



Advertia - Task Force for Europe
ADVERTIA

www.advertia.org

Advertia

Task force for Europe

**DICTAMEN JURÍDICO SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN RELACIÓN A UNA CONSULTA
POPULAR VEHICULADA A TRAVÉS DE LA FORMA DE
REFERÉNDUM. (3)**

EXPEDIENTE

P2017/0027

Cliente

Fecha 29/9/2017

Dictámen Jurídico efectuado en Barcelona





CONTENIDO

Contenido.....	2
Información identificativa.....	3
Asunto.....	3
Cliente peticionario.....	3
Contacto inicial.....	3
Profesional ADVERTIA.....	3
DATOS AUXILIARES.....	4
Información declarativa.....	5
Declaración y abstención de tachas.....	5
Declaración o Juramento de Promesa.....	7
Declaración de imparcialidad.....	8
Declaración de Confidencialidad.....	9
Uso no autorizado.....	10
Manifiesto.....	10
Información descriptiva.....	12
Antecedentes del asunto.....	15
Alcance.....	19
Terminología y Abreviaturas.....	20
Garantía de Cadena de Custodia.....	22
Geo localización.....	22
Ubicación física de la intervención.....	22
Actuaciones. Análisis. Investigación de evidencias electrónicas.....	23
Metodología a seguir.....	25
Procedimiento realizado.....	26
Documentación analizada.....	27
Dictamen y Conclusiones.....	28
1. El Marco jurídico del derecho de la libertad de expresión.....	28
2. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.....	30
3. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	31
6. Excepciones.....	34
Conclusiones.....	37



**Advertia – Task Force for Europe
ADVERTIA**

Fecha: 29/09/2017. Expediente: P2017/0027.
Abogado: Josep Jover Padró Col.: 11668
www.advertia.org

INFORMACIÓN IDENTIFICATIVA

ASUNTO

Nombre del cliente	
Nº de procedimiento	Sin Procedimiento asignado
Ámbito de la pericia	DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LA PREVALENCIA Y EJECUTORIEDAD DEL DERECHO DE LA UE SOBRE LA NORMATIVA ESPAÑOLA
Descripción de la pericial	Dictamen jurídico sobre el derecho fundamental de la libertad de expresión en relación a una consulta popular vehiculada a través de la forma de referéndum.

CLIENTE PETICIONARIO

Nombre/Empresa			
DNI/CIF	G-08678XXX		
Representado por	XXXXXXXXXX		
Teléfono	934 53 XX XX	E-mail	
Dirección			

CONTACTO INICIAL

Fecha	20/07/2017	Duración	100 horas
Vía	t		

PROFESIONAL ADVERTIA

Perito titular	Josep Jover Padró	Nº Carnet P.	12668
Teléfono	931600160	E-mail	Josep@jover.pro
Enlace web Perito titular	http://jover.pro		
Equipo Advertia-Nashe	Ponentes: Verónica Luque Gil, F. Xavier Lanaspá Sanjuán. Equipo firmante: José Giménez Alcover, María José Gracia Becerril, Carles Sánchez Ruiz, Fruitós Richarte i Travasset, Carmen Moliné Jorques, Jordi Pursals García, Josep Soteras Robert, C.J. Ribalta, Alejandro Benito Otero, Inyaki Galve Murillo, Jordi Morató-Aragonés Pàmies, David Companyon Costa y Josep Jover Padró		



**Advertia – Task Force for Europe
ADVERTIA**

Fecha: 29/09/2017. Expediente: P2017/0027.
Abogado: Josep Jover Padró Col.: 11668
www.advertia.org

DATOS AUXILIARES

Posición procesal

Tercero interesado

Descripción extensa de la pericial

Análisis de la Legislación Europea y Española, con estudio de su jurisprudencia para establecer si existe o no prevalencia y ejecutoriedad del Derecho de la Unión sobre el nacional, con especial atención a si es reversible o no.

Dictamen jurídico sobre el derecho fundamental de la libertad de expresión en relación a una consulta popular vehiculada a través de la forma de referéndum.



INFORMACIÓN DECLARATIVA

Declaración y abstención de tachas

Los Sres. Y Sras. **Verónica Luque Gil, José Giménez Alcover, María José Gracia Becerril, F. Xavier Lanaspá Sanjuán, Carles Sánchez Ruiz, Fruitós Richarte i Travesset, Carmen Moliné Jorques, Jordi Pursals García, Josep Soterias Robert, C.J. Ribalta, Alejandro Benito Otero, Inyaki Galve Murillo, Jordi Morató-Aragonés Pàmies, David Companyon Costa y Josep Jover Padró** han sido designados de parte para la realización de la pericia para emitir dictamen jurídico sobre cuya base se establece el presente procedimiento y responder a si efectuado el análisis de la Legislación Europea y Española, con estudio de su jurisprudencia, si existe o no prevalencia del Derecho de la Unión sobre el nacional, en la realización de una consulta o referendum instada por la Generalitat de Catalunya



