

Col·lectiu Maspons i Anglasell: “Informe sobre la Llei 19/2017, del 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació”

written by Jaume Renyer | 12 de setembre de 2017

Article publicat originalment [al bloc personal de Jaume Renyer](#) aquest 9 de setembre.

A data d'avui el [Col·lectiu de juristes Maspons i Anglasell](#) fa públic aqueix informe sobre la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació:

INTRODUCCIÓ

Els juristes que integrem el Col·lectiu Maspons i Anglasell davant l'aprovació de la Llei 19/2017, del Parlament de Catalunya aportem al debat sobre l'abast i els efectes d'aqueixa norma el nostre parer que raonem a partir dels fonaments desenvolupats en els apartats següents.

Abans, però, d'endinsar-nos en el cos de l'informe hem de recordar un cop més la mentalitat jurídica amb la qual està redactat. La concepció del dret que tenen els defensors de la unitat d'Espanya arranca dels Decrets de Nova Planta d'ara fa tres-cents anys i en res coincideix amb la idea i la funció del dret que ha format part essencial de la identitat catalana al llarg dels segles.

En la tradició jurídica nostrada l'apel·lació al dret que feien els juristes funcionava com un mecanisme de defensa enfront de les arbitrietats de les autoritats. La gestació d'un dret propi fou determinant per a la construcció mateixa

de la nació catalana, tan important com la llengua a l'hora d'expressar una mentalitat col·lectiva singular que malgrat totes les adversitats subsisteix, i reneix, avui dia.

La predominança de l'esperit de la norma sobre la seva literalitat configurava l'equitat com a principi rector de l'ordenament jurídic nostrat i es contraposa a la concepció castellana formalista i abstracta que prima la literalitat del text per sobre d'altres consideracions. Aqueixa és una contradicció profunda entre dues concepcions antagòniques, una dogmàtica i l'altra pragmàtica, d'allò que ha d'ésser la funció legislativa que és ben perceptible des de fa tres segles, com hom pot constatar encara avui dia.

Primer.- Sobre el caràcter i l'abast de la Llei de referèndum d'autodeterminació.

El Ple del Parlament de Catalunya, en la sessió tinguda el dia 6 de setembre de 2017, ha aprovat la Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació, que ha estat publicada al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, número 7450 corresponent a l'endemà.

Al preàmbul de la Llei hi consta, en el seu paràgraf setè, la següent declaració:

«L'acte de sobirania que comporta l'aprovació d'aquesta Llei és l'opció necessària per poder exercir el dret dels catalans a decidir el futur polític de Catalunya, especialment després de la ruptura del pacte constitucional espanyol de 1978 que representa l'anul·lació parcial i la completa desnaturalització de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de l'any 2006 –aprovat pel Parlament de Catalunya i referendat pel poble de Catalunya– mitjançant la Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional.»

Conseqüentment l'article 2 del seu text articulat disposa:

«El poble de Catalunya és un subjecte polític sobirà i, com a tal, exerceix el dret a decidir lliurement i democràticament la seva condició política.»

L'article 3 especifica seguidament:

1. El Parlament de Catalunya actua com a representant de la sobirania del poble de Catalunya.

2. Aquesta Llei estableix un règim jurídic excepcional adreçat a regular i garantir el referèndum d'autodeterminació de Catalunya. Preval jeràrquicament sobre totes les normes que hi puguin entrar en conflicte, en tant que regula l'exercici d'un dret fonamental i inalienable del poble de Catalunya.

3. Totes les autoritats, persones físiques i jurídiques que participin directament o indirectament en la preparació, celebració i/o implementació del resultat del referèndum queden emparades per aquesta Llei, que desenvolupa l'exercici del dret a l'autodeterminació que forma part de l'ordenament jurídic vigent.

I la Disposició final primera estableix que:

«Les normes de dret local, autonòmic i estatal vigents a Catalunya en el moment de l'aprovació d'aquesta Llei es continuen aplicant en tot allò que no la contravinguin. També es continuen aplicant, d'acord amb aquesta Llei, les normes de dret de la Unió Europea, el dret internacional general i els tractats internacionals.»

Segon.- Fonament i justificació de la llei del referèndum

1. El principi democràtic i el poder constituent

La Llei 19/2017, del 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació (en endavant, Llei del referèndum) ordena el procediment per constatar l'existència o no d'una voluntat constituent per part del poble de Catalunya. Aquesta qüestió es planteja a partir de la constatació de la modificació unilateral del pacte constituent de 1978 per part de les institucions centrals de l'Estat i la impossibilitat de trobar una solució acordada per determinar el consentiment del poble de Catalunya a aquesta modificació o, eventualment, la seva voluntat de constituir-se en subjecte polític més enllà del marc constitucional de referència, qüestions a les que ens referirem més endavant.

Aquesta última possibilitat, això és, la constitució d'un subjecte polític sobirà, és a dir, la constitució d'un estat, en definitiva, no té cabuda en el marc constitucional actual, que parteix, com és sabut, de la sobirania única del poble espanyol proclamada en l'article 1.2 de la Constitució espanyola de 1978. Tanmateix, l'aflorament d'una voluntat democràtica incompatible amb la definició del subjecte polític de la Constitució, això és, la nació espanyola, no és contradictòria amb els principis fonamentals de la mateixa Constitució espanyola ni amb el dret internacional, cosa a la qual també ens referirem més endavant.

