



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**PROCESO DE AUTODETERMINACIÓN
DE UN TERRITORIO EN ESPAÑA
CAUSAS Y EFECTOS**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO: 2017-2018

Alumna: Alejandra Bujía Piñeiro-Varela.

Tutor: Prof. Dº David José Soto Díaz.

ÍNDICE:

I. ABREVIATURAS:	4
II. SUPUESTO DE HECHO	5
III. RESPUESTA A LAS CUESTIONES.....	9
PRIMERA CUESTIÓN	9
1. ¿Son constitucionalmente válidas la Ley de Policía Gallega, así como las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego?	9
1.1. Ley de la Policía Gallega: introducción, funciones y normativa.....	9
Introducción.....	9
Funciones de la Policía Autonómica:.....	9
Normativa:.....	9
1.2. Entramos a analizar ahora la validez de las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego.	10
1.3. Conclusión y respuesta al caso:.....	12
SEGUNDA CUESTIÓN:.....	13
2. ¿Serían válidas las intervenciones y escuchas telefónicas, así como los registros realizados por la policía nacional en las sedes de las autoridades gallegas? ¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas? Analice también las consecuencias penales de los hechos acaecidos en la ciudad de Ourense, así como la Ley de Amnistía aprobada por el Estado Español.....	13
2.1 Validez de las escuchas e intervenciones telefónicas y de los registros policiales:	13
2.1.1. Intervenciones y escuchas telefónicas:	14
2.1.2. Entrada y registro en lugar cerrado:.....	15
2.1.3. Conclusión y respuesta al caso:.....	16
2.2 ¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas?.....	16
2.3 Analice las consecuencias penales de los hechos acaecidos en la ciudad de Ourense así como la Ley de Amnistía aprobada por el Estado español.	17
2.3.1. Estado de sitio:	17
2.3.2. Aprobación de la ley de amnistía:	19
TERCERA CUESTIÓN:.....	20
3. En el marco de la operación “ <i>a purga do pobo</i> ”, analice la validez jurídica de las detenciones, así como las consecuencias penales del ejercicio de las mismas para los responsables de dicha operación. Califique la situación jurídica de las personas que habrían sido detenidas en contra de su voluntad en el marco de esta operación.	20
3.1. La detención.....	20
3.1.1. La detención como medida cautelar personal:	20
3.1.2. Tipos de detención:.....	21
3.1.3. Delitos contra la comunidad internacional:.....	23

3.1.3. Conclusión y respuesta al caso:	26
CUARTA CUESTIÓN:	27
4. Analice la ley de referéndum gallego, así como la independencia de la Comunidad Autónoma desde una perspectiva constitucional. Realice un análisis comparado con la normativa vigente en otros Estados. ¿Sería válida la proclamación de que Galicia seguiría formando parte de las OOII de las que formaba parte España con anterioridad? Respecto a la respuesta de España ¿Es correcta la aplicación del artículo 155 de la CE?.....	27
4.1. Analice la ley de referéndum gallego, así como la independencia de la Comunidad Autónoma desde una perspectiva constitucional.	27
4.1.1. Referéndum	27
4.1.2. Independencia de una CCAA:	28
4.1.3. Conclusión y respuesta al caso:	28
4.2. ¿Sería válida la proclamación de que Galicia seguiría formando parte de las OOII de las que formaba parte España con anterioridad?	29
4.2.1. Derecho de secesión:	29
4.2.2. Normativa vigente en otros Estados:	29
4.2.3. ¿Seguiría Galicia, formando parte de las OO II de las que formaba España?	30
4.2.4. Conclusión y respuesta	31
4.3 ¿Es correcta la aplicación del artículo 155 de la CE?.....	31
4.3.1. Art. 155 CE:	31
4.3.2. Conclusión y respuesta al caso:	32
QUINTA CUESTIÓN:.....	32
5. Analice la condición de asilado del ex presidente de la Xunta de Galicia, y los procedimientos existentes para pedir su extradición desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.	32
5.1. Analice la condición de asilado del ex presidente de la Xunta de Galicia.....	32
5.1.1. Asilo:	33
5.2. Conclusión y respuesta al caso:.....	34
5.2 Procedimientos existentes para pedir la extradición desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado	34
5.2.1. Extradición.	34
5.2.2. Tratados:	35
5.2.3. Conclusión y respuesta al caso:	36
IV. CONCLUSIONES FINALES:	37
¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas?	39
V. BIBLIOGRAFÍA:	43
VI. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	45

I. ABREVIATURAS:

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CCAA	Comunidades Autónomas
CCGG	Cortes Generales
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CP	Código Penal
EAG	Estatuto de Autonomía de Galicia
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FFCCSSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONU	Organización de Naciones Unidas
OOII	Organizaciones Internacionales
P	Página
PP	Páginas
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

II. SUPUESTO DE HECHO

PROCESO DE AUTODETERMINACIÓN DE UN TERRITORIO EN ESPAÑA: CAUSAS Y EFECTOS

PROCESO DE AUTODETERMINACIÓN DUN TERRITORIO EN ESPAÑA: CAUSAS E EFECTOS

SELF-DETERMINATION PROCESS OF A TERRITORY IN SPAIN: CAUSES AND EFFECTS

En las elecciones al Parlamento de Galicia de 2016, correspondientes a la X legislatura, celebradas el 25 de septiembre del mismo año, salió victorioso el partido independentista, *Partido da Unión Galega*, con un total de 37 escaños, necesitando del apoyo del *Partido Liberal*, (12 escaños) para formar gobierno.

El partido nacionalista ganador de las elecciones se caracterizaba por apoyar la unión entre el Estado de Portugal y Galicia, creando una nación Galaico-Portuguesa. Este partido estaba liderado por Xosé Ferreira Silva, creador y secretario general del mismo, que había manifestado, en numerosos mítines políticos previos a las elecciones, estas intenciones unionistas, así como una animadversión hacia el Estado Español, y al resto de ciudadanos españoles.

Dos meses después de las elecciones, el 25 de noviembre del 2016, y una vez tomada posesión de su cargo como Presidente da Xunta de Galicia, una de sus primeras decisiones fue la creación de una policía autonómica, de carácter similar a los Mossos D'esquadra de Cataluña o la Ertzaintza del País Vasco. Esta recibió el nombre de Policía da Seguridade Pública. La ley (*Lei da Policía de Seguridade Pública*), se basó en la Ley de Policía del País Vasco. El articulado de esta norma establecía en un primer momento la siguiente previsión:

“As Forzas e Corpos de Seguridade de Galicia, baixo a dependencia do Goberno de Galicia, terán como misión principal a de protexer o libre exercicio dos dereitos e liberdades e garantir a seguridade pública do Estado galego contra posibles inxerencias exteriores ou de otro tipo”.

La inclusión de este artículo, así como la terminología aquí especificada, tuvo como consecuencia una fuerte discusión en el pleno parlamentario correspondiente, ya que el *Partido Liberal* no estaba de acuerdo, siendo finalmente eliminado de la norma. Además esta norma establecía que la policía dependía directamente de la figura del Presidente de la Xunta.

Varios meses después, el *Partido da Unión Galega* propuso la modificación del Estatuto de Autonomía en ciertos puntos, siendo el objetivo principal de esta reforma brindar a Galicia de una mayor autonomía respecto a España. La reforma final de este contó con el apoyo de los dos partidos del gobierno.

Las previsiones más controvertidas que se recogieron en el nuevo Estatuto de autonomía, fueron las siguientes:

- La modificación del artículo quinto del Estatuto, estableciendo que la única lengua propia de Galicia es el gallego, sin hacer mención alguna al castellano, y eliminando el cuarto apartado, es decir, nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua.

- Establecimiento como competencia de la Comunidad Autónoma gallega la autorización de consultas populares por vía de referéndum para los asuntos que incumban al pueblo gallego. En dicho referéndum solo podrían participar los ciudadanos gallegos. Se establece así el derecho de autodeterminación. Las decisiones de los ciudadanos de Galicia deberán ser respetadas por las demás regiones de Europa.
- El pueblo gallego se ha de constituir como una nación dentro del marco de Europa, con una identidad propia.
- El establecimiento de la libertad de relaciones con Portugal, en el marco internacional, así como la creación de embajadas o delegaciones en otros Estados. Creación de una Consellería de Relacións Internacionais.
- Creación de un poder judicial autónomo en la Comunidad Autónoma y la creación del Consello do Poder Xudicial de Galicia.
- Creación de una nacionalidad gallega, renunciando por ello a la nacionalidad española.

Una vez remitido este texto a las Cortes Generales del Estado Español para su aprobación, fue directamente enviado al Tribunal Constitucional para el estudio de su validez jurídica. A pesar de esto, el Gobierno de la Xunta de Galicia, tomo como válido el nuevo texto jurídico.