El equipo Advertia-Nanshe declara:

Los firmantes del presente dictamen jurídico, en lo concerniente a los temas y alcance tratados, lo realizará en base a las informaciones suministradas y hechos que le han sido revelados; así como la identidad de las partes y de terceros involucrados o afectadas por el mismo y conocidos hasta este momento, en base a los presupuestos expresados en el art. 723 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para abstención de los peritos y el art. 219 De la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre abstención y recusación de participantes en un juicio

DECLARA,

A priori y en la fecha de elaboración del informe, desconocer causa o motivo alguno por la que deba de abstenerse, cada uno de ellos a título personal, o en grupo de la realización del presente informe. Y ello en base a los arts. 468, 469 y 470 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que trata las tachas a los peritos.

DECLARA,

A priori y en la fecha de elaboración del informe, desconocer causa o motivo alguno por el cual el equipo y todos sus miembros puedan ser tachados por Tercero interesado o Parte en un proceso judicial derivado de las acciones posteriores llevadas a cabo con el presente dictamen jurídico.



Declaración o Juramento de Promesa

El equipo firmante del presente dictamen jurídico, en lo concerniente a los temas y el alcance tratados en el mismo, y en base a lo expresado en los arts. art. 723 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el objeto y finalidad del dictamen jurídico.

DECLARA,

Decir la verdad y haber actuado con la mayor objetividad e imparcialidad posible tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a tercero o a la parte solicitante del informe y conoce las responsabilidades civiles, penales, disciplinarias y asociativas que comporta la aceptación de la elaboración de un (informe jurídico o dictamen judicial). Asimismo, bajo su única responsabilidad, que da la emisión del presente dictamen jurídico.

DECLARA,

Que lo expresado y reflejado en el presente dictamen jurídico está basado en los hechos, información y circunstancias que se han podido constatar, por medio de los conocimientos propios y la experiencia adquirida a lo largo de la trayectoria profesional, quedando las conclusiones siempre sujetas y abiertas a la consideración de nuevas informaciones, exámenes y aportaciones o de un mejor criterio u opinión que pudiese ser aportado.



Declaración de imparcialidad

El Equipo Advertia-Nashe y todos miembros individualmente, declaran no tener intereses por ni con cualquiera de las partes peticionarias. Asimismo, en cumplimiento del artículo 335.2. de la LEC, los peritos firmantes, responsables del contenido del dictamen jurídico, manifiestan, bajo promesa, que ha actuado y, en su caso, actuarán, con la mayor objetividad posible, siendo conocedor de las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliese su deber como perito.

Igualmente, los firmantes manifiestan que no incurrir en ninguna de las causas de incompatibilidad, en caso de ser peritos designados judicialmente, previstas en los artículos 124 de la LEC (recusación) y 219 de la Lo 6/85 del Poder Judicial (recusación), y que ha realizado las comprobaciones oportunas para asegurarse de que los auxiliares que han participado en el presente dictamen jurídico tampoco lo están y cumplen con los requisitos exigidos.

Cualquiera de los miembros del equipo Advertia-Nanshe *Verónica Luque Gil, José Giménez Alcover, María José Gracia Becerril, F. Xavier Lanaspá Sanjuán, Carles Sánchez Ruiz, Fruitós Richarte i Travesset, Carmen Moliné Jorques, Jordi Pursals García, Josep Soteras Robert, C.J. Ribalta, Alejandro Benito Otero, Inyaki Galve Murillo, Jordi Morató-Aragonés Pàmies, David Companyon Costa y Josep Jover Padró* podrá ratificar en sede judicial individualmente el presente dictamen jurídico en caso de ser requeridos para ello.



Declaración de Confidencialidad

El equipo Advertia-Nanshe se compromete a mantener la confidencialidad de la elaboración del presente dictamen jurídico de manera expresa y asume que el compromiso es mutuo por parte de los peticionarios. La publicación del dictamen y sus efectos, se administrará temporalmente por ambas partes. Los peticionarios han requerido que los dictámenes finales sean públicos, con la más libre de las licencias y se pongan en manos de las defensas de quienes lo soliciten, de una forma clara, inteligible y gratuita.



Uso no autorizado

Queda expresamente prohibido el uso, copia y/o divulgación de la información parcial o total redactada y liberada en este informe, con motivación económica, sin la autorización expresa de Esquerra Republicana de Catalunya

Manifiesto

En el momento de emitir este informe se considera que es completo y adecuado. Este informe únicamente se actualizará a solicitud de los tribunales competentes o del cliente, por lo que no se asume el equipo de peritos ninguna responsabilidad sobre aspectos, informaciones o hechos ocurridos o conocidos con posterioridad a la emisión del mismo y que pudieran llevar a modificar las conclusiones del perito.