Això respon a la idea de què hi ha processos polítics legítims que només poden fer-se efectius mitjançant el trencament constitucional, sempre d'acord amb el principi democràtic i el respecte als drets fonamentals i al dret internacional, com ha hagut de fer el legislador català. En tot cas, la convocatòria d'un referèndum a través d'un marc jurídic que suposa una ruptura momentània (excepcional) de les regles del joc ordinàries del règim constitucional actual es fonamenta en la necessitat de constatar l'existència o no d'una voluntat

constituent del poble de Catalunya, la qual respondria, en darrera instància al principi democràtic, això és a la voluntat majoritària dels catalans en relació amb la constitució d'una comunitat política originària i autoreferencial, això és, sobirana .

La lògica a la que respon la Llei del referèndum és la possibilitat que existeixi una voluntat constituent a Catalunya, la necessitat de constatar la seva existència per resoldre la crisi de legitimitat que s'ha desenvolupat des de la Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny, i la manca de voluntat de les autoritats de l'Estat per articular un camí constitucional que permeti la determinació de l'existència o no d'aquesta voluntat constituent. En tot cas, aquesta voluntat constituent, en el cas d'existir, seria incompatible amb el marc constitucional actual, la qual cosa exclou la possibilitat d'una reforma de la Constitució, sense que això no converteix en il·legítima la referida voluntat constituent .

La Llei del referèndum és el camí per determinar si el poble de Catalunya vol autodeterminar-se de manera sobirana, o accepta el règim constitucional actual d'acord amb les modificacions rellevants que la jurisprudència constitucional i la legislació estatal han introduït en el pacte constituent originari. En aquest context, cal remarcar que el poder constituent és originari o no és constituent, de manera que una secessió eventual implica un trencament constitucional, el marc jurídic del qual ja seria només el dret internacional i no pas el dret constitucional actualment vigent . Ara bé, aquesta no és la situació que planteja la Llei del referèndum, la qual és un instrument per constatar l'existència d'aquesta voluntat de ruptura, no pas una ruptura en si mateixa, de manera que la lògica que la regeix és la suspensió de determinades normes del marc constitucional vigent per fer possible la constatació de l'existència o no de la voluntat constituent referida, atesa la manca de voluntat de les

autoritats centrals de l'Estat d'utilitzar les possibilitats del marc constitucional vigent per establir la seva existència.

Per tant, en conclusió, del que es tracta és de fer efectiu el dret a decidir, entès com el dret dels membres d'una comunitat territorialitzada a definir el seu estatus polític fonamental, a través d'un procediment democràtic. No cal que dir, Catalunya constitueix clarament una comunitat territorialitzada, reconeguda per la Constitució espanyola. El fet polític i jurídic de l'existència de Catalunya com a comunitat nacional –nacionalitat, en la terminologia constitucional– precedeix la Constitució, que valida el restabliment de la Generalitat republicana l'any 1977, la qual parteix de l'exercici d'un poder constituent autònom en la proclamació del president Macià del 14 d'abril de 1931. De fet, fou un gest de ruptura que representà un acte de restabliment que enllaçà amb la condició sobirana existent abans de 1714.

En definitiva, l'existència constitucional de Catalunya, en tant que nacionalitat subjecte del dret a l'autonomia, permet individualitzar-la dintre del sistema constitucional. Es tracta de fixar aquí els mecanismes a través dels quals la referida voluntat constituent podria expressar-se –la qual cosa cal distingir de la seva materialització eventual en cas que es manifesti a favor de la secessió–. Caldria, doncs, distingir entre la constatació de la voluntat constituent del nou subjecte polític i la seva realització, això és, el trencament constitucional, que es produiria només a partir de la victòria del sí en el referèndum.

D'acord amb aquestes premisses, la Llei del referèndum implica la suspensió de totes les normes que n'impedeixin l'aplicació, d'acord amb la disposició final primera. S'estableix, en conseqüència, un règim jurídic excepcional (art. 3.2 de la Llei de referèndum) adreçat a fer efectiu el dret a decidir del poble de Catalunya davant del dèficit de reconeixement en

el règim constitucional actual, al que ens referirem tot seguit, i la negativa de les institucions centrals de l'Estat a utilitzar les possibilitats existents en aquest règim per resoldre aquest dèficit i permetre a la ciutadania de Catalunya expressar-se sobre el seu futur polític. Aquesta suspensió afecta, d'acord amb una interpretació sistemàtica de la Llei del referèndum, a les resolucions del Tribunal Constitucional que puguin afectar-la en el temps de la seva vigència, que, com a norma excepcional és limitada en el temps i finalitza amb la celebració del referèndum i el recompte dels resultats.