Desde la creación de la policía propia de la Comunidad Autónoma de Galicia, hubo un incremento de denuncias por desapariciones de ciudadanos que no eran “nacionales” de Galicia, lo que empezó a alarmar gravemente a la sociedad gallega y española.

Ante esta situación de incertidumbre el Gobierno de España, Presidido por Rosa María Andrade Casal, junto al Centro Nacional de Inteligencia, inició una serie de investigaciones con las correspondientes órdenes judiciales el día 16 de octubre de 2017. Estas consistieron en registros por parte de la Policía Nacional de la Xunta de Galicia, así como la sede de la nueva policía autonómica. También se llevaron a cabo intervenciones y escuchas telefónicas con el objeto de conocer lo sucedido.

A través de los registros realizados y las intervenciones de las comunicaciones se pudo comprobar la existencia de una persecución a los ciudadanos que no nacionales gallegos. En estas intervenciones y registros se pudo constatar la existencia de órdenes de detención de ciudadanos no gallegos, así como la intervención de grupos o asociaciones en contra del independentismo, siguiendo la operación que se conocía como “*a purga do pobo*”. Hasta donde se pudo averiguar con estas primeras investigaciones, estas detenciones no habrían seguido ningún procedimiento judicial, y además no se sabía el paradero de las personas desaparecidas.

Días después del inicio de las investigaciones, el 20 de octubre, el Parlamento de Galicia, decidió proceder a activar el artículo del Estatuto de Autonomía que autorizaba la realización de consultas populares por vía de referéndum, con el objetivo de convertir a Galicia en “*un Estado europeo, en forma de República, independiente de España*”, a través de una Ley aprobada el día 21 de octubre. Además, el Presidente de la Xunta instó a la población gallega “*a salir a la calle para celebrar y defender, con todas sus fuerzas y medios, la futura República de Galicia*”. Estas declaraciones, dieron lugar a

fuertes disturbios esa misma noche en la ciudad de A Coruña, en los cuales participaron asociaciones pro-independencia como *TerraLibre*.

El Gobierno Estatal reaccionó, el día 21, declarando mediante decreto el estado de excepción (creyendo que el referéndum ilegal tardaría en realizarse) sometido a aprobación ante el Congreso, entrando en vigor al día siguiente, con la suspensión de los derechos mencionados en el artículo 55 de la Constitución.

La *Lei pola que se aproba o referéndum de autodeterminación da Nación galega* no establecía un censo conocido o colegios electorales. Según el Presidente de la Xunta, este referéndum no sería más que “*una consulta de apoio ás decisión que tomará o goberno da nación nos próximos días, sen máis transcendencia xurídica*”. Sin margen de reacción, por parte del Gobierno de España, el referéndum se realizó el domingo 22 de octubre, con una participación, según los datos del Gobierno de la Xunta del 75,25% de la población, y un voto a favor de la independencia del 85,73% de los votos. Datos que el Gobierno de España afirmaba que no se ajustan a la realidad.

El lunes 23 de octubre se convocó un pleno en el Parlamento de Galicia, donde compareció el Presidente de la Xunta, procediendo a declarar la Independencia de Galicia en forma de República, siendo un Estado que continuaría formando parte de todas las organizaciones internacionales de las que formaba parte España.

A continuación, el día 24 de octubre, el Gobierno de España aprobó la aplicación del artículo 155 de la Constitución Española y procedió a la declaración el estado de sitio, mandando parte de las fuerzas armadas a la Comunidad Autónoma.

Tras la llegada de las unidades del ejército a la ciudad de Orense el día 27 de octubre se produjo un enfrentamiento entre la Policía autonómica y las fuerzas del ejército español. La Policía autonómica sufrió la baja de 21 miembros, poniendo a disposición judicial al resto de efectivos.

Finalmente el día 1 de noviembre de 2017, las unidades del ejército llegaron a Santiago de Compostela, una vez allí, descubren dos hechos importantes:

- De las 487 personas desaparecidas, se encuentran con vida, pero con signos de tortura a 193, mientras que del resto no se tiene conocimiento alguno. Se encontraron pruebas suficientes para afirmar que las personas detenidas habrían sido objeto de trabajos forzados. Entre estas personas se encontraron a menores de edad y a personas adultas sobre las que se usó violencia especialmente grave, es decir, se tratan de personas explotadas sometidas a trabajos forzados bajo amenazas, coacciones,... También se pudo constatar que los trabajos forzados fueron realizados a cargo de la asociación pro-independencia *TerraLibre*.
- El presidente de la autoproclamada República de Galicia, se encuentra huido, y en condición de asilado en Brasil.

El día 4 de noviembre, el Gobierno cesa los estados de sitio y de excepción, y se aprueba una Ley de Amnistía por la que se pasa a eximir la responsabilidad de todas aquellas personas que actuaron en defensa de la unión territorial del Estado. El día 15 de noviembre se convocaron nuevas elecciones al Parlamento de Galicia, con el resultado de la victoria de Partido Social Demócrata de Galicia, con mayoría absoluta de 45 escaños.

CUESTIONES:

1. ¿Son constitucionalmente válidas la Ley de Policía Gallega, así como las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego?

2. ¿Serían válidas las intervenciones y escuchas telefónicas, así como los registros realizados por la policía nacional en las sedes de las autoridades gallegas? ¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas? Analice también las consecuencias penales de los hechos acaecidos en la ciudad de Ourense, así como la Ley de Amnistía aprobada por el Estado Español.

3. En el marco de la operación “*a purga do pobo*”, analice la validez jurídica de las detenciones, así como las consecuencias penales del ejercicio de las mismas para los responsables de dicha operación. Califique la situación jurídica de las personas que habrían sido detenidas en contra de su voluntad en el marco de esta operación.

4. Analice la ley de referéndum gallego, así como la independencia de la Comunidad Autónoma desde una perspectiva constitucional. Realice un análisis comparado con la normativa vigente en otros Estados. ¿Sería válida la proclamación de que Galicia seguiría formando parte de las OOH de las que formaba parte España con anterioridad? Respecto a la respuesta de España ¿Es correcta la aplicación del artículo 155 de la CE?

5. Analice la condición de asilado del ex presidente de la Xunta de Galicia, y los procedimientos existentes para pedir su extradición desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

III. RESPUESTA A LAS CUESTIONES

PRIMERA CUESTIÓN

1. ¿Son constitucionalmente válidas la Ley de Policía Gallega, así como las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego?

1.1. Ley de la Policía Gallega: introducción, funciones y normativa

Introducción:

Las Policías autonómicas en España, están implantadas fundamentalmente en los territorios, considerados históricos, como en la *Ertzaintza* en el País Vasco, los *Mossos D'esquadra* en Cataluña o la Policía Foral en Navarra.

Su creación y los requisitos para ella aparecen previstos en el art. 149.1.29^a y su desarrollo legislativo se encuentra en la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de mayo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El Régimen Estatutario de las policías autonómicas, será el que determine la Comunidad respectiva, con respeto a las bases establecidas en la Ley y en la Constitución.

Funciones de la Policía Autonómica:

Vienen dispuestas en el art. 38 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que las estructura en tres grupos: diferenciando entre funciones propias como las de velar por el cumplimiento de las órdenes dictadas por los órganos de la Comunidad Autónoma. Funciones en colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como participar en las funciones de Policía Judicial y funciones de prestación simultánea entre ambos cuerpos, la cooperación a la resolución amistosa de los conflictos privados, por ejemplo.

Normativa:

Para responder a la primera parte de la pregunta es necesario que encontremos el contexto normativo adecuado para aplicar a este supuesto. Estudiamos lo dispuesto en el artículo 104 de la CE:

1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.
2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Haciendo un análisis de este artículo parece claro que las FFCCSE tienen como misión la protección de los derechos y libertades del ciudadano así como garantizar la seguridad ciudadana, actividad que compete al Estado con carácter exclusivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.29^a de la CE.

1º El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

29.^a Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

En cualquier caso, el mantenimiento de la seguridad pública tal como la describe el Tribunal Constitucional y en términos del art 104.1CE constituye un verdadero servicio público cuyo titular es el Estado¹ y así es como se desprende del artículo 1.1 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de mayo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Sin embargo la delimitación de tal competencia como exclusiva no impide que las Comunidades Autónomas puedan, mediante una transferencia hecha por el Gobierno en virtud del art. 150.2 CE relativo a la delegación de competencias, coadyuvar a garantizar la seguridad pública mediante la creación de policías propias. Se trata de una posibilidad prevista en el mencionado artículo 149.1.29^a, y con la observancia de dos requisitos, a saber: que cumplan con la forma requerida en los respectivos Estatutos, en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica. Se da cumplimiento al primero cuando el EAG en su art. 27.25^a prevé la posibilidad de crear un cuerpo policial propio respetando lo que disponga el precepto constitucional y la Ley Orgánica 2/1986 y al segundo cuando esta misma contempla en su art. 37 contempla la creación de dichos y regulación de dichos cuerpos.