Asimismo, el perito **Abogado coordinador** declara que el informe se presenta en formato pdf, firmado y sellado, y que, de encontrarse epígrafes manuscritos, o en otro formato, no serán responsabilidad del equipo.

Por las especiales características del presente dictamen, y por la necesidad de ser entendido por aquellas personas que no tengan una alta formación jurídica, no seguiremos al pie de la letra la “lex artis”, o las normas consuetudinarias en la elaboración de dictámenes jurídicos, la mayoría hechos de juristas para juristas. La incorporación de ejemplos y palabras, que puedan encontrar chocantes los más avezados juristas está buscada intencionadamente, y pedimos perdón por ello. Es prevalente para el equipo que las conclusiones puedan ser entendidas fácilmente por los ciudadanos, sin que por ello disminuya la calidad jurídica del trabajo y sus conclusiones. Si es fácilmente entendible por los ciudadanos, deberá serlo también para los operadores jurídicos quienes no podrán alegar desconocimiento. A tal fin se ha



evitado en su redacción, pies de página, referencias cruzadas o apostillas

A efectos de una menor complejidad, y mayor entendimiento, la materia encargada se dividirá en cuatro dictámenes, que podrán ser utilizados individual o conjuntamente. Todo así, se aconseja que se presenten en sede judicial todos los dictámenes juntos para una global comprensión de la materia tratada.



INFORMACIÓN DESCRIPTIVA

Punto de partida en las posturas expresadas por las partes confrontadas.

Por parte de la Comunidad Autónoma de Cataluña se entiende que debe escucharse y prevalecer la voluntad de las personas que conforman el pueblo de Cataluña; y que el referéndum se convoca de forma legal por cuanto que el mandato de la convocatoria surge de la propia voluntad del pueblo catalán, quien mediante elecciones autonómicas celebradas al efecto conformó un Gobierno autonómico -Govern- que tenía como mandato expreso la convocatoria de una consulta para reflejar la expresión del pensamiento y voluntad de los ciudadanos que conforman el pueblo catalán por medios democráticos respecto de su unión al Reino de España.

Por parte del Gobierno del Reino de España se defiende que el referéndum ha sido convocado de manera ilegal en cuanto que se entiende que contraviene el sentido del artículo 149.1 apartado 32 de la Constitución Española al ser una consulta popular convocada por medio de referéndum que no ha sido autorizada por el Gobierno de España; y que debido al alcance del mismo no hay duda de la necesidad de dicha autorización previa.

Es de ver, de entrada, que las posturas adoptadas confrontan la idea de necesidad de proteger y preservar el derecho a la libre libertad de expresión que viene recogido como derecho fundamental en el artículo 20.1.a de la Constitución Española; con la idea de que no habiéndose autorizado por parte del Estado, no cabe realizar el referéndum, ni así, canalizar el ejercicio colectivo del derecho fundamental de la libertad de expresión.



Desde esta primera aproximación se observa con claridad que la primera postura aboga por una defensa del ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión como derecho fundamental, mientras que la segunda postura pretende limitar el derecho fundamental de libertad de expresión mediante la sumisión del mismo a una autorización del Estado.

El punto de colisión se centra así en si el derecho fundamental de libertad de expresión de los ciudadanos que quieren expresarse por medio de una consulta popular puede ser limitado mediante la negación de la autorización Estatal; en otras palabras, si la autorización de una consulta popular en forma de referéndum puede servir para evitar el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión.

Desde el punto de vista del sentido común parece meridianamente claro que si la libertad de expresión es un derecho fundamental de las personas que conforma la propia esencia de la democracia, no cabe efectuar su limitación en aquellos casos en los que las personas expresen su opinión o pensamiento, ya que lo contrario, es decir, aceptar limitaciones a las opiniones y pensamientos expresados de manera pacífica y ordenada, supondría una regresión a lo abyecto de no permitir el ejercicio de las libertades fundamentales de pensamiento y expresión de ideas y/o opiniones, esencia de toda sociedad democrática¹.

Así, está claro que opinar sobre la forma del Estado que se desea, y/o sobre si gusta o no gusta, o se quiere o no se quiere estar en un Estado determinado, no son hechos o actividades prohibidas, ni ilícitas. Y que, la suma de opiniones y deseos, no sólo debe ser tenido en cuenta por el Estado y por las fuerzas políticas como la voluntad

1 Evidentemente no quedan amparados por el Derecho de libertad de expresión ni las injurias, ni las calumnias, ni el ensalzamiento de genocidios o del terrorismo, actos que son evidentes formas de represión del resto de derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, al honor y/o a las libertades personales.



popular en sí misma conformada por la suma de expresiones y voluntades individuales, sino que, al tiempo, debe ser la luz que alumbre una solución.