2. La modificació del pacte constituent i el dèficit de reconeixement

La Constitució de 1978 ha suposat, entre altres coses, un intent de solució del problema territorial a Espanya, la qual cosa, entre altres factors, passava pel reconeixement de la realitat nacional de Catalunya i el seu encaix en el règim constitucional, després d'un període autoritari que va negar-la. Com això és conegut, no cal ser exhaustiu en aquest punt –s'han de tenir en compte, entre altres, l'esment al Preàmbul dels pobles d'Espanya, la referència a les nacionalitats en l'article 2, a les que es reconeix el dret a l'autonomia, o el règim especial d'autonomia de l'article 151, que s'aplica a Catalunya per la via de la disposició transitòria segona–. En tot cas, el poble de Catalunya, a través dels seus representants, ha considerat que l'acceptació del marc constitucional referit es feia sempre que el reconeixement de la realitat nacional de Catalunya fos efectiva –cosa que es posa de manifest en diverses resolucions del Parlament de Catalunya, a partir de la 98/III del Parlament de Catalunya, sobre el dret a l'autodeterminació de la nació catalana, aprovada el 12 de desembre de 1989– . D'acord amb una llarga trajectòria, que comença el 14 d'abril de 1931, amb una afirmació continuada de la condició nacional de Catalunya, l'article 2 de la Llei de referèndum proclama que “[e]l poble

de Catalunya és un subjecte polític sobirà i, com a tal, exerceix el dret a decidir lliurement i democràticament la seva condició política”.

En el marc definit per la Constitució espanyola de 1978, el poble de Catalunya, a través del seu Parlament, va impulsar una actualització del seu règim d'autogovern, que també suposava una afirmació del reconeixement de la seva realitat nacional en el context de l'evolució de l'Estat autònom des de 1981, amb la reforma de l'Estatut d'Autonomia de 2006. La proposta del Parlament de Catalunya va ser considerablement modificada per les Corts Generals, però, en acabat, va ser aprovada pel poble de Catalunya en referèndum.

Doncs bé, l'esmentada Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010, que es pronuncia sobre l'Estatut implica la correcció de la voluntat del poble de Catalunya, manifestada en el referèndum del 18 de juny de 2006, de manera que el marc constitucional es manipula i deforma fins al punt de provocar un dèficit de reconeixement de la seva condició nacional, en els termes que la Constitució de 1978 permetia, la qual cosa en el fons comporta el desconeixement de la funció integradora de la Constitució en la construcció de la comunitat política i genera una consciència de rebuig en relació amb una minoria nacional a la qual, d'acord amb la comprensió originària del pacte constitucional, hauria d'emparar. En definitiva, la Sentència esmentada consagra la manca de reconeixement de la personalitat política de Catalunya i la manca de respecte a la voluntat democràtica dels catalans en el sistema constitucional espanyol vigent, la qual cosa donarà lloc a una mobilització de la societat catalana que no ha trobat resposta en cap moment en les autoritats de l'Estat espanyol.

Cal recordar, en aquest punt, que la funció constitucional dels estatuts d'autonomia és completar un model territorial constitucional obert i indefinit, la qual cosa fa que siguin unes normes de desenvolupament constitucional directe, que fan explícit el caràcter pactat, i no simplement atorgat, del

règim territorial per a aquelles nacionalitats que accedeixen a l'autonomia per la via de l'art. 151 CE, com és el cas de Catalunya. En aquest punt, sembla exigible una cura particular per part del Tribunal Constitucional, ja que els estatuts són una peça essencial en el reconeixement de les nacionalitats, d'acord amb el pacte constitucional originari. Contràriament, però, el Tribunal Constitucional es situa, en la STC 31/2010, en el lloc del poder constituent i trenca el delicat equilibri del sistema, reconfigurant, per la seva pròpia voluntat, el paper constitucional de l'Estatut.

És sabut que hi ha una tensió intrínseca entre principi democràtic –aprovació mitjançant referèndum– i principi de constitucionalitat –control de constitucionalitat– en el disseny del règim d'autogovern de les comunitats autònomes constituïdes d'acord amb l'art. 151 CE. Aquesta tensió és inherent a qualsevol sistema constitucional, però és particularment intensa quan contraposa decisions adoptades directament pel poble amb el control de constitucionalitat . Això implica la necessitat d'una prudència extrema per part del Tribunal Constitucional en els seus pronunciaments, prudència que no només no es dóna en la Sentència de 2010, sinó que, de fet, allò que es produeix és la imposició de la seva autoritat d'una manera no només poc respectuosa amb els equilibris polític-constitucionals del sistema, sinó també a través d'una decisió construïda d'una manera inacceptable des del punt de vista de l'estat de dret.

Com ha dit Jaume Vernet, “el Tribunal Constitucional reescriu la Constitució i l'Estatut amb un activisme interpretador desmesurat, especialment criticable perquè no argumenta prou i, per tant, no convenç” . Amb això, la legitimitat del Tribunal Constitucional a Catalunya ha quedat greument danyada, procés que s'ha agreujat en els anys següents amb in comptables pronunciaments d'inconstitucionalitat en relació amb normes aprovades pel Parlament de Catalunya, la qual cosa explica la decisió del Parlament de convocar un referèndum

suspenent les funcions de control del Tribunal en relació amb la seva celebració. Només en relació amb els recursos d'inconstitucionalitat, la proporció de resolucions favorables a les autoritats centrals de l'Estat en relació a les favorables a les autoritats catalanes ha estat de quatre a un.

3. L'intent de trobar una solució acordada

Davant de l'existència d'un problema constitucional com el que es planteja i dintre de la lògica de la tensió entre principi democràtic i principi de constitucionalitat, la primer mecanisme imaginable per superar la situació és la reforma constitucional, a través de la qual el poder democràtic pot corregir la interpretació de la Constitució realitzada pel jutge de la constitucionalitat. Aquesta via que, òbviament, és la preferible, no és tanmateix practicable quan la tensió es produeix entre la voluntat democràtica d'una minoria –cal entendre aquí la voluntat de la majoria dintre de la minoria– i la decisió d'un jutge de constitucionalitat confegit d'acord amb la composició definida per la majoria.

