

JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO TRES DE BARCELONA

Procedimiento Diligencias Previas 2974/2014

AUTO

En Barcelona, a 9 de noviembre de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el día de la fecha ante este Juzgado en funciones de Guardia de Incidencias se presentan tres denuncias relacionadas, la presentada por don Robert Hernando Ortiz, concejal por Plataforma per Catalunya del Ayuntamiento de Igualada, don Marcos Sanchez Siles, concejal del Partido Popular en el Ayuntamiento de Esplugues y don Ramón de Veciana Batlle, Portavoz en Cataluña y miembro del Consejo de Dirección de UNIÓN, PROGRESO Y DEMOCRACIA (UPyD) que denuncia a don Artur Mas Gavarro, doña Irene Rigau Oliver y don Ramón Espadaler Parcerisas, por delitos de desobediencia, prevaricación y omisión del deber de perseguir delitos.

SEGUNDO.- Se interesan medidas cautelares urgentes que se oficie a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad acordando: 1.- El desalojo y cierre de los edificios de titularidad pública donde se esté realizando la consulta llamada "Proceso de participación ciudadana" 2.- La incautación de todos los medios materiales que se estén utilizando (ordenadores, papeletas, urnas de votación, etc.) 3.- La detención y puesta a disposición judicial de los autores y demás responsables de dichos delitos.

TERCERO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal emite informe en el sentido de que se admita a trámite la denuncia por si los hechos pudieran haber llegado a alcanzar relevancia penal, y se opone a la petición de medidas cautelares formuladas por los denunciados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 26 de septiembre de 2014, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 10/2014, de 26 de septiembre de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, publicado a las 10:00 del sábado 27 de septiembre de 2014. De forma inmediata, el Presidente de la Generalitat firmó, a las 10:30 horas del mismo 27 de septiembre de 2014, el Decreto 129/2014 de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña que fue publicado, a continuación, como Anexo al Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña del 27 de septiembre de 2014.

El Abogado del Estado, en representación del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, interpone recurso de inconstitucionalidad contra el Título II y las Disposiciones Adicionales, Transitorias y Finales de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de Septiembre, de Consultas Populares no Referendarias y Participación Ciudadana, publicada en el D.O.G.C. nº 6715, de 27 de Septiembre de 2014. Conforme al acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de Septiembre de 2014, se hace expresa invocación del art. 161.2 CE en relación con los preceptos de la Ley del Parlamento Catalán que se recurren, con los efectos que señala el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LOTC, es decir, la suspensión de la vigencia y aplicación de las normas legales impugnadas.

Fundamenta el Abogado del Estado su recurso, relatando que tiene por objeto la impugnación de la disposición del Parlament de Cataluña 10/2014, en lo siguiente: La impugnación de esta Ley se divide en dos partes diferenciadas que obedecen a motivos diferentes: I. La primera aborda la inconstitucionalidad de la Ley en su regulación de las consultas populares no referendarias en el ámbito autonómico (“nacional”, según afirma la Ley en sus arts. 3.2 y 4.2), que se impugna por vulneración de competencias exclusivas del Estado en materia de regulación y autorización de consultas referendarias y por vulneración de la reserva de ley orgánica en materia de referéndum. La tesis que se defiende es que, bajo la denominación de consultas populares no referendarias, el Parlamento de Cataluña ha regulado en realidad una materia sobre la que carece manifiestamente de competencia, esto es, las consultas referendarias. El Gobierno considera:

A. Que la regulación de las consultas no referendarias mediante votación es en realidad una regulación de una consulta referendaria, puesto que responde fielmente a sus características esenciales, más allá de la denominación legal utilizada.

La Ley impugnada recoge materialmente la regulación de los referéndums aunque intenta encubrirlo mediante el uso de fórmulas, composiciones, redacciones o definiciones que procuran formalmente evitar la identificación material con lo que realmente es, una llamada al cuerpo electoral mediante el uso de una administración materialmente electoral y por un procedimiento que es, así mismo, electoral. De modo que, con arreglo a la teoría de la reconocibilidad admitida por el Tribunal la institución regulada en la ley es un auténtico referéndum con independencia del nomen iuris utilizado y abstracción hecha de la cobertura formal utilizada para encubrirlo.