Desde ese punto de vista del sentido común, todo indica que en normalidad de situación, manifestada la voluntad de los ciudadanos de la comunidad autónoma de Cataluña de querer ejercer el derecho de la libertad de expresión mediante una consulta popular o referéndum, el Estado debería haberlo autorizado, garantizando el ejercicio del mismo en protección del derecho fundamental a expresarse libremente de todos, (e, independientemente de la defensa del ideario del partido político del Gobierno que se efectuara en el ámbito del referéndum).

Así, la postura contraria adoptada por el Estado mediante su Gobierno de negar autorización a una consulta popular de referéndum, pese a que la misma se ha acordado por un parlamento autonómico siguiendo el mandato expresado por su ciudadanía en unas elecciones efectuadas con todas las garantías, hace necesario reflexionar sobre la situación atendiendo a la importancia de las normas en juego, y, así, intentar establecer cuál debe ser el orden de prevalencia de las normas jurídicas aplicables y cuáles son los órganos que deben decidir en última instancia sobre su correcta aplicación.

En cualquier caso debe darse por comprendido que se parte de la idea que el Estado Español, se conforma como un sistema democrático moderno en el que se respeta el derecho esencial de poder expresar las ideas, creencias, opiniones y deseos de forma pacífica y ordenada.



ANTECEDENTES DEL ASUNTO

El cliente, estima necesario la elaboración del presente dictamen jurídico, al analizar dentro del conflicto surgido con el Gobierno de España, que ha aflorado un paquete de incongruencias jurídicas que las explica de la siguiente manera:

Primero.- El derecho constitucional se ocupa de las constituciones existentes, y su tarea principal es determinar lo que los textos permiten o prohíben. Los constitucionalistas se ocupan de explicar por qué las constituciones son como son.

A veces, sin embargo, estos se confunden, interesadamente o no, y presentan la Constitución existente como la única posible o deseable, con una fotografía maximizada. El error puede darse respecto a cualquier texto constitucional, pero parece evidente que la discusión actual está en relación con la Constitución española de 1978.

Quizás lo más sorprendente de la actual Constitución Española es que carece de mecanismos fáciles que permitan modificarla de una forma pública. Su estructura interna es, pues, la propia de las *constituciones impuestas*, aunque no lo hubiera sido, según nos dicen esos mismos constitucionalistas.

Entre el constitucionalismo y la soberanía nacional se ha dado, pues, un matrimonio de conveniencia, que justifica con grandes alharacas los aciertos, justificando a partir de ella el progreso de nuestra sociedad y esconde bajo el felpudo sus desaciertos y debilidades.

La nación es la que genera el estado independiente, que se rige por su constitución y que elaboran a su medida quienes en ese momento detentan el poder y se otorgan la representación,

Segundo.- Cuando se formula la Constitución de 1978 se redacta desde el concepto de las constituciones clásicas, pero sin prever dos cosas:

a) La facilidad de poder cambiar su articulado (estructura de Constitución impuesta), y

b) La interesada falta de previsión para los grandes cambios que la sociedad española, y europea iban a sufrir. Interesada falta de previsión fruto del exacerbado ultranacionalismo de algunas clases sociales (ruido de sables, ruido de togas,...) Para ello, como sabían que no podían hacerlo dando la cara, se añade al texto constitucional un oscuro artículo 93, que reza:

“Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Esto permite el vaciado por la puerta de atrás de la misma. Y es que, desde el momento de las primeras revoluciones burguesas, los estados, han dejado de ser entes aislados e independientes y se ceden o ceden a terceros pedazos de su soberanía. Mes a mes, año a año, se han ido desgajando trozos de la soberanía nacional de los estados europeos, para incorporarlos a otras entidades superiores. Es la plasmación a efectos prácticos del *“todo para el pueblo, pero sin el pueblo”*

Tercero.- Caso paradigmático es el Tratado de Lisboa. De los pilares clásicos del estado, en poco tiempo han desaparecido conceptos y valores hasta ahora tan sólidos como: *frontera, ejército, impuestos, política económica y fiscal o moneda*. Otros, están en



camino de uniformarse, previa cesión a la UE de competencias y soberanía, sometidos a profunda revisión y uniformización comunitaria como el *Derecho, la policía, la propiedad, los procedimientos civiles, penales y administrativos o las relaciones laborales*.

Si estos pilares han desaparecido, quiere decir que afirmar que la Constitución ampara o regula un tema ya cedido en su soberanía a la UE, es del todo absurdo.

Y usar elementos punitivos, más allá de la competencia delegada recibida por parte de la UE, por haber cedido esa soberanía, es ilógico.

La **“Carta de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos de la Unión”**, que junto con otras importantes cesiones de soberanía, son objeto de otros dictámenes, ampara a los ciudadanos en todos aquellos temas en que se ha cedido la soberanía; en los que el Derecho de la Unión, directa o indirectamente, interviene. Es una segunda capa de derechos fundamentales, de carácter prevalente, (por la primacía) a los que hay que sumar los que cada constitución estatal puede señalar para sus ciudadanos y a los que se reconocen además en otros tratados y convenios.

