar en l'àmbit de les seves competències.*
- *L'ordre ha de revestir totes les formalitats legals i ha de ser clarament notificada a l'obligat a complir-la. Per tant, no es tenen en compte les possibles ordres genèriques.*
- *Resistència al compliment del que s'ha ordenat, amb clara intenció de desobediència.*

Aquests elements no preveuen la possible concurrència de dues ordres contradictòries que compleixin aquests requisits. La qual cosa, en principi, ens porta a la conclusió que donat el cas, no es produiria el tipus penal. En qualsevol cas, per haver-hi contradicció, les dues ordres o mandats han de complir amb els requisits esmentats.

Les sentències dictades pel Tribunal Suprem de 22 de març de 2017 i pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 13 de març de 2017 ja esmentades, coincideixen en la descripció dels requisits apuntats per tal que es pugui produir un delictes de desobediència.

Pel que fa a la Sentència del Tribunal Suprem, tot i diferenciar les conseqüències de la notificació individual quan es tracta d'una autoritat, justifica el tipus delictiu en el fet que ha quedat acreditat que el Sr. Homs era plenament coneixedor de les resolucions del Tribunal Constitucional i dels seus efectes. Del Fonament de Dret Tercer (la negreta és nostra):

De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser necesariamente modulada. Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento, ya sea a título individual por el funcionario concernido, ya como integrante del órgano colegiado en el que aquél se integra, sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado. Lo verdaderamente decisivo es que el funcionario o la autoridad a la que se dirige el mandato tenga conocimiento de su existencia y, sobre todo, del deber de acatamiento que le incumbe.

Y no cabe duda de que el acusado captó con el dolo todos los elementos que definen el tipo objetivo previsto en el art. 410 del CP. **Conocía la providencia del Tribunal Constitucional que ordenaba la suspensión. Era consciente de que su efectividad o, por el contrario, su carencia de efectos, dependía, en buena medida, de decisiones que habían de ser tomadas en el ámbito de su competencia exclusiva como Consejero de la Presidencia.** El Sr. Homs, a preguntas del Ministerio Fiscal, **reconoció que la Generalitat como institución**

se dio oficialmente por notificada el día 4 de noviembre y que la providencia de suspensión dio lugar a un amplio debate en el Consejo de Gobierno y a la adopción de determinadas decisiones, entre las que se incluyeron el mantenimiento del *proceso de participación*, la convocatoria del *Pacto Nacional del Derecho a Decidir*, la interposición de un recurso contencioso administrativo y la adopción de instrucciones para la presentación de un recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional.

La Sentència del TSJC esmentada, en el seu fonament de dret concreta (la negreta és nostra):

No por conocidos y reiterados en nuestra jurisprudencia podremos dejar de reproducir aquí los elementos estructurales del delito de desobediencia objeto de acusación. Así, en una constante y uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde las SSTS 493/1998, de 10 de junio –FJ6- y 415/1999, de 9 de abril –FJ3-) se viene exigiendo para la aparición del delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario público, la constatación de los siguientes elementos:

- a) La emisión, pronunciamiento o dictado, por un órgano judicial, de una sentencia o resolución procesal, o de una orden por Autoridad o funcionario administrativo; que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por órgano judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, así como que la sentencia, resolución u orden conlleve la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta.
- b) Que la autoridad o funcionario a quien va dirigida no desarrolle la actuación a que le obliga la resolución u orden, o despliegue la actividad que le prohíban tales resoluciones. Esta negativa al cumplimiento de lo resuelto u ordenado deberá ser abierta, lo que reclama la necesidad de que estemos ante un comportamiento que revele una pasividad reiterada y una actuación insistentemente obstaculizadora.
- c) El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal o del superior administrativo, y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden. **Este elemento solo podrá afirmarse si la resolución o la orden, revestida de todas las formalidades legales, ha sido claramente notificada al obligado a cumplirla.**

Més endavant justifica aquesta notificació:

... y también desde la constatación de que junto con la notificación de la Providencia TC 4 noviembre 2014, el Govern de la Generalitat de Catalunya **recibió el mismo día y por el mismo conducto -correo electrónico- la demanda de impugnación y la documentación presentadas por el Gobierno central, de las que se desprendía con total claridad cuáles eran “las**

actuaciones impugnadas” y, por tanto, las que debían ser suspendidas, en concreto: 1/ la operatividad de la página web oficial, 2/ la utilización de centros docentes públicos a los fines del proceso de participación, 3/ la utilización de las urnas y las papeletas adquiridas con fondos públicos a los mismos fines, 4/ las actuaciones realizadas —principalmente mediante correo electrónico— para requerir la colaboración de otros órganos administrativos (Ayuntamientos), y 5/las actuaciones para requerir a los medios de comunicación la inserción gratuita de cuñas publicitarias.

j) **El acuerdo adoptado en la sesión del Govern de la Generalitat del mismo día 4 de noviembre de 2014**, certificado por su secretario D. Jordi Baiget i Cantons, en los términos que son de ver en el documento unido al folio 379 de las actuaciones principales, **resulta bien elocuente de la claridad y meridiano entendimiento por parte de los miembros del Consell de Govern de su contenido y del alcance de su disposición suspensiva pues, al tiempo que se toma la decisión de recurrir en suplica pidiendo que sea dejada sin efecto la providencia del Tribunal Constitucional**, se añade la razón de tal petición, que no es otra que *“pueda celebrarse el día 9 de noviembre de 2014 el proceso participativo convocado sobre el futuro político de Catalunya”*. Ergo, mientras la suspensión no fuese alzada por el Tribunal Constitucional o la providencia no fuese dejada sin efecto por ese mismo Tribunal, el proceso participativo no podía celebrarse.

Es fa difícil pensar que en el procés de celebració del referèndum els treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes es trobin amb ordres d’aquesta magnitud i concreció contradictòries, concretes i individualment notificades. Malgrat això, la notificació clara d’un mandat per part d’un òrgan judicial a una autoritat o treballador d’una administració pública, o als alcaldes, com de fet ja s’ha produït, i el seu incompliment conscient, es podrien considerar com a desobediència als efectes previstos a l’article 410 del Codi Penal.

Això, sense perjudici que els segon punt de l’article 410 C.P., especifica que no hi haurà responsabilitat penal si el mandat que es desobeeix constitueix una infracció manifesta, clara i terminant d’un precepte de llei. No obstant, aquesta és una interpretació que no té cap suport jurisprudencial, ja que estem davant d’una situació nova, mai produïda en l’Estat Espanyol, i per tant, s’haurà de veure quina interpretació en faran, si és el cas, els tribunals espanyols.

d.- El delictes de denegació d’auxili

Està regulat a l’article 412 del Codi Penal, i té una especial incidència en Mossos d’Esquadra i Policia Local:

Artículo 412

1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público,

incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Pel que fa als dos primers punts de l'article 412, serien d'aplicació idèntics requisits que els analitzats per l'article 410, que per tant, es donen per reproduïts. S'ha pronunciat en relació a aquest supòsit, entre d'altres el Tribunal Superior de Justícia del País Basc, mitjançant resolució de 31 d'octubre de 2006 (ARP 2006\730), que afegeix com a requisit que l'auxili requerit (quan el requereix un particular) ho sigui per evitar un delictes:

Mas, como ya decíamos en el citado auto, de fecha 18 de julio de 2005, el delito de denegación de auxilio exige en el plano objetivo una actuación omisiva, de clara y pertinaz resistencia al incumplimiento de las diligencias solicitadas, y en el plano subjetivo, una actitud dolosa directa integrada por el consciente y malicioso propósito de no prestar la cooperación jurisdiccional requerida. Señala la sentencia del Tribunal, de 16 febrero 1996 , que: «El delito de denegación de auxilio sancionado en el número tercero del artículo 371 del CP se integra por la concurrencia de los siguientes elementos: 1.º) Tener el agente la condición de funcionario público, con la amplitud prevenida en el artículo 119 del CP; 2.º) que un particular le requiera para prestar algún auxilio; 3.º) que el requerido esté obligado a prestarlo por razón de su cargo; 4.º) que el auxilio se requiera para evitar un delito o cualquier otro mal; 5.º) que el agente se abstudiese de prestarlo sin causa que justifique la abstención (Sentencias Sala 2ª Tribunal Supremo de 2 junio 1969 y 2 octubre 1989 ».

La STS de 15 de març de 1977 (RJ 1997\1728), en relació a la denegació d'auxili, concreta la interpretació pel que fa a la forma del requeriment, que s'ha de notificar pels conductes formals. En aquest cas, el TS interpreta que el requeriment telefònic no és vàlid, i per tant, desobeir-lo no comporta un delictes de denegació d'auxili:

TERCERO.-

El tipo de injusto penal de denegación de auxilio es similar al de desobediencia, del que sólo se diferencia por la ausencia en el primero de una relación de dependencia jerárquica (SSTS entre otras, 22 marzo 1986 -dictada en el conocido caso del Comisario B.- y 24 septiembre 1990), y si el segundo tipo requiere hoy (art. 410.1 del NCP) para su existencia que «las autoridades o funcionarios públicos se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de una autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales»; ya con anterioridad la jurisprudencia de esta Sala había requerido para la existencia del tipo de denegación de auxilio que la abstención se produjera sin causa legal (Por todas, STS 2092/1994, de 28 noviembre); de manera que el «thema decidendi» consiste únicamente en determinar si el funcionario podía o no exigir una comunicación formal y escrita para acceder al ingreso del sujeto policialmente detenido en el Depósito Municipal.

Conviene destacar para una mejor resolución de esta cuestión la existencia de los siguientes datos fácticos obrantes en la narración histórica de la sentencia ahora sometida a recurso y completados con los obrantes en la causa, una vez examinada ésta en ejercicio de la facultad-deber establecido en el artículo 899 de la LECrim: a) No existió comunicación alguna del Juzgado de Instrucción al Encargado del Depósito ni siquiera a la Guardia Civil encargada de la detención. Sólo consta una comunicación de aquélla (folio 5) al Jefe de la Policía Local de Grado en la que participa al mismo la orden judicial sin especificación de la resolución que acordó tal medida cautelar. b) El órgano jurisdiccional tenía su residencia en la localidad y, al no ser único (Juzgado de Instrucción de Grado núm. 2), estaba, como consta en la misma comunicación, en funciones de guardia. c) No consta otra comunicación distinta entre el Juez de Instrucción y el acusado que la telefónica, por lo demás no documentada en la causa bajo fe pública judicial con arreglo a los artículos 279 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

CUARTO.-

Partiendo de tales antecedentes es necesario todavía recordar que seguramente en un estado de derecho ninguna de las distintas competencias atribuidas orgánicamente a los componentes del Poder Judicial tenga un perfil más relevante que el asignado a los Jueces de Instrucción. Si se permite tomar en préstamo el título de una conocida obra literaria, su función tiene «grandeza» y a la par «servidumbre». Grandeza en tanto en cuanto supone la «primera línea» de garantía de los derechos fundamentales y, «pari passu», la servidumbre que deriva de la necesaria intervención inmediata en los supuestos de restricción de tales derechos básicos. Así, en los núcleos escasos de población el servicio de guardia no determina -a diferencia de las grandes ciudades- una obligación de permanencia en la sede del órgano, pero sí con arreglo a las disposiciones orgánicas, lo que se denomina «disponibilidad», que comporta obviamente no sólo la inmediata localización del funcionario, sino también la más rápida constitución del mismo en la sede en que desarrolla su función para el correcto y adecuado cumplimiento de la misma.