Por tanto y después del análisis realizado cabe concluir que la Ley de Policía Gallega no es una ley válida ya que incumple los requisitos constitucionales necesarios para su validez, a saber: el presidente decidió disponer de forma unilateral de una competencia que la constitución atribuye de manera exclusiva al Estado. Y si bien es cierto que Galicia podría tener cuerpo policial propio al existir una previsión que así lo contempla en el EAG, también es cierto que para conseguirlo se necesita inexcusablemente una delegación de la materia que solo puede ser realizada por el Gobierno en base al art. 150.2 CE, delegación que en nuestro caso no existió.

La aprobación de Ley de Policía Gallega por tanto, se escapa de los límites impuestos por la Constitución Española en sus artículos 150.2 y 149.1.29^a.

1.2. Entramos a analizar ahora la validez de las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego.

Introducción:

Según el Tribunal Constitucional las Comunidades autónomas gozan de verdadera autonomía política lo que no quiere decir que tengan un ordenamiento jurídico independiente sino que sus normas propias forman parte del ordenamiento jurídico español². El Estatuto no es, pues, expresión de soberanía sino de autonomía³.

Es en el art. 9.3 donde la Constitución establece la sumisión de los ciudadanos y poderes públicos a lo dispuesto en su propio texto y al ordenamiento jurídico dejando constancia con ello el orden de prevalencia: primero está la el sometimiento a la Constitución y después al resto del ordenamiento. Se reconoce así el principio de constitucionalidad como el principio básico del sistema jurídico⁴

Naturaleza jurídica del Estatuto:

El Estatuto de autonomía es una norma compleja con una doble naturaleza, autonómica y estatal en cuya creación como norma fundacional de la Comunidad Autónoma debieron concurrir ambas voluntades⁵, la de los representantes del pueblo de

¹ STC 33/1982, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1982:33)

² STC 25/1981, de 14 de julio. (ECLI:ES:TC:1981:25)

³ STC 4/1981, de 2 de febrero (ECLI:ES:TC:1981:4)

⁴ BALAGUER CALLEJÓN. F y VVAA, Manual de Derecho Constitucional, Ed 5º, Tecnos, Madrid, 2010 p. 92.

⁵ STC 76/1988, de 26 de abril. (ECLI:ES:TC:1988:76)

la Comunidad a constituir y la del Estado manifestada por las CCGG al aprobar el Estatuto mediante una Ley Orgánica. Parece claro que los Estatutos deben estar sometidos a la Constitución pues de ella deriva su legitimación jurídica y por lo tanto estarán sometidos al control de constitucionalidad recogido en el art 27.2.a) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁶

Procedimiento de elaboración y aprobación, especial referencia al Estatuto gallego:

En un primer momento debemos aludir a los tres tipos de Estatuto existentes que se diferencian en base al procedimiento mediante el cual fueron aprobados.

- Procedimiento ordinario: deben cumplir los requisitos previstos en el art 143CE, en cuanto a la iniciativa legislativa: el proyecto debe estar elaborado acorde a lo establecido en el art 146CE.
- Procedimiento especial: reservado para las Comunidades históricas: País Vasco, Cataluña y Galicia, este régimen está regulado en el artículo 151 de forma más compleja que el ordinario.
- Procedimiento extraordinario: del art 144. b) que es el caso de Ceuta y Melilla, ambos territorios “territorios que no estén integrados en la organización provincial.

Galicia es una Comunidad de nacionalidad histórica con cabida en el art 151CE. Nuestro Estatuto fue aprobado por la LO 1/1981 de 6 de abril, el 21 de diciembre de 1980. Después de fuertes tensiones políticas se celebró el referéndum para su aprobación, tal como requiere el art 151CE mencionado, siendo remitido al Congreso y al Senado para su debida ratificación. Está compuesto por un título preliminar 5 títulos que contienen 57 artículos, 4 disposiciones adicionales y 7 disposiciones transitorias.⁷

Reforma del Estatuto Gallego:

El procedimiento de reforma aparece recogido en el Título V de la norma institucional básica gallega, en el cual se han previsto dos procedimientos distintos para llevarla a cabo. El que nos atañe para la resolución de nuestro caso es el previsto en el art 56 ya que la materia que se pretende modificar afecta al orden jurídico fundamental del Estado.

El art 56 del Estatuto de Autonomía de Galicia pues, contiene una regulación bastante escasa, ya que se limita a determinar los sujetos competentes para aprobar la reforma, el orden que debe seguir y la mayoría requerida. Dicho lo cual, la iniciativa corresponde a la Xunta, al Parlamento gallego o a las CCGG.

Tras este trámite inicial el documento debe ser remitido a las Cortes Generales que en su caso, lo aprobarán mediante una Ley Orgánica en la que se incluirá la autorización para que la Comunidad gallega convoque un referéndum entre sus electores.

⁶ Artículo 27.2. a): Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.

⁷ Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia. Jefatura del Estado «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 1981 Referencia: BOE-A-1981-9564

1.3. Conclusión y respuesta al caso:

Análisis de constitucionalidad de las reformas propuestas:

En cuanto a las modificaciones del EAG, las iremos analizando una por una y comprobando su compatibilidad con los preceptos constitucionales:

a) La lengua propia de Galicia es el gallego, sin mención al castellano y suprimiendo la prohibición de discriminación por razón de la lengua. Infracción del art. 3 CE por el cual la lengua oficial del Estado es el castellano y reconoce como deber y derecho de todo español, sin distinciones, el conocerla.

b) Es competencia de la comunidad autónoma gallega la autorización de consultas populares por vía de referéndum. Se establece así del derecho de autodeterminación. Infracción del artículo 149.1.32ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia “autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum”, infringe también el artículo quinto de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum que dispone que el referéndum se decide por sufragio universal y no solo de una parte de la población. No cabe tampoco el derecho de autodeterminación, al proclamar el art. 2 CE indisoluble unidad de la nación española.

c) Libertad de relaciones con Portugal, creación de embajadas en otros Estados y creación de una Consellería de *Relacions Internacionais*. Infracción del artículo 149.1.3ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia de relaciones internacionales. Si bien es cierto que las CCAA, como parte del ejercicio de sus competencias pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior también lo es el límite del que artículo citado impone con la reserva de la materia al Estado⁸. Dado que las autonomías en España no son sujetos internacionales, no están capacitadas para participar en las relaciones internacionales que existen entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional⁹.

d) Creación de un poder judicial autónomo en la Comunidad Autónoma y la creación del Consello do Poder Xudicial de Galicia. Infracción de artículo 149.1.5ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las materia de “administración de justicia”.

Incorre también en la infracción del artículo 117.5CE según el cual el funcionamiento de los Tribunales se basa en el principio de unidad jurisdiccional, que tiene en nuestro ordenamiento un doble significado, por un lado establece la regla general sobre cuál es el poder constitucionalmente habilitado para organizar la jurisdicción y por otro establece un criterio de organización para dicha jurisdicción¹⁰.

Así mismo y por último la pretensión del gobierno gallego no encaja con lo dispuesto en el artículo 122.1 CE y 122.2CE según el cual el CGPJ es un órgano estatal único que gobierna el cuerpo, también único que forman Jueces y Magistrados de carrera y demás personal al servicio de la Administración de justicia.

e) Creación de una nacionalidad gallega, renunciando por ello a la nacionalidad española. Infracción del art 11 CE, en su segundo precepto: “Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”.

⁸ STC 46/2015 de 5 de marzo (RTC 2015, 56).

⁹ STC 165/1994 de 26 de mayo (RTC 1994, 165).

¹⁰ ORTELLS RAMOS, M y VVAA. *Introducción al Derecho Procesal*, Ed 5º, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 93.

Por lo tanto, ¿son válidas las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego? La respuesta después de lo analizado en los apartados anteriores es que no cumple con los requisitos necesarios para que se le pueda otorgar validez al proceso. Tomando en consideración la exposición anterior, es evidente que incumplen varios preceptos constitucionales y no respetan la jerarquía normativa impuesta por la Constitución, obviando que el procedimiento de reforma de todos los Estatutos de Autonomía en España requieren la confluencia de las dos voluntades que los crearon en un principio, la de las CCGG y la de los representantes del pueblo de la Comunidad en cuestión.