Y si es prevalente la parte de derecho de la UE, su tribunal último, quien vela en última instancia por esos derechos, NO ES EL Tribunal Constitucional local, sino el TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (no confundir con el TEDH). Y si es prevalente, deben entenderse además prevalentes los derechos fundamentales locales de conformidad con los reconocidos en la Carta.

El Estado Español tenía hasta el 2007, fecha que entró en vigor la Carta, para adaptarse, y no lo hizo.



No son pocos los Tratados que han vaciado la Constitución en derechos, deberes y funciones. Posiblemente uno de los más amplios son los tratados OTAN (NATO) por la que España cede su soberanía en defensa a una alianza común que determina cuales son los retos y enemigos entre los cuales, precisamente, no están los enemigos interiores.

Esta nueva estructura no explicada de los Derechos Fundamentales de los españoles, plantea un cambio copernicano que se ha escondido políticamente a cualquier precio y que es importante reseñar por los efectos que comporta.



ALCANCE

El alcance ha sido definido y pactado bajo el amparo y marco legal de las leyes actuales, a día **29 de julio de 2017**, procediendo a realizar un estudio a partir de la LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, sus efectos y la jurisprudencia encontrada, tanto española, como del Tribunal de Justicia de la Unión europea, como del Tribunal Europeo de Derechos humanos.

La pericial queda diseñada de la siguiente manera;

Procederemos en primer lugar a la recolección de datos de éste informe que se va a realizar entre los días 29 de julio de 2017 y 30 de agosto de 2017.

Dado que en los textos analizados a menudo se utilizan conceptos que podríamos definir como de “neolengua”, se ha intentado de recogerlos en el mismo punto en el que son tratados, explicándolos de manera que pueda ser comprensible, también a los no especialistas.

Y establecer la valoración final inmediatamente después para atender a resolver las preguntas del cliente



TERMINOLOGÍA Y ABREVIATURAS

Concepto técnico 1: Según la RAE: Soberanía:

2. (f). *Poder político supremo que corresponde a un Estado independiente.* Luego, cuanto menos independiente es un estado, pues... menos soberano es.

Concepto técnico 2: Según Wikipedia; La soberanía nacional

Es un concepto que le da todo el poder a la nación, es decir, a los ciudadanos. Estos dejan constancia en la constitución que le ceden el poder al Estado.

Curiosamente, el término soberanía nacional, fue excluido de la versión 2016 y posteriores del diccionario RAE

La Constitución es pues el marco de los poderes que los ciudadanos dan al estado, en genérico. En uso de su soberanía, el pueblo se da a sí mismo una Constitución, y ésta marca los márgenes de dicha cesión e, incluso, la posibilidad de poder de ceder a terceros, o no, la soberanía popular. Pero el poder cedido al Estado, no es absoluto, ni es aislado; para que Constitución y realidad estén acordes, se deben restar a su soberanía las cesiones de independencia del mismo. No se pueden otorgar poderes o reconocer derechos a un estado en una constitución, si éstos no se poseen o se han cedido a terceros.

Concepto técnico 3: El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)

Es uno de los cuatro documentos que configuran la constitución material de la Unión Europea, junto con el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF).

Concepto técnico 4: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Es un documento que contiene provisiones de derechos humanos y fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de



diciembre de 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, antes de la firma del Tratado de Lisboa; una vez ratificado éste, convierte la Carta en Derecho Primario, equiparable a los tratados y por tanto, en una legislación legalmente vinculante para todos los países con ciertas excepciones para Polonia y el Reino Unido.

Concepto técnico 5: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

Es una Institución de la Unión Europea (UE) a la que está encomendada la potestad jurisdiccional o poder judicial en la Unión. Su misión es interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y por su funcionamiento y autoridad supranacionales. Hasta la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa su denominación era la de «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Su función es garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros; garantizar que los países miembros y las instituciones europeas cumplan la legislación de la UE



GARANTÍA DE CADENA DE CUSTODIA

Acordado el alcance del dictamen jurídico, el día y la hora a realizar y e informados los agentes implicados, se comunica que todo el proceso de la actuación del perito se realizara para que pueda ser todo verificable, y la legislación y jurisprudencia alegada, que quede, en lo posible reflejada en el propio dictamen.

GEO LOCALIZACIÓN

Ubicación física de la intervención

La intervención se realiza en la (Calle Còrsega, 453 3er 2na. de Barcelona), el día 30 de agosto de 2017 con coordenadas de GPS (Latitud: 41.402261 | Longitud: 2.16679), habiéndose seguido en directo su elaboración mediante un grupo de Telegram general y otros tres distribuidos por especialidades.