De entrada, pues no parece adecuado que en estos casos pueda cumplirse la función a través de «órdenes telefónicas». Ciertamente es que la coyuntura histórica aconseja y aún exige la utilización mediana de los avances técnicos para el cumplimiento de los fines, pero tal punto de partida en manera alguna puede justificar, si no se muestra patente una situación de urgencia, el que se prescindiera del cumplimiento de los fines legales de la medida cautelar de detención. Ciertamente es que a diferencia de lo que previene para la prisión provisional el art. 505 de la LECrim, para la detención no se exige expresamente que se libere el referido mandamiento; pero es aplicable al supuesto la doctrina contenida en la STC 31/1996, de 27 febrero cuyo octavo fundamento señala por vía de resumen que «Desde estos parámetros parece claro que la detención sufrida por el señor S. se alargó excesivamente. El fin perseguido por la detención fundada en el art. 492.3 LECrim pudo seguramente haber sido satisfecho mediante una comparecencia ante la autoridad judicial la misma tarde en que el interesado fue detenido. La conducta observada por éste durante el transcurso de la detención no justificaba ninguna demora en su duración. Y la detención se llevó a cabo en una localidad donde los tiempos de desplazamiento son reducidos. No es preciso entrar a dilucidar la influencia que pudieran haber tenido en el retraso los honorarios del Juzgado, la conducción del detenido al Depósito Municipal en vez de ser llevado directamente a la sede del órgano judicial, la falta de coordinación de éste con el Juzgado de Guardia ese día, o cualquier otro posible factor que pudiera guardar relación con lo que duró efectivamente la situación de privación de libertad. Ninguna de estas posibles razones, en el presente caso, podrían justificar un alargamiento, en principio, tan desproporcionado del período de detención sufrido por el demandante de amparo, en perjuicio de su derecho fundamental a la libertad personal».

És de preveure que tant els Mossos d'Esquadra com les Polícies Locals puguin rebre ordres d'alguna autoritat judicial per impedir que es desenvolupin actes per a la celebració del referèndum. I que aquestes ordres es notifiquin d'acord amb les formalitats necessàries.

Hem de tenir present també, que tant els Mossos d'Esquadra com les Polícies Locals, poden efectuar funcions de policia judicial, i en aquest cas (article 14.3 de la Llei 10/1994 de la policia de la Generalitat - Mossos d'Esquadra, article 35 de la L.O. 2/1986, de 13 de març, de forces i cossos de seguretat), depenen funcionalment de jutges, tribunals i del ministeri fiscal que els poden donar ordres i instruccions.

No obstant, podríem interpretar que quan aquesta dependència funcional entra en clara contradicció amb la Llei 19/2017 i la seva normativa de desenvolupament, d'acord amb les apartats "2" i "3" de l'article 3 de la llei¹¹ i la seva disposició final primera¹², no és d'aplicació per entrar en clara contradicció amb els articles esmentats.

¹¹ La llei preval jeràrquicament sobre totes les normes que hi puguin entrar en conflicte, en tant que regula un dret fonamental i inalienable del poble de Catalunya

¹² Les normes de dret estatal vigent es continuen aplicant en tot allò que no contravinguin la llei 19/2017

En conclusió, el Parlament de Catalunya ha acordat la no aplicació a Catalunya de cap ordre o instrucció contrària a la celebració del referèndum i de les actuacions posteriors que se'n derivin, que anul·li o modifiqui la jurisdicció dels Tribunals Espanyols pel que fa al procés, i això ens porta a deduir que també deixa sense aplicació la vinculació funcional del Cos de Mossos d'Esquadra i Polícies Locals catalans a jutges, tribunals i ministeri fiscal, al menys, pel que fa a les actuacions directament relacionades amb la celebració del referèndum i les actuacions posteriors que se'n derivin.

e.- El delictes de rebel·lió

Aquest delictes està regulat al Títol XXI, de delictes contra la constitució, i està definit a l'article 472:

Artículo 472

Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.*
- 2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o Reina o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.*
- 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.*
- 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.*
- 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.*
- 7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.*

Més enllà de les 7 finalitats descrites a l'article, entre les quals hi ha la de declarar la independència d'una part del territori nacional, l'element bàsic per tal que es produeixi és que hi hagi un alçament violent i públic. Si no es donen aquests dos supòsits, el de la violència i el de l'actuació pública, en cap cas ens trobarem davant un delictes de rebel·lió. Es descriu com un delictes plurisubjectiu, que comporta l'exercici de la força física com a element essencial que acompanya al d'alçament i al d'actuació pública. D'aquesta descripció se'n desprèn clarament que una llei aprovada pel Parlament de Catalunya no contempla els elements bàsics d'aquest tipus penal, i encara menys les actuacions que es pugin fer en execució de les mateixes.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia del País Basc de 27 de novembre de 2007 (ARP 2008\8), s'hi ha pronunciat en els següents termes:

Pero la rebelión es un delito contra la Constitución, plurisubjetivo de convergencia y de resultado cortado, que se describe típicamente por la acción de alzarse, violenta y públicamente, para cualquiera de los fines que se señalan en los siete números del artículo 472 del Código Penal, entre ellos, derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución (núm. 1º) y declarar la independencia de una parte del territorio nacional (núm. 5º). Siendo, tras el nuevo Código Penal del año 1995, la intercalación de la locución "violenta" entre los términos "alzaren" y "públicamente", la característica más significativa, por la matización que supone y restricción que conlleva, de la actual descripción típica. Debiendo catalogarse el alzamiento como violento, según generalizada opinión, cuando vaya acompañado del ejercicio de la fuerza física, o, cuando el empleo de ésta, de resultar necesario de cara a la consecución de alguno o algunos de los fines indicados en la norma penal, constituya una seria y fundada amenaza, por estar dispuestos los alzados a conseguir aquéllos a todo trance, recurriendo inclusive, de así resultar preciso, a la utilización o al uso de la misma.

En consecuencia y como ya se anticipaba, de los hechos relacionados en la denuncia no cabe inferir indicios de un delito de proposición o provocación para la rebelión. De la realidad que representa el anuncio de esa propuesta o idea del Lehendakari de realizar una consulta popular "sobre el derecho a decidir del pueblo vasco" y para que la sociedad vasca "tenga en sus manos la capacidad de enviar a ETA, al Gobierno y a los partidos el mandato de abrir un proceso de solución del denominado conflicto vasco", no cabe deducir, ni siquiera en términos indiciarios, que se haya producido por parte del Lehendakari una invitación o incitación en los términos ya definidos, con el serio y firme designio de alzarse, violenta y públicamente, ya sea para derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, ya sea para declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

El Tribunal Constitucional també s'ha referit al concepte de rebel·lió en la seva sentència de 16 de desembre de 1987 (STC 199/1987, RTC 1987\199), en el recurs interposat contra la Llei Orgànica 9/1984, de mesures contra l'actuació de bandes armades i elements terroristes i de desenvolupament de l'article 55.2 de la Constitució. Tot i que la sentència és anterior a la L.O. 10/1995, del Codi Penal, la definició del concepte de rebel·lió en el seu fonament de dret 4 és il·lustrativa:

... cierto que el art. 55.2 no ha mencionado expresamente a los rebeldes, sino sólo a las bandas armadas o elementos terroristas. Sin embargo, no cabe duda de que, como señala el Letrado del Estado, la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional. A su vez el art. 8 de la Ley Orgánica 9/1984 equipara la integración en una organización rebelde a la integración en una banda armada, refiriéndose a la utilización de «armas

de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos o medios incendiarios de cualquier clase». Por ello a tales rebeldes en cuanto integran el concepto de banda armada del art. 55.2 de la Constitución, les resulta legítimamente aplicable la suspensión de derechos a la que habilita el precepto constitucional.