La Constitución no ampara en ningún punto su articulado la reforma unilateral de las normas institucionales básicas de las Comunidades autónomas y es precisamente ésta la que se pretende en el caso que nos ocupa.

SEGUNDA CUESTIÓN:

2. ¿Serían válidas las intervenciones y escuchas telefónicas, así como los registros realizados por la policía nacional en las sedes de las autoridades gallegas? ¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas? Analice también las consecuencias penales de los hechos acaecidos en la ciudad de Ourense, así como la Ley de Amnistía aprobada por el Estado Español.

2.1 Validez de las escuchas e intervenciones telefónicas y de los registros policiales:

Para comenzar con el análisis de la segunda pregunta del supuesto damos paso al estudio de una serie de conceptos que nos ayuden en nuestra labor.

Medidas limitadoras de derechos fundamentales:

Según el art 299 LECrim “Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos (...)”, dicho lo cual vamos a poner de manifiesto la existencia de una serie de diligencias de investigación que se llevan a cabo en el contexto del sumario y de la fase de instrucción de un procedimiento judicial y que tienen como característica común que suponen la limitación de ciertos derechos fundamentales.¹¹

Estas medidas deben cumplir tres condiciones generales:

- Legalidad: ya que suponen la limitación de un derecho fundamental, requieren de una ley propia que la autorice
- Proporcionalidad: debe ser acorde a la gravedad del hecho, necesaria y requiere que no exista otro modo de alcanzar el fin pretendido mediante una medida menos gravosa para el individuo.
- Sometida a un estricto control judicial: debe ser autorizada por una resolución motivada.¹²

Tras la reforma de la LECrim por la LO 13/2015 estas medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art 18 CE pasan a gozar de una regulación exhaustiva y concreta en el Título VIII del Libro II de dicho texto.

Tanto las intervenciones y escuchas telefónicas como los registros policiales entran en el ámbito de las diligencias de investigación y tienen un desarrollo legal

¹¹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J. *Derecho Procesal Penal* 2ª Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 180.

¹²MORENO CATENA.V y CORTÉS DOMINGUEZ.V, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

determinado con un alcance limitado. Tal como veremos a continuación de forma más detallada para cada uno de los casos.

2.1.1. Intervenciones y escuchas telefónicas:

Definición y previsión legal:

Se definen como unas medidas instrumentales que suponen una restricción al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones entre particulares que reconoce el art 18.3CE. Precisamente por ser un derecho fundamental deben ser ordenadas por el Juez de instrucción en un marco muy concreto, durante la fase instructora de un procedimiento penal.

Los elementos que constituyen sus presupuestos legales y materiales, a saber: “a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.”¹³

Su finalidad es doble, por un lado cumplen una función de investigación de determinados delitos y por otro una función probatoria, conforme dichos delitos se han producido¹⁴.

Después de la necesaria reforma sufrida en la LECrim por la LO 13/2015 para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, las intervenciones telefónicas pasan a ser contempladas en los arts. 588 bis. a) – 588 bis. k) los cuales contienen una previsión de las garantías generales que se deben respetar para la adopción de esta medida. El alcance de la intervención abarca: la comunicación en sí misma, la posición del terminal (588 ter. d) y los datos de la IP (588 ter. k).

Los prestadores de servicios tienen la obligación de colaborar con la autoridad (588 ter. e) y arts. 39 y siguientes de la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones y tanto la policía como el ministerio fiscal pueden requerirles la identificación de los titulares, terminales o dispositivos.

En cuanto al acceso de las partes a las grabaciones, dispone el art 588 ter. i) que una vez acabada la diligencia tendrán acceso a ellas en unas condiciones concretas. Ya que pueden existir datos privados de personas no investigadas o datos no relevantes, la LECrim otorga al juez la facultad de censurar esas partes (588 ter i) .1). Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en el apartado segundo (588 ter i). 2) las partes podrán solicitar la inclusión de de las copias que entiendan relevantes y que hayan sido excluidas, será el juez de instrucción el que decida sobre su incorporación o exclusión a la causa.

Finalmente el punto tercero (588 ter i). 3) obliga a notificar a las personas intervenidas la intervención realizada, trasladándosele si así lo solicitara una copia de la grabación o transcripción de dichas comunicaciones.

En palabras de NIEVA FENOLL, toda esta regulación es extraordinariamente restrictiva ya que permite intervenir comunicaciones prácticamente en cualquier supuesto de delito en el que se utilicen medios electrónicos. A pesar de que la reforma es relativamente reciente dice Nieva que es probable que la nueva normativa sea *papel mojado* gracias a la encriptación que las compañías de telecomunicación están

¹³ STS DE 14 de junio de 2014 (ECLI: ES:TS:2012:4016).

¹⁴ STS de 31 de octubre de 1994 intervenciones telefónicas.

desarrollando y que asegura la inviolabilidad de las comunicaciones mantenidas por los servicios de mensajería instantánea como WhatsApp¹⁵.

2.1.2. Entrada y registro en lugar cerrado:

Definición, previsión legal y supuestos:

Según el art 18.2 CE “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.”

Esta diligencia consiste en la entrada a un lugar cerrado para realizar un examen del mismo con el fin de hallar pruebas relacionadas con el delito cometido, así como para realizar las detenciones que se estimen oportunas. Su previsión legal se encuentra en los arts. 545 a 572 de la LECrim en cuanto al registro en lugar cerrado y en los arts. 573 a 578 en cuanto a lo que encontrado en el registro.

Las excepciones a la inviolabilidad del domicilio tienen carácter tasado y se recogen de forma expresa en el art 18.2 CE, se precisa por tanto:

Si existe consentimiento, expreso o tácito, del titular del domicilio, persona que efectivamente lo habite se procederá a la entrada. También si es acordado por resolución judicial en caso de que falte ese consentimiento.

Si no existe consentimiento ni resolución judicial y se da un caso de delito flagrante tal como lo define el art 795.2 LECrim “se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto (...)” también procederá la entrada.

Ya por último y acorde al art 553 LECrim, los agentes de policía podrán acceder de propia autoridad a la entrada de un domicilio para lograr la inmediata detención de una persona cuando contra ella media mandamiento de prisión, se refugie en alguna casa durante la persecución o cuando se trate de delitos con bandas armadas, terrorismo o rebeldes.

Estos casos deben ser interpretados de forma restrictiva y siempre que concurren los dos requisitos generales de sospecha fundada de delito y urgencia en la entrada o consentimiento del titular.

Se dará inmediata cuenta al juez de las causas que los motivaron y de los resultados obtenidos.

Como último apunte, debemos decir que el sujeto pasivo de la diligencia pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas con ciertas particularidades recogidas en la LECrim con respecto a:

- a. Palacios reales. (Art 554).
- b. Cámaras legislativas y Asambleas legislativas de las CC AA. (Art. 548).
- c. Embajadas. (Art. 559).
- d. Lugares de culto. (Art 549).

¹⁵ NIEVA FENOLL. J, *Derecho Procesal III. Proceso penal*. 1º Ed. Marcial Pons, Madrid 2017, p 210 “Ello hace que salvo que los delincuentes sean rematadamente estúpidos jamás utilizarán canales accesibles a las autoridades para sus comunicaciones”.

e. Buques extranjeros. (Art 561).

2.1.3. Conclusión y respuesta al caso:

¿Serían válidas las intervenciones y escuchas telefónicas en las sedes de las autoridades gallegas? :

En nuestro supuesto se especifica que ambas diligencias fueron hechas con las correspondientes resoluciones judiciales, lo cual significa que cumplen con ese requisito específico del art 588 ter d. *Solicitud de autorización judicial*, expuesto en los párrafos anteriores.

Con respecto al delito por causa del cual fueron adoptadas, debe tener una pena privativa de libertad de al menos 3 años. En nuestro caso las sospechas correspondían a la comisión de un delito de detención ilegal o secuestro, aunque debido a descubrimientos posteriores la calificación del hecho pudiera ser diferente, con su encuadre legal en el Capítulo Primero del Título IV del Código Penal: *De las detenciones ilegales y secuestros*, arts. del 163 al 168 que disponen una pena mínima de prisión de 4 años.

Podemos deducir que si el seguimiento de las comunicaciones telefónicas fue realizado observando los requisitos legales para ello fue válido.

¿Serían válidos los registros de la policía nacional en las sedes de las autoridades gallegas?

Tal como expusimos en la respuesta a la pregunta anterior, los registros fueron autorizados por la necesaria orden judicial; que existía una sospecha fundamentada de delito¹⁶ y que ese delito además era grave como es la continua desaparición de ciudadanos “no nacionales de Galicia”.