ACTUACIONES. ANÁLISIS. INVESTIGACIÓN DE EVIDENCIAS ELECTRÓNICAS

La actuación, se realiza siguiendo los protocolos de:

- Norma UNE_197001:2011 Criterios generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales.
- UNE- EN ISO 9000. Sistemas de Gestión de calidad. Fundamentos y vocabulario (ISO 9000:2005)
- UNE 50132. Documentación. Numeración de las divisiones y subdivisiones en los documentos escritos.
- Código Deontológico de ASPERTIC
- Ley de Procedimiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial
- Reglamento (CE) N.º 1206/2001 del consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil
- Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea (EGLE) de aplicación del Reglamento (CE) N.º 1206/2001
- Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

Las anteriores normas y su aplicación buscan tanto en protocolo de investigación, como en la realización del dictamen que sea accesible al mayor número de personas para, que todas las evidencias tengan validez legal, sin la necesidad, en algunos casos, pero con la recomendación siempre de ser revisadas por un tercero.



Se acuerda realizar la el dictamen a partir del día **29 de julio de 2017**, comenzando a las 08,00 horas y finalizando la toma de datos el **30 de Agosto de 2017**, analizándose el contenido de la misma y recolección de información y detalle técnico de los distintos conceptos.

Se procede a empezar El dictamen Jurídico.



Metodología a seguir

1. Lectura y recolección de datos del encargo, con especial atención a las preguntas planteadas y las consideraciones realizadas.
2. Identificación de los conceptos vinculados a ella.
3. Descripción de los conceptos no jurídicos.
4. Corroboración, en la manera que sea posible, de la integridad de los procedimientos descritos en las consideraciones y aclaración de los mismos.
5. Redacción del mismo a cargo de los letrados Verónica Luque Gil i Xavier Lanaspá Sanjuán



Procedimiento realizado

a) Se han establecido cuatro equipos de trabajo, para estudiar por separado las diversas materias objeto de las consideraciones de Esquerra Republicana de Catalunya, expuestas en los antecedentes, donde cada una de las cuales responde a una faceta determinada. Serian:

- a) Prevalencia del Derecho DE LA UNIÓN EUROPEA
- b) Derecho a la Libertad de Expresión.
- c) Aplicación del Derecho DE LA UNIÓN EUROPEA o a las FyCSE y
- d) investigación documental y soporte.

b) Asimismo, cuando un tema se ha estimado de especial complejidad se ha dividido y redactado por separado.

c) Los resultados se ha sometido a la consideración del subgrupo y posteriormente del pleno de todos los actuantes,



Documentación analizada

Han sido analizados, los tratados europeos, la Jurisprudencia del TJUE, La Constitución Española y la jurisprudencia del Tribunal constitucional.



DICTAMEN Y CONCLUSIONES

1. El Marco jurídico del derecho de la libertad de expresión

El marco jurídico viene determinado en primer lugar por la Constitución Española de 1978², que se fundamentó en la unidad del pueblo español reconociendo y garantizando el derecho a la autonomía de las nacionalidades que lo integraban, y que definió a España como un Estado social y democrático de Derecho que tiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.

La Constitución Española de 1978 es la norma prisma de referencia del sistema jurídico español; al tiempo que es la norma suprema de aplicación directa en cuanto a los derechos fundamentales definidos en sus artículos 14 al 28, y 30.2.

Es reconocido que esos derechos fundamentales se configuraron como reservas de poder efectuadas por la sociedad a sí misma, determinando que el contenido de los mismos conforma a su vez derechos indispensables que deben ser respetados por todos, especialmente por los órganos e instituciones del Estado.

Dentro de los citados derechos fundamentales se encuentra el derecho a la libertad de expresión. Así el artículo 20.1.a³ de la Constitución indica que “***se reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción***”. Al tiempo que el artículo 20.2 de la misma constitución garantiza que el ejercicio de dicho derecho “***no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa***”.

2 Fuente de consulta: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

3 Artículo 20 CE : <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=20&tipo=2>



En ese sentido el redactado del artículo 20.1.a de la Constitución indica que el derecho de libertad de expresión es un derecho que no sólo se reconoce sino que, además, por la suma importancia del mismo, debe ser protegido por los propios poderes públicos.

Como indicábamos, el citado derecho es de importancia capital no sólo por su reconocimiento en la Constitución, ni por la necesidad de protección del mismo, sino porque el mismo guarda directa y llana conexión con el derecho del otro, el derecho del que piensa diferente y, así, por ende, con la pluralidad política y con la libertad de pensamiento.

Es obvio que en todo sistema democrático lo primero que se debe proteger son las ideas y su expresión, para poder valorar y dar cabida, en lo posible, a su desarrollo.

De hecho, no es posible concebir un régimen democrático moderno y avanzado en el que se prive a las personas de expresar sus ideas, opiniones y pensamientos políticos, cuando no coincidan con los propios.