En tot cas, atès que la majoria democràtica afectada pel procés de control de constitucionalitat, en el cas present, és una minoria estructural en el conjunt, sembla sensat corregir la situació de dèficit de reconeixement a través de la constatació de la seva avaluació de la situació. Així, si bé és cert que la majoria minoritària afectada per la decisió del jutge de la constitucionalitat no està en condicions d'aprovar una reforma constitucional, sí que hi ha la possibilitat de consultar-la per determinar la seva opinió en relació amb l'alteració del balanç de l'equilibri de poders que representa la decisió del Tribunal Constitucional, a fi i a efecte de determinar l'abast del problema de reconeixement que s'ha generat. D'altra banda, això seria coherent amb el mateix règim jurídic de l'art. 152.2 CE, d'acord amb el qual, els estatuts d'autonomia són aprovats pel poble de la nacionalitat

concernida.

Doncs bé, les institucions centrals del Regne d'Espanya no només no han pres cap determinació a l'hora d'encarar el dèficit de reconeixement generat per una decisió jurisdiccional emesa en unes condicions que conculquen principis essencials de l'estat de dret, sinó que ha adoptat una política de persecució penal en relació amb els representants polítics del poble de Catalunya que han provat d'articular mecanismes intrasistèmics per avançar en la correcció del dèficit de reconeixement tantes vegades al·ludit. En aquest sentit, davant la negativa tant del Govern espanyol com de les Corts Generals a la convocatòria d'un referèndum acordat, les institucions catalanes van impulsar l'organització d'un procés participatiu democràtic el 9 de novembre de 2014 adreçat a escatir la voluntat dels catalans en relació amb el seu estatut polític futur, d'acord amb les competències assumides en l'Estatut d'Autonomia, en el que van prendre part 2.344.828 persones (un 80,76% de les quals van votar a favor de la independència de Catalunya). Aquest procés va ser suspès pel Tribunal Constitucional, sense cap motivació jurídica en l'admissió a tràmit tot i que allò que s'impugnava no era, de manera clara, una disposició o resolució en el sentit de l'art. 161.2 CE, i, posteriorment anul·lat en la STC 138/2015, de 11 de juny. A partir d'aquí, es va instar la persecució penal de determinats membres del Govern de Catalunya, que ha acabat amb la seva condemna per sengles delictes de desobediència, amb una fonamentació jurídica novament esbiaixada i posteriorment la persecució per la via administrativa, a través del Tribunal de Comptes, sobre una presumpta malversació de cabals públics .

En definitiva, es crea una minoria estructural a la que es nega qualsevol reconeixement, amb la utilització majoritarista del principi de constitucionalitat i l'estat de dret. Cal recordar aquí que una democràcia que deixa fora de manera sistemàtica una minoria, la converteix en un perdedor

permanent (ewigen Verlieren) i, amb això, l'exclou de la identitat estatal. En aquest sentit, cal remarcar que la democràcia liberal implica el principi de la majoria, no pas el domini de la majoria sobre la minoria, l'evitació del qual constitueix, justament, el fonament dels límits constitucionals a la democràcia. La Comissió Europea per a la democràcia a través del dret (Comissió de Venècia) ha advertit del perill que els dèficits pel que fa al que anomena l'autodeterminació interna, que és el que aquí s'ha anomenat reconeixement dintre del sistema constitucional vigent, duguin a cap a una secessió .

La convocatòria del referèndum s'inscriu en aquest tipus de raonament, de manera que només el dèficit progressiu de reconeixement del poble de Catalunya dintre del sistema constitucional espanyol condueix les autoritats catalanes a dissenyar un marc jurídic excepcional adreçat a escatir si la voluntat de la majoria dels catalans es continuar dintre del marc constitucional vigent, constatant d'aquesta manera que no existeix de fet un dèficit de reconeixement majoritari, o, pel contrari, si volen iniciar un procés constituent, el que mostraria l'existència del dèficit de reconeixement al·ludit i, en conseqüència, justificaria la secessió. Aquest és el problema que el Parlament de Catalunya prova d'afrontar a través de la convocatòria del referèndum, havent rebutjat les institucions centrals del Regne d'Espanya prendre en consideració la consciència en relació amb el dèficit de reconeixement del poble de Catalunya en el sistema constitucional actual, així com endegat accions penals contra les actuacions adreçades a fer possible l'expressió democràtica de la voluntat del conjunt dels catalans i les catalanes, la qual cosa erosiona els seus drets de participació política i lliure expressió.

4. El fonament jurídic-constitucional de

la Llei del referèndum

Ens trobem davant d'una escissió entre normativitat –el marc constitucional espanyol tal com l'interpreta el Tribunal Constitucional– i consens social –la consciència de dèficit de reconeixement per part d'una minoria nacional, en aquest cas, els catalans–. Aquesta escissió que no es reconduïble, com s'ha vist, a l'ús dels mecanismes ordinaris de resolució d'aquesta tensió en la Constitució de 1978, a saber, la seva reforma o, si escau, la constatació d'una voluntat constituent per part dels catalans, mitjançant la realització d'un referèndum d'acord amb les diverses possibilitats obertes en el sistema, depenent totes elles de la voluntat del Govern espanyol, que s'ha negat a utilitzar-les.