Cumple también con los requisitos del art. 546 LECrim “ser un edificio y lugar público” y para finalizar la Xunta, al ser la sede del órgano colegiado del gobierno de Galicia y no la Asamblea Legislativa gallega, no necesita autorización de su Presidente para proceder a la entrada.

Respondemos pues, de forma afirmativa a la pregunta anterior, el registro realizado sí que es válido.

2.2 ¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas?

En atención a lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, si las intervenciones telefónicas y el registro se hubieran hecho sin atención a la forma y requisitos previstos en la ley, todo lo obtenido mediante dichas diligencias debería ser declarado nulo.

Si la intervención es declarada nula la información que se obtenga de ella no podrá usarse como prueba de cargo ni podrá servir como base para apertura de nuevas diligencias.

¹⁶ STC 56/2003 de 24 de marzo, (ECLI: ES:TC:2003:56)

Invalida por tanto la diligencia en si, como todo lo obtenido gracias a ella.

Un ejemplo reflejo de lo expuesto es la sentencia del Tribunal Supremo de abril del 2017¹⁷

2.3 Analice las consecuencias penales de los hechos acaecidos en la ciudad de Ourense así como la Ley de Amnistía aprobada por el Estado español.

Los hechos a analizar son en concreto, un enfrentamiento, que se produce después de la declaración por parte del Presidente de la Xunta de la República Gallega y la consecuente reacción del Gobierno español, aplicando el art. 155 CE, declarando el estado de sitio en la en la Comunidad y mandando parte de las fuerzas armadas.

2.3.1. Estado de sitio: declaración y efectos:

Está contemplado en el art. 116.4 CE y desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio¹⁸. Se trata del tipo más grave de los tres previstos por lo que solo procede su declaración para casos de especial trascendencia, tales como actos de fuerza o insurrección contra la soberanía de España.

La declaración le compete al Congreso de los Diputados, que debe determinar las condiciones en las que se adopta, el ámbito territorial y duración a propuesta de Gobierno.

En cuanto a los efectos, estamos a lo dispuesto en el art. 55.1 CE, que ofrece un listado de los Derechos fundamentales que podrían llegar a ser suspendidos. Los afectados serían los recogidos en los artículos: 17, 18. 2 y 18.3, 19 y 20.1 a) y 20.1 d) y 20.5, 21 y 28.2 y el 37.2. Para el estado de sitio también es posible la restricción del 17.3, derecho del detenido a ser informado de los motivos de su detención.

Además, si consta en la declaración del Congreso, los delitos podrían ser juzgados por la jurisdicción militar cuyos procedimientos suelen ser más rigurosos que los de la jurisdicción ordinaria.¹⁹

Artículo 155: declaración y efectos

Supone un mecanismo de control subsidiario y extraordinario de la actividad de las CCAA para situaciones también extraordinarias que supongan, o bien un incumplimiento de las obligaciones que la CE impone a las CCAA o un atentado por parte de éstas al interés general de España. Por lo tanto es requisito ineludible que se de alguna de ellas.

¹⁷ STS 1991/2017 de 3 abril, (ECLI: ES:TS:2017:1191) “ (...) anuló las condenas por narcotráfico impuestas a tres tripulantes de un velero interceptado por la policía española con 1.000 kilos de cocaína, al declarar ilícitas las intervenciones telefónicas que se dieron al comienzo de la operación policial, y en consecuencia, a las pruebas testificales y periciales derivadas. Las escuchas habían sido declaradas nulas por la Audiencia Nacional porque carecían de los autos judiciales por las que debían ser autorizadas. A pesar de ello ambos acusados habían sido condenados a 10 años de prisión.

El Supremo sí consideró que la práctica de las pruebas testificales y periciales, incluido el registro del velero en el que se hallaron los paquetes de cocaína, derivó directamente de las intervenciones telefónicas declaradas nulas y por tanto tampoco eran sus resultados válidos”.

¹⁸ PASCUA MATEO.F, *Comentario al artículo 116*; CCGG Diciembre 2003 Actualizado por MIRANDA, MANUEL.L, Enero, 2018. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=116&tipo=2> [Fecha de consulta 7-6-2018].

¹⁹ SANTAOLALLA LÓPEZ. F *Derecho Constitucional*. 2ªEd, Dykinson S.L., Madrid, 2010.

Se deja en manos del Gobierno la valoración de la concurrencia de esas circunstancias. “Es, por tanto, el Gobierno, y solo el Gobierno, quien puede poner en marcha este instrumento y quien debe valorar, sin perjuicio de la posterior aprobación del Senado, si concurren las circunstancias que lo justifican”²⁰, a diferencia de lo que ocurre con el Estado de sitio, el artículo 155CE no está desarrollado por ninguna ley orgánica.

En cuanto a los efectos, el artículo 155, la constitución no se pronuncia de una manera taxativa y concreta sino que deja la cuestión un tanto abierta²¹.

Calificación de los hechos ocurridos en Ourense:

En orden a calificar los hechos haremos un breve análisis a los delitos de rebelión y sedición.

Delito de rebelión:

Tiene su encuadre dentro del art. 472 CP que lo define como un alzamiento público y con violencia para conseguir una serie de fines tales como derogar, suspender o modificar la Constitución o declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

El bien jurídico protegido que podemos deducir de la posición que le otorga el Código Penal en el Título XXI: Delitos contra la Constitución, es la estabilidad política del país.

El sujeto activo puede ser cualquiera, tanto civil como militar pero debe ser necesariamente plurisubjetivo de convergencia pues para que la conducta, el alzamiento público y violento, resulte idónea se requiere una pluralidad de personas mínimamente organizadas para conseguir el objetivo común.²²

Se trata de un delito de mera actividad y consumación anticipada, por tanto no necesario que se produzca ningún resultado para que se perfeccione, ya que se consuma por el simple hecho de la ocurrencia de un alzamiento violento y público.

Delito de sedición:

Recogido en el art.545 CP, Título XXII: Delitos contra el orden público, es tal como la define el Tribunal Supremo “una rebelión en pequeño, caracterizada por la menor entidad de los fines ilícitos perseguidos”²³. Igualmente en esta misma sentencia el Tribunal pone de manifiesto la diferencia que puede existir entre este tipo y el de rebelión “La única diferencia entre ambos es cuantitativa: la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar mientras que la sedición tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar.”

²⁰BACIGALUPO SAGESSE. M. *Comentario al artículo 155* Diciembre 2003 Actualizado por CODES MARÍA.J <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=155&tipo=2>

²¹ Recientemente el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite una demanda que posiblemente ayude concretar hasta qué punto el Gobierno puede, al amparo del artículo 155 de la Constitución, limitar la autonomía gubernativa y legislativa de una Comunidad Autónoma: “Una vez que el Gobierno llega a la conclusión de que concurren los requisitos materiales, (...), la Constitución le faculta para adoptar las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma correspondiente al cumplimiento forzoso de sus obligaciones o para la protección del interés general (...).”

²² Auto Penal Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, Sección 3, Rec 130/2015 de 21 de Diciembre de 2015 [ECLI: ES:AN:2015:242A].

²³ STS, Sala 2ª, de lo penal, 3 de julio 1991 (Tol 455704).

También el TS en otra sentencia, esta del 10 de octubre de 1980 enumera en una larga lista, los requisitos que se necesitan para que se produzca este delito, a saber: a) alzamiento dirigido contra el orden jurídico establecido, que ha de ser público, desordenado o en tropel; b) que pretenda conseguir sus fines de un modo violento e ilícito; c) el número de personas que ha de participar debe de ser plural; d) el sujeto pasivo puede ser muy variado, desde el Estado hasta las clases sociales y por último e) la finalidad perseguida no tiene porqué ser exigida explícitamente.²⁴

Debemos precisar ahora, algunos de los términos utilizados por el TS para acotar las conductas que podrían ser calificadas dentro de este tipo. En cuanto a la exigencia de que sea un “alzamiento tumultuario”, podríamos entender a falta de una descripción jurídica más detallada, que se trataría de un alboroto producido por la muchedumbre²⁵ sin embargo no se puede especificar el número de personas que debe componer dicha muchedumbre.

Dado que el bien jurídico protegido, tal como indica el Título XXII del CP es el orden público, y no existe un concreto titular del mismo, se entiende que debe de ser el Estado puesto que es el garante del nombrado orden.

Por tanto, estudiados ambos tipos y en base a los hechos ocurridos (un enfrentamiento entre la policía autonómica y el ejército) solo constituirían delitos de sedición o rebelión si persiguieran los fines arriba descritos. Para el primer caso el entorpecimiento del normal funcionamiento del Estado y para el segundo la destrucción del mismo, dado que la persecución de esos fines no queda acreditada los hechos no serían subsumibles en dichos tipos.