B. Que el objetivo último de la ley es la dotación de cobertura jurídica necesaria para la convocatoria de un referéndum sobre la independencia de Cataluña, según se deduce notoria, explícita y claramente: a) Del contexto jurídico y político en el que se tramita y promulga la ley. b) De los antecedentes históricos de la norma. c) De la tramitación parlamentaria. d) De la propia promulgación del decreto nº 129/2014, de 27 de Septiembre, de convocatoria de un referéndum cuya pregunta versa sobre si Cataluña ha de ser un Estado independiente. Este objetivo patente, declarado y proclamado en la tramitación parlamentaria, en los antecedentes de la norma y en las declaraciones políticas de los grupos parlamentarios que apoyan la aprobación de la ley, llama a la aplicación de la teoría del fraude de ley, en este caso a la propia Constitución Española. Es importante señalar que se impugnan la totalidad de los preceptos contenidos en el Título II por su íntima conexión entre ellos, en la medida en que contienen una regulación sistemática y completa de un verdadero referéndum, de modo que el legislador autonómico pretende una regulación plena, ordenada, coherente y sistemática de la consulta referendaria. Ello implica que todos los preceptos de este Título II encajan perfectamente en la regulación de un verdadero referéndum inconstitucional para el que Cataluña no tiene competencia; y sus preceptos sólo obtienen sentido y coherencia en una interpretación conjunta y armónica de la ley. En

consecuencia, la inconstitucionalidad se extiende a todos ellos por la necesaria conexión de todos sus preceptos.

Se excluyen sin embargo de la impugnación las referencias que se hacen a otras formas de participación como las audiencias públicas y los foros de participación, en la medida en que constituyen ejercicio de la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma de Cataluña en el artículo 122 de su Estatuto y, consecuentemente, el título III de la Ley, con las salvedades que se expondrán, respecto de los artículos 41 a 44, en este escrito de demanda. II. Por otro lado, y con bases jurídicas distintas, se impugnan ciertos preceptos del título II, que se concretarán en el cuerpo de este escrito, respecto de las consultas locales, en este caso, fundamentalmente, por infracción de la legislación básica del Estado en la materia.

Termina el escrito con el suplico: Que se declare en suspenso, desde la fecha de la interposición del recurso, la vigencia y aplicación de los preceptos legales que mediante el presente escrito se recurren de la Ley catalana 10/2014, de Consultas Populares no Referendarias, comunicándolo así al Parlamento de Cataluña y al Gobierno de la Generalidad de Cataluña y ordenando publicar la suspensión en los periódicos oficiales autonómico y estatal para que alcance eficacia general respecto a cualesquiera terceros.

SEGUNDO.- Constando que el día 29 de septiembre de 2014 la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional había presentado escrito interesando que interesa se tenga por formulada impugnación en nombre del Gobierno y, previos los trámites legales, dicte en su día sentencia por la que este Tribunal declare inconstitucional y nulo el Decreto 129/2014 de 27 de septiembre del Presidente de la Generalitat de Cataluña de convocatoria de una consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña así como sus anexos.

Solicita mediante otrosí que habiéndose amparado el Gobierno en el art. 161.2 CE y hecha la pertinente invocación expresa en el encabezamiento de esta demanda, procede, con arreglo a los arts. 161.2 CE y 77 LOTC, y así al Tribunal en Pleno que se declare suspendida la disposición impugnada que se menciona en la anterior súplica principal así como sus

anexos y las restantes actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la convocatoria de dicha consulta, así como de cualquier actuación vinculada a la referida consulta desde la fecha de la interposición de esta impugnación, comunicándolo así al Presidente de la Generalitat de Cataluña como “órgano autonómico correspondiente” en tanto que autor del acto que es objeto de este proceso constitucional (art. 64.1 LOTC en relación con el primer inciso del art. 77 LOTC) y ordenando publicar la suspensión en los periódicos oficiales autonómico y estatal para que alcance conocimiento y eficacia general respecto a cualesquiera terceros (art. 64.4 LOTC en relación con el primer inciso del art. 77 LOTC).

TERCERO.- El día 29 de septiembre de 2014 el Tribunal Constitucional hace público una resolución por la que establece:

El Pleno del Tribunal Constitucional, en sesión ordinaria celebrada en el día de hoy, ha decidido admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad presentados por el Gobierno de la Nación contra la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana; y contra el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña.

Como quiera que el Presidente del Gobierno ha invocado en sus recursos el artículo 161.2 de la Constitución, conforme al cual cuando el Gobierno impugna ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, la impugnación produce la suspensión de la disposición recurrida, el Tribunal ha acordado la suspensión tanto de los preceptos recurridos de la Ley como del Decreto impugnado.