Com diu el Tribunal Suprem del Canadà, “a system of government cannot survive through adherent to the law alone. A political system must also possess legitimacy, and in our political culture, that requires an interaction between the rule of law and the democratic principle. The system must be capable of reflecting the aspirations of the people” . En aquest context, cal apel·lar a la idea d'estat de dret substantiu, en la mesura que es tracta de superar una situació en la qual la majoria té la possibilitat de subjectar a la minoria dintre d'una cotilla que implica una manca substancial de reconeixement .

En aquest sentit, no es tracta d'un trencament amb els valors i principis fonamentals que sostenen la Constitució espanyola, de manera que la implementació d'un marc jurídic excepcional, fins i tot fora de les mateixes previsions del dret d'excepció en la Constitució, per resoldre un problema constitucional seriós en relació amb reconeixement d'una nacionalitat reconeguda per la mateixa Constitució, no és una contravenció substantiva, sinó merament formal del marc constitucional, la qual cosa s'hauria de projectar sobre la valoració jurídica dels responsables de la decisió, més tenint en compte els

dèficits en relació amb el principi de l'estat de dret dels actes jurídics previs que han generat la situació. Aquest plantejament ha estat sostingut en termes confluents en un informe elaborat recentment per un grup d'experts internacionals que han analitzat la legitimitat de la convocatòria del referèndum en el context de l'exercici del dret a decidir .

En aquest context, per superar aquesta situació i atesa la constatació de l'incompliment del pacte constitucional originari, la majoria del Parlament de Catalunya ha creat un marc normatiu *ad hoc*, adreçat a superar l'escissió esmentada entre normativitat i consens social, això és, en última instància el conflicte entre la voluntat del poble de Catalunya i la definició del marc constitucional per part del jutge de la constitucionalitat, a través d'un referèndum que permeti als catalans decidir si validen el marc estatutari configurat per la decisió del Tribunal Constitucional de 2010 –sobre el que no han tingut la possibilitat de pronunciar-se–, o bé, decideixen constituir-se en estat independent davant del trencament de la confiança en relació amb el seu reconeixement en el si del règim constitucional espanyol .

No es produeix, per tant, una ruptura amb el règim constitucional, sinó que es tracta d'un marc jurídic excepcional adreçat a permetre la realització del referèndum, de manera que, si escau, la ruptura només podria fonamentar-se en una decisió majoritària del poble de Catalunya adoptada de manera directa. Cal esmentar aquí, de nou, al Tribunal Suprem del Canadà: "The Constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitution enactment, without more, may be misleading" . És en aquest context en el qual caldria entendre el marc jurídic excepcional del referèndum, que implicaria, per tant, la vigència, durant la realització del referèndum, de la

Constitució de 1978, amb la suspensió –no pas derogació– de les normes jurídiques que n'impedeixen la realització i només en la mesura que l'impedeixen.

En aquest cas, davant de les circumstàncies apuntades, el Parlament de Catalunya pren la decisió de convocar un referèndum que implica la suspensió de determinades disposicions de l'ordenament jurídic, a fi i efecte de fer-lo factible. Això ho fa amb l'objectiu de defensar el poble de Catalunya, davant del dèficit de reconeixement que deriva de la STC 31/2010. A partir d'aquí, la idea és que l'abast de la suspensió només es justifica en relació amb la realització del referèndum, la qual cosa ha d'atribuir-li un caràcter limitat, així com permetre, de manera general, la continuïtat jurídica fins a la data de la celebració.

Es tracta, en definitiva, de l'ús d'un poder excepcional, vinculat a la defensa del reconeixement de la realitat nacional de Catalunya, davant de la situació generada per la STC 31/2010 i la impossibilitat de fer efectius els mecanismes correctius ordinaris dintre del sistema. Això suposa que el referèndum no implica una ruptura amb el règim constitucional espanyol, sinó la suspensió d'algunes disposicions concretes per corregir, de manera extraordinària, una anomalia que no ha pogut ser resolta a través dels procediments ordinaris del sistema. La ruptura constitucional, si fos el cas, només es produiria a través de la voluntat del poble de Catalunya formulada en el referèndum corresponent. En el cas que aquesta voluntat fos negativa, això implicaria la restauració de la normalitat constitucional en les condicions actuals.

Per aquest motiu, la utilització dels articles 155 o 116.3 CE per impedir la determinació de la voluntat política dels ciutadans i ciutadanes de Catalunya és incompatible amb la mateixa essència axiològica de la Constitució espanyola. En definitiva, el marc jurídic per a la realització del referèndum serviria per amb l'obligació de les institucions catalanes de defensar el reconeixement del poble de Catalunya,

en un context constitucional deformat que ha generat la consciència d'un dèficit de reconeixement a bastament contrastada. En aquest sentit, la convocatòria del referèndum no constitueix una amenaça ni a l'estat de dret substancial –els drets fonamentals–, ni al principi democràtic, sinó, justament una mecanisme excepcional per a la seva preservació.