2.3.2. Aprobación de la ley de amnistía:

La amnistía es una manifestación de derecho de gracia que carece de una regulación concreta y desarrollo normativo. Aparece únicamente en dos puntos dentro del ordenamiento jurídico, el art. 666.4 LECrim, que la reconoce como artículo de previo pronunciamiento²⁶ y el art 66.i) CE dentro del derecho de gracia.

En cuanto a los efectos, la amnistía extingue no solo la pena sino el delito mismo, afecta a una pluralidad de personas, se establece por ley y en ella se habrá de prever cuál será su alcance civil. Por tanto no sólo exculpa, sino que, más aún, puede eliminar de raíz el acto sobre el que se proyecta la inculpación o la norma de la que la inculpación resulta.

La amnistía supondría, pues la extinción de toda responsabilidad penal por el hecho amnistiado, como si no hubiere existido nunca, por lo que desaparecerían también los antecedentes penales.²⁷

²⁴ STS, Sala de lo Penal, Sección 1, de 10 de Octubre de 1980 (Tol 2306673).

²⁵ Vid <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=tumultuario> .

²⁶ STS Nº 222/2002 SALA 2ª, de lo penal, 15 de mayo 2002: “serie de instituciones heterogéneas entre sí que (...) constituyen formas excepcionales de finalizar el proceso, en contraposición con el dictado de la sentencia subsiguiente al Plenario que sería su finalización normal”

²⁷ REQUEJO JUAN.L p.p 82, 83 y 84. Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español Historia Constitucional (revista electrónica), n. 2, 2001. <http://hc.rediris.es/02/index.html> (fecha de consulta 15-6-2018)

TERCERA CUESTIÓN:

3. En el marco de la operación “a purga do pobo”, analice la validez jurídica de las detenciones, así como las consecuencias penales del ejercicio de las mismas para los responsables de dicha operación. Califique la situación jurídica de las personas que habrían sido detenidas en contra de su voluntad en el marco de esta operación.

3.1. La detención:

3.1.1. La detención como medida cautelar personal:

Concepto y modalidades:

La detención como medida cautelar tiene su fundamento legal en los arts. 489 a 501 de la LECrim y consiste en la privación de libertad de un sujeto durante un breve período de tiempo con el fin de poner al detenido a disposición judicial.

Existen 3 modalidades diferentes de detención regulados en los arts. 490 a 492 de la LECrim:

- a. Detención por particulares: se trata de una facultad que asiste a cualquier persona para privar de libertad a otra si concurre alguno de los supuestos del art. 490 LECrim que se pueden resumir en dos, en caso de delito flagrante y en caso de fuga o rebeldía del detenido, preso o condenado.
- b. Detención policial: se trata de la obligación que recae sobre la Autoridad o sobre el agente de la Policía Judicial, de detener a todos aquellos sujetos y en las situaciones previstas en el art. 492 LECrim.
- c. Detención ordenada por el Ministerio Fiscal: conforme el art. 5.2 EOMF para los supuestos en que pueda practicar diligencias de investigación.

Las notas características de la detención como medida precautelar son:

- 1) Instrumentalidad: depende de la existencia de una causa penal que puede ser presente o futura.
- 2) Provisionalidad: susceptible de cambios y variaciones desde el momento en el que es acordada.
- 3) Temporalidad: tiene una duración breve y determinada.
- 4) Jurisdiccionalidad: debe ser autorizada por un juez de instrucción si bien esta regla tiene excepciones desde el momento en el que se le permite a un particular llevar a cabo una detención siempre, eso sí, con la observancia de los requisitos legales dispuestos para ello.

Duración de la detención:

Existen diversas previsiones en lo que a plazos se refiere dependiendo del tipo de detención de la que se trata y el sujeto activo que la lleve a cabo.

El art. 520.1 de la LECrim dispone “*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*”. El art. 496 del mismo cuerpo legal prevé un límite de 24 horas y como tope máximo la Constitución establece 72 horas en su art. 17.2.

Hasta aquí la aproximación y contextualización de la privación de libertad con cobertura legal. Entramos ahora en el estudio del delito de detención ilegal.

3.1.2. Tipos de detención:

Delito de detención ilegal:

Concepto y regulación legal:

El delito de detención ilegal está contenido dentro del Título VI del CP “Delitos contra la libertad” Capítulo I “De las detenciones ilegales y secuestros” artículos del 163 al 168 reservando el art. 163.1º para el tipo básico.

El bien jurídico protegido por el delito de detenciones ilegales es la libertad ambulatoria definida por CÓRDOBA RODA como la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico y la libertad entendida en su sentido jurídico: La libertad que reconoce el ordenamiento jurídico, como base del sistema político en torno al cual se organiza el Estado (...) se concreta en una serie de derecho fundamentales que no son sino proyecciones concretas de una idea de libertad genérica en un momento determinado (...) ²⁸ en palabras de POLAINO NAVARRETE.

Detención ilegal de particular. Tipos:

Tipo básico: Regulación legal: Contemplado tal como dijimos más arriba en el art. 163. 1º CP que cubre aquella conducta punible en la que un particular encierra o detiene a otro privándole de su libertad, lleva aparejada una pena de prisión de hasta seis años. Tal como ha indicado la jurisprudencia “supone la privación de la libre deambulación, ya se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto” ²⁹. Se consume desde el momento en el que se priva de libertad al sujeto, dice la jurisprudencia que es un delito de consumación instantánea ³⁰

Tipo privilegiado: Contemplado en el art 163.2º rebaja la pena en caso de liberación temprana del detenido. En opinión de la jurisprudencia la rebaja está fundamentada en el arrepentimiento espontáneo que requiere la concurrencia de dos requisitos: que se libere a los detenidos dentro de los tres días de su detención y que se haga por voluntad del culpable ³¹

Tipo cualificado: Recogido en el art 163.3º se trata de una agravación que tiene lugar por lo prolongado de la detención. El tiempo a computar empieza a contarse desde el momento mismo en el que se hubiera producido la consumación del delito.

Tipo privilegiado, excesos en la detención practicada por un particular: Del art. 163.4º, para los casos que es un particular el que realiza la detención, fuera de los casos permitidos por la. De una interpretación a sensu contrario podemos extraer que si concurren supuestos habilitantes para detener, la conducta será atípica. ³² Este precepto debe de ser puesto en relación con los art. 490 y 496 LECrim ³³.

²⁸ MORILLAS CUEVAS.L. *Sistema de derecho penal parte especial*. 2ª Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2017 p.133.

²⁹ SSTS 13 de febrero de 1991 / 20 de enero de 2009

³⁰ STS 27 de diciembre de 2004 (Tol 654826)

³¹ GONZALEZ CUSSAC J.L. *Derecho penal parte especial*.5ª Ed, Tirant lo Blanch. Madrid p 139

³² GONZALEZ CUSSAC J.L. *Derecho penal parte especial. op., cit* p 139.

³³ **Artículo 490:** Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.2.º Al delincuente in fraganti.3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

Tipo cualificado. Secuestro condicional: Del art. 164CP: regula los casos de secuestro de una persona y se exige alguna condición para su puesta en libertad.

Tiene su origen en la “ley antiterrorista”³⁴ y actualmente basta con pedir cualquier condición, que por lo general suele consistir en una cantidad de dinero, aunque no se exige que la condición beneficie al sujeto activo del delito. Basta con que haya una conexión entre su solicitud y la libertad del sujeto pasivo.

Tipo cualificado por simular ejercicio de función pública o por especiales circunstancias de la víctima: Del art. 165 CP: pena la simulación de autoridad o que la víctima fuera menor de edad, persona con discapacidad o funcionario en público en el ejercicio de sus funciones. La primera cualificación, simulación de autoridad pública, se basa en que mediante dicha simulación aumenta la facilidad comisiva así como la posible impunidad del delito. En el segundo caso la agravación se hace en función de quien ocupa la posición de sujeto pasivo, se produce si es un menor de edad (menos de 18 años) o si es un funcionario público en el ejercicio de sus funciones

Tipo cualificado por privación de libertad indefinida: Del art. 166 CP modificado por la LO 1/2015, consta de dos apartados siendo el primero el destinado para regular la conducta básica, art. 166.1 CP que conlleva una pena de prisión de veinte años .

Para tratar de entender la altísima pena fruto de la última reforma habría que buscarle justificación en un sistema penal progresivo que aumenta la pena en función del tiempo que dure la detención ilegal o podría tratarse de una política criminal expresiva del populismo punitivo, sustentada en la severidad extrema y la disminución de las garantías procesales³⁵

El segundo, llamado el tipo hiperagravado cuyo fundamento reside en el propósito del autor del delito está recogido en el art. 166. 2 CP, cuando la víctima sea menor de edad o tenga alguna discapacidad o que el autor tuviera la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, la pena es de hasta un tope de 25 años es caso de secuestro.