Si la violència és un dels fets característics i essencials del delictes de rebel·lió, s'ha de concloure que cap de les actuacions dels treballadors i treballadores de les administracions públiques catalanes, en execució d'ordres o instruccions donades pel Parlament o el Govern de Catalunya o pels seus comandaments, podria ser constitutiva d'un delictes de rebel·lió.

f.-El delictes de sedició.

El delictes de sedició està regulat al Títol XXII, de delictes contra l'ordre públic. Està definit a l'article 544:

Artículo 544

Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

Són requisits fonamentals d'aquest tipus delictiu, acompanyant a la voluntat d'impedir el compliment de la llei o l'exercici de les funcions i compliment d'acords o resolucions administratives o judicials per part d'autoritats o funcionaris, el que ho facin mitjançant alçament públic i de forma tumultuosa.

El diccionari de la Real Acadèmia Espanyola descriu el tumult com a “*motín, confusión, alboroto producido por una multitud*”, o també “*confusión agitada o desorden ruidoso*”. Els conceptes de multitud i desordre esdevenen importants com a definidors de actuació tumultuosa.

El TSJ de Catalunya s'hi ha referit recentment, mitjançant resolució de 24 de març de 2014, per la qual no admet a tràmit la querella presentada contra el President de la Generalitat de Catalunya per impulsar la conducta del 9N (ARP 2014\398):

De conformidad con el artículo 472 del Código Penal y como delito contra el orden constitucional se consideran reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: ... 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

Y conforme al artículo 544 del mismo cuerpo legal como delito contra el orden público son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad,

corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

Siendo punibles igualmente la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los mismos delitos.

En el primer caso es presupuesto necesario del delito que con intención de declarar la independencia de parte del territorio nacional se produzca un alzamiento violento y público, esto es, mediante una actitud activa por la fuerza o estando dispuesto a su utilización y en forma pública, patente o exteriorizada.

En el caso de la sedición también se exige el alzamiento público entendido como sublevación tumultuaria o desordenada con una determinada finalidad mediante el empleo de la fuerza o fuera de las vías legales.

No se expresa en la querrela qué actos rebeldes o sediciosos se estarían preparando u organizando para conseguir por la fuerza la independencia de Cataluña y el concreto papel del President de la Generalitat en los mismos, siendo del todo inadmisibles en el estricto ámbito penal en el que nos hallamos, los argumentos utilizados en el apartado décimo, undécimo y duodécimo del escrito de querrela sobre los que vana y artificialmente pretende construirse el imaginario delito, ya que sobre tratarse de supuestos hipotéticos, es obvio que no pueden equipararse las conductas activas con las pasivas.

La STS de 19 d'octubre de 1980 (STS 4961/1980 - ECLI:ES:TS:1980:4961), fixa les notes característiques d'aquest delicte:

CONSIDERANDO que el delito de sedición forma colectiva y tumultuaria de alzamiento, "rebelión en pequeño", según frase decimonónica, fue conocido en el Derecho Romano con el nombre de "Tumultus", en "Las Partidas", con el de asonada -"ayuntamiento que hacen las gentes unas contra otras para hacerse mal"-, y en el título XI de la Nueva Recopilación, con el de "juntas tumultuarias", incorporándose a la legislación codificada en el artículo 280 del Código de 1822, que lo define como levantamiento, ilegal y tumultuario, de un número mayor o menor de personas con el fin de entorpecer la acción gubernamental, encontrándose también en el artículo 174 del Código de 1870 y en los artículos 245 y siguientes del Código de 1932, mientras que el vigente le dedica los artículos 218 y siguientes incardinados en el capítulo IV del título II del libro I, siendo conocida la infracción estudiada por otras legislaciones como vg, la inglesa que lo denomina "asamblea sediciosa", o la alemana que lo distingue con los apelativos de "motín" y "tropel de gentes", mientras que en otras se confunde con el delito de rebelión. Se trata de una infracción de actividad o de resultado cortado y también se le califica de delito de tendencia, pues, por una parte, el alzamiento ha de encaminarse necesariamente a la consecución de alguno de los objetivos señalados en los cinco números del artículo 218 citado, y, por otra parte, el dicho alzamiento, por sí solo, consume el delito aunque no se hayan logrado los fines propuestos. Procediendo a su disección, se observa: a) que se requiere un alzamiento, esto es, un levantamiento, sublevación o insurrección dirigidos contra el orden jurídico