D'altra banda, la idea de què la secessió constitueix una mesura correctiva davant d'un dèficit de reconeixement d'una minoria nacional en l'estat matriu, sembla que justifica el plantejament d'aquesta possibilitat una vegada constatat el dèficit de reconeixement esmentat, ja que si justifica una conseqüència major, la secessió, a fortiori, n'hauria de justificar la menor, això és, el referèndum . En aquest sentit, s'hauria produït una mancança en el reconeixement de Catalunya, a partir de la STC 31/2010, de 28 de juny, mitjançant una sèrie argumentativa que reposa en la defensa d'una substància política forta de la identitat pretesament compartida, s'hauria produït una erosió desproporcionada les identitats subestats, particularment, aquelles sostingudes com a fortes per als que s'hi identifiquen, desequilibrat fins a un punt inadmissible l'equilibri identitari en el sistema.

La comprensió de la nació espanyola com a únic subjecte polític, que deriva del text de la Constitució, és fonamental a l'hora d'entendre el pronunciament del Tribunal Constitucional en la STC 31/2010, de 28 de juny, posterga desproporcionadament i injustificada la naturalesa peculiar en relació a la seva pluralitat intrínseca que li atorga, així mateix, la norma fonamental (particularment, FJ 12). La lectura restrictiva que fa el Tribunal Constitucional de l'abast i la densitat del dret a l'autonomia i de la condició de nacionalitat ha estat decisiva en l'evolució política que du a l'escenari actual, en la mesura que la seva lectura de la Constitució ha expulsat del sistema a l'opinió majoritària de la societat catalana, que es veu abocada, aleshores, a trobar una sortida més enllà del marc jurídic ordinari .

5. El marc jurídic internacional

El referèndum que planteja el Parlament de Catalunya reposa sobre la idea del dret a decidir dels catalans, que implica tant l'expressió de la voluntat de redefinir un estatus polític, incloent-hi la secessió, com la realització d'aquesta voluntat. Aquesta idea parteix del principi democràtic, que, com hem vist integra el sistema constitucional espanyol, així com el dret internacional regional i el dret internacional universal. El marc jurídic excepcional aprovat per a la realització del referèndum s'adreça a protegir els drets dels catalans i catalanes, en una situació constitucional de dèficit de reconeixement, que, a més, ja ha comportat algunes violacions significatives dels drets fonamentals, particularment la participació política (art. 23.2CE) i la llibertat d'expressió (art. 20CE), que constitueixen el nucli del principi democràtic.

Aquests drets, que constitueixen la substància del dret a decidir, són així mateix reconeguts en el dret internacional dels drets humans. Així, l'article 19 de Declaració Universal dels Drets Humans (en endavant, DUDH) reconeix el dret a la llibertat d'opinió i d'expressió, que és essencial en la construcció d'una comunitat política democràtica. Aquest reconeixement es reitera en l'article 10 del Conveni Europeu de Drets Humans, i en la Carta de París per a una nova Europa, aprovada en la reunió mantinguda els dies de 19 a 21 de novembre de 1991 pels caps d'Estat o de Govern dels estats participants en la Conferència sobre la Seguretat i Cooperació a Europa (en endavant, CP), així com es recull en l'article 20 de la Constitució espanyola de 1978. D'altra banda, l'article 21 DUDH reconeix el dret de participació política a través de representants lliurement elegits, que implica una protecció dels esmentats representants per fer efectiva la participació esmentada, i que l'article 23.1 CE reconeix així mateix aquest dret. Aquest article també està reconegut en el Pacte de Drets Civils i Polítics (art. 25).

Davant de la utilització esbiaixada del Poder Judicial per deformar el marc constitucional, erosionar el reconeixement constitucional del poble de Catalunya i perseguir els representats legítims, cal recordar, d'altra banda, el compromís subscrit en la Carta de París per a una nova Europa, aprovada en la reunió mantinguda els dies de 19 a 21 de novembre de 1991 pels caps d'Estat o de Govern dels estats participants en la Conferència sobre la Seguretat i Cooperació a Europa, que inclou el Regne d'Espanya. Allà s'apunta a la necessitat d'edificar, consolidar i reforçar la democràcia com a únic sistema de govern i que la democràcia exigeix l'administració imparcial de la justícia. L'impediment de la manifestació democràtica de la ciutadania de Catalunya i davant de les mancances en relació amb l'administració imparcial de la justícia, són les raons que han dut el Parlament de Catalunya ha aprovar el marc jurídic per al referèndum, amb la finalitat de restaurar els drets polítics de la ciutadania.

En aquest sentit, cal recordar que el Document de la reunió de Copenhaguen de la Conferència sobre la dimensió humana de la CSCE subratlla la convicció dels estats participants, entre els que es troba el Regne d'Espanya, de què l'Estat de dret no constitueix una mera afirmació de la legalitat formal, sinó que significa un compromís en la justícia, basada en el reconeixement i acceptació plena del valor suprem de la persona humana, garantida per institucions que proporcionin un marc per a la seva expressió més plena, així com es reafirma que la democràcia és un element inherent de l'estat de dret. La Llei del referèndum fa efectiu el principi democràtic d'una manera respectuosa amb la substància de l'estat de dret, això és, els drets fonamentals de les persones, per a la qual cosa suspèn de manera provisional algunes normes ordinàries de l'ordenament jurídic vigent, que han estat utilitzades per les autoritats estatals per retallar els drets de participació política i llibertat d'expressió de la ciutadania de Catalunya.