Tipo cualificado por especiales características del sujeto activo y de las condiciones. Este precepto ha sufrido modificaciones por la LO 5/2015 a raíz de las recomendaciones hechas por organismos internacionales.

El sujeto activo debe ser autoridad o funcionario a tenor del art. 167.1 Así, el ordenamiento jurídico vincula de forma especial el ejercicio de la labor pública con la defensa de la libertad, casi identificándola con la labor de garante³⁶. Parece claro, pues que la posición de sujeto activo solo puede ser ocupada por la autoridad y funcionario público en atención al art. 24 CP.

Condiciones: desaparición forzada, del art. 167.2 CP: castiga de la misma forma a: los sujetos reconocidos en los siguientes apartados:

Artículo 496: “El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas.”

³⁴ Ley 82/1978 de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo.

³⁵ GONZALEZ CUSSAC J.L .*Derecho penal parte especial*. cit., p 232

³⁶ STC 155/2002 y STC 14 de abril 2005 (Tol 648789)

a) El funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acuerde, la privación de libertad de cualquiera y que no reconozca u oculte su paradero. Que se trate de un funcionario convierte al delito en especial³⁷

b) El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades. Podemos entender entonces que lo que sanciona el precepto es la intervención estatal en la detención ilegal.

c) Pena de inhabilitación absoluta: del 163.3 CP introducido por la reforma de 2015 contiene una pena de 8 a 12 años aplicables a los apartados anteriores.

3.1.3. Delitos contra la comunidad internacional:

Delito de lesa humanidad y delito de genocidio:

Introducción:

Tiene el encuadre legal dentro de ordenamiento español en el Código Penal, en el Título XXIV Delitos contra la Comunidad Internacional arts. 606 y 607. Hablamos de delitos que engloban conductas por supuesto delictivas pero que además conllevan unas consecuencias tan lesivas que no solo ponen en peligro la estructura social de un Estado sino que afectan a todo el conjunto de la humanidad³⁸

Se consideran delitos dentro de este tipo los que el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 por el que se crea la Corte Penal Internacional, nombra en su art. 5:

- a) El crimen de genocidio.
- b) Los crímenes de lesa humanidad.
- c) Los crímenes de guerra.
- d) El crimen de agresión.

En este trabajo nos vamos a limitar a estudiar los delitos de lesa humanidad y genocidio por ser los que se acercan más a lo ocurrido en nuestro supuesto. Como apunte cabe decir que ambos son delitos que no prescriben.³⁹

Delito de genocidio:

Aunque en realidad es un delito contra la humanidad, el Tribunal de Núremberg le otorgó cierta autonomía por su vital trascendencia, especialmente en aquella época cuando acababa de finalizar la Segunda Guerra Mundial.⁴⁰

Supone un conjunto de acciones encaminadas a destruir un grupo humano por sus características idiosincrásicas que más le identifican, tradicionalmente reflejadas en su origen racial, étnico, nacional o religioso.

El bien jurídico protegido va a ser, por tanto, no solo los derechos individuales de cada una de estas personas sino la existencia del grupo que las reúne⁴¹. Alicia Gil Gil

³⁷ MARTIN GOMEZ. V, *Tesis de los Delitos Especiales*, Universitat de Barcelona, 2003, p. 3: Delito especial es aquel que requiere, para poder ser autor, una específica cualificación en el agente.

³⁸ GONZALEZ CUSSAC. J.L Derecho Penal Parte Especial. Ed 5ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.pp 789-791.

³⁹ Artículo 135 CP: 3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio (...), no prescribirán en ningún caso.

⁴⁰ SÁNCHEZ REVERTE. R *Referencia al crimen de genocidio*, Revista de Estudios Jurídicos nº 16/2016 ISSN-e 2340-5066. Universidad de Jaén pp 4-6.

señala que lo protegido por el tipo de genocidio es la existencia de determinados grupos humanos ya que se trataría de un bien jurídico supra individual cuyo titular no sería nunca la persona física sino el grupo como colectividad⁴².

Se clasifica como un delito doloso, ya que lo que lo caracteriza es el ánimo existente de hacer desaparecer a un grupo de personas.

En nuestro ordenamiento viene previsto en el art. 607 CP que adopta la tipificación hecha en el Convenio internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre 1948, aprobado tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

El 607CP dispone una serie de conductas que serán consideradas genocidio si fueran cometidas con la intención antes mencionada, de hacer desaparecer a un grupo humano, no obstante, la amplitud con que se describen las conductas típicas exige una necesaria interpretación restrictiva, de modo que siempre quede claro el propósito de destrucción total o parcial del grupo⁴³.

Delito de lesa humanidad:

Recogido en el art. 607 CP lo define como la realización de una serie de actos muy graves, tipificados en el apartado segundo y que constituye un ataque generalizado contra la población civil o una parte de ella⁴⁴.

El tipo objetivo está compuesto por dos elementos: de un lado la comisión de delito comunes y de otro que sean realizados como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil⁴⁵. Así pues se diferencia del delito de genocidio en el bien jurídico protegido que pasa a ser aquí, el respeto a las formas de convivencia de la sociedad civil frente a campañas de agresión, discriminación y hostigamiento de otros grupos organizados y con cierta estructura de poder⁴⁶.

Las acciones que configuran este delito aparecen en el art. 607.2CP y son: violación, lesiones, traslado forzoso, forzar el embarazo a mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, desaparición y detención forzosa, torturas o prostitución y esclavitud⁴⁷.

⁴¹ GONZALEZ CUSSAC. J.L *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 792

⁴² GIL GIL. A. *Los crímenes contra la humanidad en la Corte Penal internacional*. Revista de Derecho Penal. Delitos contra las personas. 2003.

⁴³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. <https://app.vlex.com/#vid/delitos-genocidio-583524710> pp 1103-1105.

⁴⁴ El artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma define tal concepto de la siguiente manera: "Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".

⁴⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal español", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, El Derecho Penal Internacional*, 2001, pp. 19-20.

⁴⁶ GARCÍA SÁNCHEZ.B Los crímenes de lesa humanidad: una nueva modalidad delictiva en el código penal de 1995. Pp 33-76 <https://app.vlex.com/#vid/crimenes-lesa-humanidad-modalidad-delictiva-323908> [fecha de consulta 19-06-2018]

⁴⁷ "Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos."

En España la Audiencia Nacional, basándose en el principio de justicia universal enjuició el caso Scilingo en 2005 por los hechos ocurridos durante “la lucha contra la subversión” calificándolos de lesa humanidad⁴⁸.

Delito de terrorismo:

Recogido en el art. 573CP en el que enumera una serie de conductas típicas que serán consideradas actos de terrorismo si se llevaran a cabo con la finalidad expuesta en el propio artículo: subvertir el orden constitucional o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o provocar un estado de terror en la población o en parte de ella.

Es una redacción hecha de acuerdo a la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, que es su artículo 3 que contiene una enumeración bastante exhaustiva, Es una lista de diez delitos clasificados de a) a la j), que de realizarse con el fin que dispone el apartado segundo del mismo artículo, se considerarían terrorismo⁴⁹.

Es la misma directiva pero en su art. 2 la que ofrece una concreta definición de grupo terrorista “como toda organización estructurada de más de dos personas establecida por cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo; entendiéndose por «organización estructurada»: una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el

⁴⁸ La Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril, núm. 16/2005 La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española calificó los hechos cometidos como constitutivos de un delito de lesa humanidad del art. 607 bis) C.P con la causación de muerte de treinta personas, detención ilegal y tortura. Se apreció la producción de un único delito de lesa humanidad pero con el resultado de treinta muertes con alevosía (art. 139 CP). Un delito de detención ilegal en el que intervino personalmente el acusado, y otro de torturas, referidas a aquella en las que quiso estar presente. El número de víctimas se sitúa en torno a las 30.000.

⁴⁹ 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2: a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c); j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i). 2. Los fines a que se refiere el apartado 1 son los siguientes: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional.

que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada”. Me parecen tremendamente útil la fijación que hace la propia definición sobre lo que debe entenderse por “organización estructurada”, la conformada por un mínimo de dos personas y no formada de forma espontánea.

3.1.3. Conclusión y respuesta al caso:

En nuestro supuesto son detenidas y parece que torturadas casi 500 personas “no nacionales”, en un marco social de lucha por la independencia de Galicia, en medio de fuertes trifulcas políticas y sociales, se desconoce el autor de dichas detenciones aunque sabemos que colabora el grupo por independencia TerraLibre. Así las cosas, la conducta parece subsumible tanto en el delito de terrorismo como el de lesa humanidad, ambos expuestos en el párrafo anterior.