establecido, contra el normal funcionamiento de determinadas instituciones o contra autoridades, funcionarios, Corporaciones públicas, clases del Estado, particulares o clases de personas; b) que ese alzamiento, ha de ser público, esto es, abierto, exteriorizado, perceptible, patente y manifiesto, y tumultuario, lo que equivale a gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría, según opinión unánime, que de ser organizado y ordenado también se aplicará el precepto analizado; c) que el mentado alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados, por la fuerza, esto es, de modo violento, violencia, bien absoluta, bien compulsiva y tanto recayente sobre las personas como sobre las cosas-, o fuera de las vías legales, es decir, de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba; b) en cuanto al sujeto activo, el número de personas que ha de participar ha de ser necesariamente plural, pues de otra suerte se confundiría frecuentemente la infracción estudiada con el atentado, la resistencia o la desobediencia; por ello, la sentencia, de este Tribunal, de 2 de julio de 1934, exige que, el número de partícipes no sea inferior a treinta, y la doctrina más caracterizada, partiendo de que "tumulto" es desorden y confusión producido por un conjunto de personas, sostiene que habrán de ser varias y en número suficiente para la consecución del fin propuesto, pudiéndose agregar que los términos legales "alzaren" y "tumultuariamente", evocan y sugieren la participación indispensable de un número considerable de personas, aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre; e) en lo que respecta al sujeto pasivo, éste es variadísimo, desde el poder legislativo hasta las corporaciones públicas, pasando por la autoridad, sus agentes, los funcionarios públicos, el Estado, la Provincia, el Municipio, los particulares, las clases del Estado y las clases sociales; f) la finalidad política o social no siempre se exige véanse números primero, segundo y tercero, del artículo 218, que no la requieren, y los números cuarto y quinto del citado precepto que sí la exigen; g) toda la doctrina está de acuerdo en que, en este delito, no cabe tentativa -ejecución parcial- -ni frustración -ejecución total sin resultado-, lo que es plausible, pues el legislador criminaliza y reputa perfecto al mero alzamiento, sin que sea preciso, para la consumación del delito, la obtención de los fines apetecidos, con lo cual, los comportamientos de preparación no constituyen conato, y los de iniciación del "iter criminis" propiamente dicho, ya pertenecen a la esfera de lo consumado; y h) por el contrario, y aunque alguna opinión disuene, la proposición, conspiración y provocación para delinquir, que el Código Penal castiga, con carácter general, en todos los delitos artículos 3 y 52 -, son actos incompatibles con el delito de sedición, pues son características de su fase de preparación, indispensables generalmente para recorrer nuevas etapas o fases del delito, como lo demuestran los Códigos españoles de 1848 y 1932, los cuales, no castigando la conspiración y la proposición en todo caso, las reprimían en los delitos de rebelión y de sedición -véase vg. el artículo 249 del último Código citado -d, mientras que, a la provocación, la ponía el mentado Código de 1932, en el artículo 559 y en todo caso, esto es, fuere cual fuere el delito provocado.

En conseqüència, d'aquesta sentència se'n dedueix que les notes característiques d'aquest delictes són:

1. És necessari que hi hagi un alçament, una revolta dirigits contra l'ordre públic establert
2. L'alçament o revolta ha de ser públic, obert, exterioritzat.
3. L'alçament s'encamina a aconseguir unes finalitats per la força, de manera violenta, ja sigui absoluta o compulsiva, sobre les persones o sobre les coses, i fora de les vies legals.
4. El número de persones que hi participa ha de ser necessàriament plural. En altres cas seria un altre delictes (com el d'atemptat, desobediència, ...).