El referèndum preveu la possibilitat de la secessió, però no l'opera per ell mateix. En qualsevol cas, la secessió seria el resultat de la voluntat democràtica de la ciutadania de Catalunya, d'acord amb els estàndards del dret internacional dels drets humans, contra la que no cabria imposar un marc constitucional que la mateixa ciutadania hauria rebutjat. En aquest sentit, cal recordar que la Cort Internacional de Justícia ha considerat que una secessió unilateral no s'oposa al dret internacional . Efectivament, la integritat territorial dels estats, a la que es refereix l'article 2.4 de la Carta de les Nacions Unides, seria un límit per als subjectes de dret internacional, però no constituiria un límit per al desplegament del principi democràtic en un determinat territori, que podria tenir, com a conseqüència, la constitució d'un nou estat.

En aquest context, per tant, es pot considerar que ni la convocatòria del referèndum ni la possibilitat de la secessió que se'n podria derivar són contradictoris amb el marc jurídic internacional. D'altra banda, la convocatòria del referèndum no constitueix una violació dels valors fonamentals que sustenten la Constitució espanyola (la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític, d'acord amb l'art. 1.1 CE), sinó que només representa la suspensió d'alguns preceptes del dret vigent per fer efectiu el dret a decidir dels ciutadans de Catalunya, que ha estat conscientment i reiterada ignorat per les autoritats centrals de l'Estat. Pel que fa al resultat del referèndum, d'acord amb el principi democràtic, es deixa en mans de la ciutadania decidir si el marc constitucional actual els sembla satisfactori o no. En aquest segon cas, el resultat seria una secessió correctiva basada en el dèficit de reconeixement que ve refermat per la mateixa voluntat de separar-se .

El Parlament és la institució representativa del poble de Catalunya que és, com es desprèn de l'Opinió Consultiva de la Cort Internacional de Justícia en l'afer de la declaració

d'independència de Kosovo, el que dota de legitimitat l'exercici del poder constituent en un context democràtic i pacífic, en aquell cas fou la decisió dels representants del poble de Kosovo a través de la declaració d'independència el que trencava amb l'ordenament jurídic anterior per fundar-ne un de nou.

Tercer.- La reacció del govern espanyol i el Tribunal Constitucional

El dia 7 de setembre, el Consell de Ministres, en reunió extraordinària, ha acordat sol·licitar al president del Govern la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 19/2017, de 6 de setembre, de la Generalitat de Catalunya, de referèndum d'autodeterminació, amb expressa invocació de l'article 161.2 de la Constitució, per tal que es produeixi la suspensió de la norma impugnada; també la impugnació de disposicions sense força de llei i resolucions de les comunitats autònomes en relació al Decret 139/2017, de 6 de setembre, de convocatòria del referèndum d'autodeterminació de Catalunya; al Decret 140/2017, de 6 de setembre, pel qual s'aproven les normes complementàries per a la realització del referèndum d'autodeterminació a Catalunya; i a la Resolució 807/XI del Parlament de Catalunya, per la qual es designen RESOLUCIÓ 807/XI del Parlament de Catalunya, per la qual es designen cinc síndics de la Sindicatura

El Tribunal Constitucional, mitjançant providències totes elles de 7 de setembre, ha acordat admetre a tràmit el recurs d'inconstitucionalitat núm. 4334-2017, contra la Llei del Parlament de Catalunya 19/2017, de 6 de setembre, del referèndum d'autodeterminació; la impugnació de disposicions autonòmiques (a l'empara del Títol V LOTC) següents: núm. 4335-2017, contra el Decret 139/2017, de 6 de setembre, de la Generalitat de Catalunya, de convocatòria del referèndum

d'autodeterminació de Catalunya; núm. 4333-2017, contra el Decret 140/2017, de 7 de setembre, de normes complementàries pera a la celebració del referèndum d'autodeterminació, i número 4332-2017, contra la Resolució 807/XI del Parlament de Catalunya, per la quals es designen cinc síndics de la Sindicatura Electoral. Totes elles han restat suspeses en els termes previstos a l'article 161.2 de la Constitució.

Així mateix, el Tribunal ha acordat per les mateixes esmentades providències notificar individualment les anteriors resolucions al voltant d'un centenar de càrrecs electes i responsables administratius.

De forma paral·lela la sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha rebut dues querelles de la Fiscalia Superior de Catalunya adreçades a diversos electes i autoritats catalanes. Una de les querelles està dirigida contra la presidenta del Parlament de Catalunya, Carme Forcadell, i quatre membres de la Mesa pels suposats delictes de desobediència, prevaricació i malversació de cabals públics. La segona de les querelles està dirigida contra el Consell Executiu, el president Puigdemont i les altres dotze persones que l'integren, pels suposats delictes de desobediència, prevaricació, i malversació de cabals públics.

Quart.- Eventuals conseqüències en l'àmbit penal dels actes d'execució per part d'autoritats i personal de les administracions públiques de la Llei de Referèndum.

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, emparada en el dret internacional, i la de l'Estat espanyol, que negarà la

primera. Aquesta situació pot generar inseguretats en les autoritats i personal de les administracions públiques catalanes, ja que la reacció declarada del govern espanyol és l'exigència de responsabilitats penals.

Davant aquesta situació és important fer una anàlisi 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 de la Llei Orgànica del Poder Judicial i 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.”

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. Sense perjudici, això sí, 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 de forma exhaustiva en el document annex a aquest informe.

Tot i això, 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.

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 l'annex d'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 delictes 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 delictes 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. 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.