En el presente caso, la decisión del Pleno de no demorar su resolución - limitada a comprobar la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad de los recursos, sin consideración alguna respecto al fondo de los mismos- obedece a que el Tribunal Constitucional es consciente de la trascendencia constitucional y política de las cuestiones planteadas, para la sociedad española en su conjunto y, en particular, para la catalana.

CUARTO.- El Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional en resolución 5830/2014 de 29 de septiembre de 2014 acuerda la suspensión del Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos. En dicha resolución se establece textualmente:

El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Primera, acuerda: 1.- Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad del escrito de demanda, admitir a trámite la impugnación presentada por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, contra el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos. 2.- Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, al objeto de que, en el plazo de veinte días, pueda personarse en el proceso y formular las alegaciones que estime convenientes. 3.- Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de la disposición recurrida, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC). De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender el Decreto impugnado y sus Anexos (desde hoy, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación para la convocatoria de dicha consulta o vinculadas a ella. 4.- Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia. 5.- Publicar la incoación del proceso en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

QUINTO.- El acuerdo del Pleno TC 6540-2014 de 4 de noviembre de 2014 acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las

restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

Señala, textualmente, dicha resolución: El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda: 1. Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad, admitir a trámite el escrito presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado “proceso de participación ciudadana”, contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html>, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta. 2. Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes. 3.- Invocado por el Gobierno el artículo 16 1.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 16 1.2 CE y 77 LOTC). De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella. 4. Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia. 5. Publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

SEXTO.- La cuestión de fondo que se plantea resulta de competencia única y exclusiva del Tribunal Constitucional en lo que respecta a si las normas legales se ajustan o no al texto constitucional o, en su caso, correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con las disposiciones legales aplicables en cuanto a la jurisdicción ordinaria.

Por tanto, el pronunciamiento del Juzgado de Instrucción de Guardia debe ceñirse a aquellas cuestiones que se derivasen de las resoluciones dictadas o de los actos ejecutados que pudieran presentar relevancia penal en relación a los concretos hechos y actuaciones y las personas responsables de los mismos, tratando de individualizar las conductas punibles.

La diferente normativa en cuestión se extiende desde el artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña sobre Consultas populares, que establece que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución.

Téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010 declara que el presente artículo 122 no es inconstitucional, siempre que se interprete en los términos establecidos en el Fundamento Jurídico 69 de la misma.

El artículo 149.1.32^a de la Constitución Española señala que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

SEPTIMO.- El artículo 87 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece en su primer apartado que todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva. En el segundo, que los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite.

Hasta este momento, en relación a este importante precepto regulador de la función del máximo intérprete de la Constitución, ni consta que se le

hubiere requerido por parte legítima para que solicitara el auxilio jurisdiccional ni dicho Tribunal se ha dirigido a la jurisdicción ordinaria, por lo menos a este Juzgado de Guardia en el día de hoy, recabando la adopción de las medidas de auxilio que fueren precisas, por lo que no parece proporcional que deban ser acordadas de urgencia y a solicitud de particulares, aún cuando ostenten cargo público.

En relación al aspecto penal se ciñe a los diversos actos relativos a la consulta 9-N, especialmente a si por parte de algun funcionario o Autoridad se hubiere incurrido en el ejercicio de sus funciones en alguna conducta reprochable penalmente, que podría ser incardinable, por un lado, en el delito de desobediencia a la Autoridad al constar resolución expresa de Tribunal Constitucional admitiendo a trámite el recurso de inconstitucionalidad formulado por la Abogacía del Estado habiéndose dictado Acuerdo Pleno TC 5830-2014 por el que acuerda la suspensión del Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/20 14, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos, así como el Acuerdo Pleno TC 6540-2014 que acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

Se acuerda también comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia y publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

OCTAVO.- En primer lugar, debe destacarse que las personas que aparecerían como responsables de los actos que son objeto de la denuncia gozan de un fuero especial como miembros del Parlamento y del Gobierno de Cataluña por lo que, en su caso, corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el enjuiciamiento de los hechos, de lo que se deriva que sería dicho órgano judicial al que corresponderá conocer de todas las cuestiones, incidentes y demás cuestiones procesales que se

deriven de dicha causa, como establecen los artículos 8 y 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las responsabilidades penales podría extenderse a diversos tipos penales, inicialmente calificables como desobediencia a la autoridad judicial por parte de funcionario administrativo, prevaricación y malversación de caudales públicos del que serían responsables las Autoridades que actuaren contraviniendo lo dispuesto por resolución de Tribunal Constitucional. Igualmente podría extenderse al resto de personas que tienen la condición de funcionarios públicos en cuanto a todas las actuaciones que fueren contrarias a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.