S'ha de tenir present que les característiques bàsiques de l'actual delictes de sedició coincideixen amb les de l'article 218 de l'anterior Codi Penal que analitzada l'esmentada sentència:

Artículo 218

Son reos de sedición los que se alzan públicamente y tumultuariamente para conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales cualquiera de los fines siguientes:

- 1.º Impedir la promulgación o ejecución de las leyes o la libre celebración de elecciones para cargos públicos.*
- 2.º Impedir a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus providencias administrativas o judiciales.*
- 3.º Ejercer algún acto de odio o venganza en la persona, familia o bienes de alguna autoridad o de sus agentes.*
- 4.º Ejercer, con un objeto político o social, algún acto de odio o venganza contra los particulares o cualquiera clase del Estado.*
- 5.º Despojar, con un objeto político o social, de todos o de parte de sus bienes propios a alguna clase de persona, al municipio, a la provincia o al Estado, o dañar o destruir dichos bienes.*

En conseqüència, s'ha de produir una revolta tumultuària, pública i oberta, desordenada, utilitzant la força o fora de les vies legals.

És difícil d'intuir cap acte de cap autoritat, treballador o treballadora d'una administració pública catalana, que durant el procés per a la constitució de la República de Catalunya, i en ús de les seves atribucions, efectuï una actuació amb aquestes característiques. Tampoc s'entendria com inclosa en aquest tipus delictiu cap conducta en compliment d'instruccions o ordres donades pels superiors jeràrquics, pel Parlament o pel Govern de Catalunya.

g.-Conclusions



1.- De l'anàlisi dels tipus delictius de la prevaricació, desobediència, denegació d'auxili, rebel·lió i sedició, se'n desprèn, pel que fa a autoritats i personal de les administracions locals de Catalunya, en les actuacions que puguin realitzar en execució de la Llei 19/2017 i la normativa de desenvolupament, que aquestes podrien contenir els elements del tipus penal de la desobediència. No obstant, l'article 410.2 CP preveu que no incorren en responsabilitat criminal per l'incompliment d'un mandat que constitueixi una infracció manifesta, clara i terminant d'un precepte de llei. I precisament és aquest el cas en el que ens trobarem, tenint en compte, com en defensat en aquest informe, que la llei 19/2017 i la normativa de desenvolupament es poden considerar vigents amb l'aplicació dels principis del dret internacional (si més no és una de les interpretacions possibles de la norma). En tot cas, no és als funcionaris als qui els pertoca decidir quin dels dos ordenaments jurídics és vigent. És suficient la força de la interpretació, i la seva efectiva aplicació per part del Parlament de Catalunya i el Govern de la Generalitat de Catalunya.

Malgrat aquesta afirmació, aquesta és una interpretació que no té cap suport jurisprudencial, ja que estem davant d'una situació nova, mai produïda en l'Estat Espanyol, i per tant, s'haurà de veure quina interpretació en faran, si és el cas, els tribunals espanyols.

2.- No s'observa la possible comissió de cap altre delictes en l'exercici d'actuacions per part d'autoritats locals per possibilitar la celebració del referèndum.

10 de setembre de 2017

SECRETARIS, INTERVENTORS I TRESORERS D'ADMINISTRACIÓ LOCAL
PER LA INDEPENDÈNCIA (SIT X CAT)

Signat:

Joan Anton Font Monclús
Marcel·lí Pons Duat
Dr. Isidre Lluçà i Sabarich
Josep Maria Nasarre i Puig
Cèlia Argilés Andrés
Albert Miravet Masip
Ramon Oriol Grau
Isidre Martí Sardà
Alfons Giol i Amich
Dr. Jaume Renyer Alimbau
Sr. Joan Pagés Galtés
David Ros i Serra