Conclusions

1.- La Llei del referèndum té caràcter d'acte d'exercici del poder constituent català, en els termes que hem descrit anteriorment, com així es desprèn del mateix articulat en vincular-se a un acte de sobirania.

Aquest acte constituent deriva de la prèvia ruptura de l'acord constitucional que va significar la sentència del Tribunal

Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de l'any 2006 un cop ja havia estat referendat pel poble català, autoatorgant-se una capacitat per jutjar no prevista constitucionalment.

Cal tenir en compte també que la llei del referèndum, com a acte constituent, és el resultat de la negativa reiterada i completa de les institucions representatives de l'Estat espanyol a negociar un referèndum pactat després de múltiples intents per part de la Generalitat (per exemple l'intent el 2014 de tramitar a les Corts Espanyoles la Llei Orgànica de Transferència de competències en matèria d'autorització de referèndums que no va ser ni presa en consideració pel Congrés dels Diputats).

2.- La convocatòria d'un referèndum sobre el futur polític de Catalunya troba els fonaments en el dret internacional i europeu, i els arguments formals d'inconstitucionalitat s'equilibren amb els compromisos del Regne d'Espanya a l'hora de respectar el dret internacional i de la UE, així com els valors més profunds del constitucionalisme.

Una interpretació integrativa i teleològica de la Constitució espanyola exigeix, segons el nostre criteri, prioritzar els valors fonamentals que la sostenen (la llibertat, la justícia, la igualtat i el pluralisme polític) , més que la identitat del subjecte polític que la crea, de manera que els instruments de defensa de la Constitució haurien d'interpretar-se al nostre entendre restrictivament en la mesura que els drets fonamentals, els valors superiors de l'ordenament jurídic o l'existència d'Espanya com a comunitat política fossin amenaçats, la qual cosa no és dóna en el cas d'una secessió eventual de Catalunya, que s'ha manifestat justament de forma ben explícita de manera pacífica i a favor de les llibertats i principis democràtics i que d'altra banda no impugna la continuïtat d'Espanya com a subjecte polític, sinó que només en modifica l'abast.

En la mesura que el principi de constitucionalitat està adreçat a protegir la llibertat contra el totalitarisme, al nostre entendre no ha d'utilitzar-se per impedir les manifestacions de llibertat i democràcia. Posar obstacles constitucionals per impedir consultar el poble de Catalunya sobre el seu futur polític o situar el problema en termes de reforma constitucional espanyola només pot ser fruit de la mala comprensió del fenomen o d'una voluntat més o menys explícita de bloquejar el procés. Certament el principi de constitucionalitat fixa uns límits a la voluntat democràtica però aquest no pot expandir-se fins al punt de bloquejar la democràcia.

3.- D'acord amb l'exposat la disjuntiva en la qual es poden trobar les institucions catalanes, entre elles els governs locals, a partir de la convocatòria del referèndum no pot ser analitzada des del nostre punt de vista sota un prisma de pura legalitat formal, sinó en termes de legitimitat política. Legitimitat que per força ha de ser analitzada des d'un punt de vista polític i no des d'un punt de vista legalístic, és a dir de lectura formal de la llei. Si hom considera el poble de Catalunya com a subjecte polític i aquest ha expressat la seva voluntat mitjançant la majoria dels seus representants de ser consultat sobre el seu futur polític ens trobem davant d'una situació de contraposició de legitimitats que segons l'experiència i la pràctica en el dret internacional només pot ser resolta mitjançant una negociació d'ambdues posicions, bé de forma voluntària, cosa que no ha estat possible fins ara, bé d'una forma externa a través dels mecanismes del dret internacional.

4.- En aquest sentit considerem que una eventual reacció per via penal contra la convocatòria d'un referèndum sobre el futur polític de Catalunya és contrària als principis d'ultima ratio i de «mínima intervenció» del dret penal i als propis actes de les institucions constitucionals espanyoles, tenint en compte que la Llei orgànica 2/2005, de 22 de juny, de

modificació del Codi Penal (CP), aprovada per les Corts Generals, declara expressament en la seva exposició de motius que la convocatòria d'un referèndum no mereix ser reprovada penalment.

5.- Malgrat ser el nostre parer, que d'acord amb l'exposat ni la convocatòria d'un referèndum d'autodeterminació, ni l'aprovació de la posterior normativa de desenvolupament, ni l'execució posterior es poden considerar per si mateixos com a delictes, no podem obviar les recents sentències recaigudes en els procediments judicials contra els membres del govern català en relació a la consulta del 9N, que fan preveure amb tota seguretat, com ja s'ha materialitzat amb les querelles presentades per la Fiscalia davant del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya una reacció del Govern espanyol que promourà davant dels òrgans judicials la incriminació de conductes concretes tendents a fer possible la consulta a la ciutadania de Catalunya sobre el seu futur polític. Ara bé, també des del nostre punt de vista cal dir que les sancions penals que puguin derivar-se'n, en tot cas, no estan cobertes pel règim jurídic internacional dels drets humans i constituïrien contravencions dels articles 20, 23 i 24 de la Constitució espanyola, dels articles 6 i 10 del Conveni Europeu de Drets Humans, dels articles 19 i 21 de la Declaració Universal dels Drets Humans, i dels articles 11 i 47 de la Carta Europea dels Drets Fonamentals.

Col·lectiu Maspons i Anglasell, Catalunya, 9 de setembre del 2017.