La Constitución Española viene complementada por normas internacionales de rango superior, por lo que no es la norma suprema en cuanto a los derechos fundamentales.

Si bien la Constitución de 1978 es piedra angular del sistema jurídico español, y por ello sus normas han de respetarse y protegerse por todos los poderes públicos de España, la misma no guarda ya en este momento el lugar de vértice supremo único de jerarquía normativa.



2. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, suscrito por el Reino de España con el resto de Estados firmantes, reconoce a toda persona sujeta a su jurisdicción el derecho al libre ejercicio de los derechos y libertades definidos en su Título 1.

Dicho Título I recoge en el artículo 10 el **derecho de la libertad de expresión** configurado como el derecho que tiene toda persona a *“la libertad de opinión y la libertad de recibir y comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas, sin consideración de fronteras”*.

Al mismo tiempo también indica que el ejercicio de las citadas libertades, podrá ser sometido a formalidades, condiciones, restricciones, por ley, siempre que *“constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito”*⁴.

La posibilidad de limitar el ejercicio de las citadas libertades queda supeditada a que sean medidas necesarias, en sociedades democráticas, para proteger la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito.

Es fácil observar que dichas limitaciones sólo cabe efectuarlas en orden a proteger el sistema democrático⁵ y no para vaciar de contenido dichos derechos ni para

- 4 Y así también para “la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Sin olvidar que no cabe vaciar de contenido ningún derecho fundamental.
- 5 Es decir que no cabe ampararse en dichas libertades para atacar el sistema democrático, dar las coordenadas de sistemas de defensa, o, transmitir informaciones a invasores.



limitar su propia esencia.

En otras palabras: **según el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, no cabe limitar la libertad de expresión ni de transmisión de información en el caso que una población decida expresarse a través de un referéndum.**

3. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el año 2000 se promulgó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶, que conforme al artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea⁷, obliga a los Estados miembros a respetar los derechos reconocidos en la misma.

La finalidad de dicha Carta queda establecida en su preámbulo cuando dice *“Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano*

6 Fuente de consulta : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

7 Artículo 6. 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. Fuente <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>



nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento. Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones. En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación. (...)

Artículo 11 Libertad de expresión y de información

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.”

Es decir: **en Europa toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y a opinar y recibir y comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.**



En otras palabras **dicho artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** que es de igual o superior rango que la Constitución, complementa el derecho básico de la libertad de expresión recogido en el artículo 20.1.a CE, en el sentido de que a la necesidad de su reconocimiento y derecho de protección por parte de las autoridades públicas de los Estados, **añade la prohibición que las autoridades públicas puedan efectuar injerencias sobre el mismo.**

Lo anterior además con el añadido de "**sin consideración de fronteras**", todo de manera que todos los Estados miembros tienen el deber de respetar y garantizar el ejercicio de dichos derechos fundamentales por ser indispensables para la democracia.

De hecho, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica en sus disposiciones generales que está dirigida a las instituciones y órganos de la Unión, así como a los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión, al tiempo que prevé que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la misma sólo podrán limitarse por ley y respetando el contenido esencial de los mismos; o que las limitaciones que se impongan a los dichos derechos deberán respetar el principio de proporcionalidad y necesidad, al tiempo que deberán responder a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades -fundamentales- de los demás.

Como cierre, se establece que los derechos que coincidan con derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, estos deberán interpretarse en el sentido y con el alcance de los recogidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

Humanos; y que, en cualquier caso, **la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.**

6. Excepciones

Tanto en la legislación como en las sentencias analizadas NO SE HAN ENCONTRADO NORMAS que permitan excepcionalmente revertir las competencias o soberanía cedidas. **Incluso las declaraciones de emergencia nacional, estado de excepción o de sitio, quedan pues también afectadas por la norma europea, incluyendo la parte que correspondería al tan llevado art. 155 de la Constitución.**



El equipo de peritos firmantes de este Dictamen Pericial.

DECLARAN,

Las conclusiones expresadas son el resultado de la aplicación de los conocimientos, valoraciones y experiencias adquiridas por el equipo formado por **Verónica Luque Gil, José Giménez Alcover, María José Gracia Becerril, F. Xavier Lanaspá Sanjuán, Carles Sánchez Ruiz, Fruitós Richarte i Travesset, Carmen Moliné Jorques, Jordi Pursals García, Josep Soterias Robert, C.J. Ribalta, Alejandro Benito Otero, Inyaki Galve Murillo, Jordi Morató-Aragonés Pàmies, David Companyon Costa y Josep Jover Padró** en su desempeño profesional y dentro de su leal saber y entender, quedando siempre abierto a considerar nuevas aportaciones de información, evidencias o mejor opinión.