Todo ello teniendo en cuenta que lo dispuesto por el Tribunal Constitucional vincula a todos los poderes públicos según lo dispuesto en el artículo 87.1 LOTC resultando, además, acreditado que la resoluciones de dicho Tribunal acordando la suspensión del Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, y sus anexos se acuerda sea puesta en conocimiento del Presidente de la Generalitat de Cataluña así como publicada en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, a efectos de público conocimiento por terceros que no son parte en el proceso.

Parece que ahí acaban las supuesta responsabilidades penales, lo que evidencia que el acto en si mismo considerado de la votación, participación ciudadana o como quiera denominarse a los actos de canalización de la expresión de la voluntad popular son del todo atípicos en lo que respecta al ciudadano que es libre de expresar su opinión cuando desde los poderes públicos se le convoca y se le facilita que lo haga.

NOVENO.- La particularidad en el presente caso en lo relativo a la incautación de los elementos materiales que en la denuncia se citan por cuanto la existencia de urnas, papeletas, páginas web, etc. está sobradamente documentada no solo por los medios de comunicación audiovisuales y prensa escrita, internet, etc, sino también de las comunicaciones públicas llevadas a cabo por el propio Govern de la Generalitat, bien en pleno, bien por algun miembro de dicho gabinete en

los que se presentan al público a través de los medios de comunicación tanto el contenido de las papeletas que contienen las preguntas a formular a los ciudadanos, como el formato de las urnas que se han preparado para recoger dichas papeletas.

Igualmente, a través de internet y por vía telefónica ha sido posible tanto que los ciudadanos se informaran de los pasos concretos que debían dar para ejercitar su voto como para inscribirse en las listas o censos registrales para concurrir al acto mismo de la votación. Censo que presenta notables particularidades con respecto a la forma de su elaboración en relación a lo que dispone la Ley General Electoral, por lo que no se le puede otorgar en modo alguno la eficacia jurídica derivada de un proceso electoral o refrendario ordinario.

En definitiva, debe quedar claramente diferenciado las conductas de trascendencia penal desde el punto de vista de las personas responsables de los posibles delitos que se hubieran cometido, de lo que es el hecho en si mismo de la expresión de la voluntad popular, del derecho de reunión y de manifestación y de la libre expresión del sentimiento u opinión de los ciudadanos en relación a cualquier cuestión que afecte a sus intereses como colectivo, sin que tales conductas deban ser objeto de pronunciamiento por la jurisdicción penal. El sustrato político y de normativa constitucional que evidentemente late bajo estos hechos no corresponde solucionarlo a a los Tribunales de la jurisdicción penal ordinaria y menos por la vía de urgencia.

En este sentido, es de resaltar la gran importancia que tiene que el Ministerio Fiscal, en el día de hoy, presente informe por el que, en base a los argumentos que expone que no procede la adopción de medidas cautelares solicitadas por los denunciadores, sin perjuicio que se investiguen las posibles actuaciones de relevancia penal.

Por tanto, si bien es cierto que las conductas que pudieran tener trascendencia penal deben ser y serán investigadas por los órganos de la Administración de Justicia que resulten competentes, lo cierto es que las medidas cautelares que se interesan no guardan proporcionalidad y no aparecen en este momento razones de urgencia o relativas al orden público que aconsejen su adopción.

PARTE DISPOSITIVA

Que debo admitir a trámite la anterior denuncia, librándose los oportunos oficios a la Dirección General de Seguridad Ciudadana-Mossos d'Esquadra al objeto de que se proceda a confeccionar atestado que se remitirá a este Juzgado en relación a los hechos objeto de la presente denuncia y las personas responsables de los mismos.

Que no ha lugar a la adopción de medidas cautelares solicitadas por el denunciante.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal haciéndole saber que contra la misma cabe recurso de reforma que deberá interponerse, ante este Juzgado, en el plazo de tres días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por este auto lo pronuncia, manda y firma Gonzalo de Dios Hoyo, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción número Tres de Barcelona.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.