Cuanto antecede es el resultado del leal saber y entender del equipo Advertia-Nanshe, profesionales titulados y reconocidos en sus diversos campos, quienes someten su opinión a cualquier otra mejor fundada en Economía, organización política, Contabilidad y Derecho.

El dictamen ha sido emitido con arreglo a las informaciones aportadas por cliente y otras fuentes a las que se le ha solicitado información, haciendo constar que la posible existencia de otros datos podría haber determinado un resultado distinto del expuesto en el dictamen, en cuya elaboración el que suscribe ha puesto su mejor voluntad, buena fe, lealtad y conocimiento.

El presente dictámen jurídico contiene como mínimo lo regulado en el artículo el artículo 478 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De acuerdo con lo establecido en el artículo artículos 723, 456 y concordantes de la Lecrim., Cada uno de los peritos juran o prometen que cuanto antecede es verdad



y que han actuado y en su caso actuarán con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podrá incurrir si incumpliera su deber como Perito.

El presente Dictamen se emite a los únicos efectos de ser utilizado para los fines necesarios para poder ser utilizado por cualquier persona o defensa que pudiera considerarse afectada.



CONCLUSIONES

La normativa aplicable indica que:

1) En Europa, y en todos los Estados de la Unión Europea, el derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental, indispensable e inherente a toda sociedad democrática, recogido junto con el resto de derechos esenciales de las personas.

2) En el Estado Español, el derecho a la libertad de expresión se encuentra recogido en el artículo 20.1.a de la Constitución.

3) Dicho derecho fundamental se define en la Constitución Española como el derecho *"a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"*.

4) La Constitución Española no sólo reconoce dicho derecho, sino que ordena su protección como derecho fundamental de las personas y prohíbe su censura previa. Dicha norma es de aplicación directa y prevalente al resto del ordenamiento interno.

5) La legislación europea avala y reconoce como fundamental el derecho a la libertad de expresión, tanto en el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos como en el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

6) La legislación europea complementa el reconocimiento y la necesidad de



protección que la Constitución efectúa sobre el derecho a la libertad de expresión, prohibiendo que sobre el mismo se efectúen injerencias que puedan desvirtuar su contenido.

7) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga a todos los Estados e instituciones a respetar los derechos fundamentales en su propia esencia.

8) El pueblo de Cataluña conforma parte de los pueblos de Europa, y su ciudadanía tiene derecho a que se respeten los derechos fundamentales que la asisten; por lo que el derecho a la libertad de expresión debe poder ser ejercido sin límites que afecten a su esencia.

De lo anterior se concluye que:

Primero.-

El derecho fundamental de la libertad de expresión de los ciudadanos de Cataluña supone la total y absoluta legitimidad de sus ciudadanos de expresar y difundir sus pensamientos, ideas y opiniones de palabra, por escrito o por cualquier otro medio de reproducción; y así también respecto a “si quieren que Cataluña sea un estado independiente en forma de república”.

Segundo.-

No existe motivo legal para privar o no autorizar el ejercicio de dicho derecho fundamental a los ciudadanos de Cataluña, pues expresar su opinión, por cualquier medio, supone en esencia el legítimo ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión.



Tercero.-

La consulta popular, por medio de un referéndum, es un canal de vehiculación, verificación y recolección del ejercicio material del derecho fundamental individual de libertad de expresión de las personas -catalanas, españolas y europeas-.

Cuarto.-

El derecho de libertad de expresión es un derecho fundamental de todo ciudadano europeo.

Quinto.-

Atendiendo al Derecho europeo y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado, a través del Gobierno, debe autorizar las consultas populares en forma de referéndum que pretendan el ejercicio del derecho de libertad de expresión, con sentido de Estado, y en defensa protección y garantía del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, y así también del derecho fundamental de libertad de expresión de los ciudadanos de Cataluña, permitiendo que los mismos puedan expresarse por las vías democráticas que existen para ello.

Sexto.-

La falta de autorización por parte de un Estado de la convocatoria de una consulta popular por vía de referéndum, no debe suponer en ningún caso la privación a los ciudadanos -catalanes, españoles y europeos-, de la privación de su legítimo ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión.

Séptimo.-

La privación de un derecho fundamental de la Unión Europea debe ser conocida y defendida por las instituciones europeas, en su propia garantía.



Barcelona, a 18 de Septiembre de 2017.

D. Abogado coordinador

D. Equipo Redactor

Verónica Luque Gil, José Giménez Alcover, María José Gracia Becerril, F. Xavier Lanaspá Sanjuán, Carles Sánchez Ruiz, Fruitós Richarte i Travesset, Carmen Moliné Jorques, Jordi Pursals García, Josep Soteras Robert, C.J. Ribalta, Alejandro Benito Otero, Inyaki Galve Murillo, Jordi Morató-Aragonés Pàmies, David Companyon Costa y Josep Jover Padró

(modificar) firma

(modificar) firma