Lo controvertido del caso es determinar qué tipo se ajusta más a los hechos que se nos describen, para ello vamos a estudiar su conducta típica y su finalidad.

Los “no nacionales” fueron detenidos y torturados, ambas son conductas que incurren en delitos contra la libertad y contra la integridad física y moral, dado el contexto en el que fueron hechos se da a entender que la finalidad podría ser subvertir el orden constitucional o provocar un estado de terror en una parte de la población, en este caso los ciudadanos no gallegos residentes en Galicia. Si damos estas afirmaciones por buenas, los responsables tendrían que responder por un delito de terrorismo.

De otro lado tenemos los delitos de lesa humanidad o el de genocidio, descartaría este último porque requiere que la finalidad de la conducta sea la exterminación del grupo de personas y en nuestro caso desconocemos el paradero de algunas, lo que no quiere decir que se les haya dado muerte y otras han aparecido con signos de tortura pero no se ve de forma clara el afán de exterminio.

Podría ser quizás, subsumible en un delito de lesa humanidad, que requiere que la conducta sea la misma que en el genocidio, ya explicada en los párrafos superiores pero como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella y contiene una previsión para el caso de que se torture a los miembros en el 607.2^a.8^o, cosa que si que pasa en el supuesto. También sería posible encajar los hechos que nos ocupan en este tipo.

El caso se resolvería una vez conocida la finalidad con la que se realizan las detenciones. Si fueran con el objeto de desestabilizar al Gobierno o cambiar el orden constitucional sería un delito de terrorismo.

Si se hicieron para la persecución de los “no nacionales” por motivos políticos, se trataría de un delito de lesa humanidad, castigado con pena de 4 a 8 años de prisión a tenor del 607.2.8^o y la pena superior si se cometen sobre menores de edad para el caso de torturas y hasta pena de prisión permanente revisable si causaren la muerte de alguno de los detenidos: 607.2.1^o

Para el caso de terrorismo el art. 573 bis 1. 4^a se contempla penas de prisión de entre 10 y 15 años a los que causen lesiones, detengan ilegalmente, amenacen o coaccionen.

CUARTA CUESTIÓN:

4. Analice la ley de referéndum gallego, así como la independencia de la Comunidad Autónoma desde una perspectiva constitucional. Realice un análisis comparado con la normativa vigente en otros Estados. ¿Sería válida la proclamación de que Galicia seguiría formando parte de las OOI de las que formaba parte España con anterioridad? Respecto a la respuesta de España ¿Es correcta la aplicación del artículo 155 de la CE?

4.1. Analice la ley de referéndum gallego, así como la independencia de la Comunidad Autónoma desde una perspectiva constitucional.

4.1.1. Referéndum

Concepción y previsión legal:

La rae lo define como un procedimiento por el que se someten al voto popular leyes o decisiones políticas con carácter decisorio o consultivo.

El Tribunal Constitucional por su parte la define como un instrumento de participación directa y política; más en concreto, es una especie del género "consulta popular" con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral respecto de asuntos públicos propios del artículo 23 de la Constitución, y que se sustancia a través del correspondiente proceso electoral⁵⁰.

En la misma sentencia establece los requisitos procedimentales para que una consulta tenga la consideración de referéndum: (1) que el sujeto consultado sea el cuerpo electoral entendido como todos los ciudadanos; (2) que se conforme y se exteriorice como un procedimiento electoral; y (3) que cuente con garantías jurisdiccionales específicas.⁵¹ Y así aparece expresamente recogido en el art. 92 CE.

El desarrollo legislativo del precepto se encuentra en la Ley Orgánica 2/1980 del 18 de enero, dedicada a regular las distintas modalidades de referéndum.

También en la sentencia 103/2008 de 11 de septiembre se pronuncia el alto tribunal sobre la naturaleza de esta ley expresando que es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución⁵², siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32ª CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE⁵³.

Es interesante para nuestro caso, la restricción que el art. 4 dispone, por la cual se suspende la celebración de un referéndum en cualquiera de sus modalidades, durante la vigencia del estado de sitio o excepción en alguno de los territorios en los que se realiza la consulta.

⁵⁰ STC 103/2008, de 11 de septiembre de 2008. FJ 2 (ECLI:ES:TC:1008:103).

⁵¹ <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/187/308> [Fecha de consulta 7-6-2018]

⁵² STC 103/2008 de 11 de septiembre FJ 2. Recurso de inconstitucionalidad: Nº 5707-2008.

⁵³ GUTIERREZ VICEN. C., Comentario al artículo 92, Diciembre 2003, actualizado por GONZÁLEZ ESCUDERO.A en enero de 2011. Disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=92&tipo=2> [Fecha de consulta 7-6-2018]

Prohíbe igualmente que se realice en los 90 días siguientes al levantamiento de la medida y establece que de estar ya convocado quedará suspendida su celebración.

Procedimiento consultivo:

Autorizar la convocatoria de un referéndum es una competencia exclusiva del Estado tal como lo dispone el art. 149.1. 32°. Una vez concedida la autorización, procede la convocatoria que le corresponde al Rey mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente.

El Real Decreto de convocatoria debe contener el texto íntegro de la decisión objeto de consulta; la pregunta o preguntas a que ha de responder el cuerpo electoral convocado; y la fecha en que haya de celebrarse la votación que deberá producirse entre los treinta y los ciento veinte días posteriores a la publicación del Decreto.

¿Es delito la convocatoria de un referéndum sin autorización?

Lo fue en el 2003 al introducirse en el CP el art. 506 bis que castigaba con penas de tres a cinco años de prisión e inhabilitación a la autoridad que convocara procesos electorales o consultas populares por vía de referéndum. Pero la disposición fue recurrida y anulada en 2011.

Por tanto de acuerdo con lo dicho y en relación al art 1.1 CP: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”, la convocatoria de referéndum no constituye delito alguno”

4.1.2. Independencia de una CCAA:

Dispone el art. 2 CE que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”.

El constituyente optó por un Estado compuesto, dotado de una amplia descentralización política mediante el reconocimiento del derecho a la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que doctrinalmente se ha denominado "Estado autonómico". El ejercicio de este derecho se articula mediante la aprobación de un Estatuto de Autonomía, por los procedimientos previstos en el Título VIII.

En cuanto a la posibilidad de que se recoja en la Constitución el derecho de autodeterminación de las CCAA y mediante una interpretación *a fortiori* del art. 145.1 CE podemos deducir que si la Constitución prohíbe a las Comunidades federarse, ser Estados dentro de otro Estado y conseguir con ello un alto grado de autonomía, con más razón prohibirá que se independicen, ya que supondría llegar al grado máximo de autonomía. No es por tanto una posibilidad válida.

4.1.3. Conclusión y respuesta al caso:

Tras estudiar los aspectos relativos a los referéndums y a la independencia de las CCAA en España parece claro que la secesión unilateral no tiene cabida en nuestra Constitución y así lo deja patente el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/2017 Recurso de inconstitucionalidad 4386-2017 interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, denominada «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República»⁵⁴. Mediante la que pretendían proclamar la República de Cataluña.

⁵⁴ STC 114/2017 de 17 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TC:2017:124)

Tampoco es válida la Ley de referéndum ya que al disponer que solo pueden votar los ciudadanos gallegos está incumpliendo el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum que exige la participación por sufragio universal. Y si bien es cierto que el art. 92 CE permite la convocatoria de referéndums, para celebrarlo habría que solicitar su convocatoria al Presidente del Gobierno por ser una competencia de reserva estatal o solicitar la atribución de la misma a la Comunidad Autónoma por vía del 150.1CE.

Este procedimiento no fue respetado por el Presidente gallego por lo tanto carece de validez.

4.2. ¿Sería válida la proclamación de que Galicia seguiría formando parte de las OOH de las que formaba parte España con anterioridad?

4.2.1. Derecho de secesión:

Definición y previsión legal internacional:

Proceso político por el que un territorio y sus habitantes se separan, o intentan separarse, de un Estado, con la intención de constituir una entidad estatal autónoma.⁵⁵

Regulación internacional:

La primera norma internacional sobre libre determinación fue la Resolución 1514 de 1960 cuya importancia radica en que fue declarada con valor de derecho consuetudinario, obligatorio y universal, por la Corte Internacional de Justicia. Y es el propio texto el que impone un límite al derecho de autodeterminación en su párrafo sexto que es “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de la Naciones Unidas”. Así pues la libre determinación no es una excusa para romper la unidad nacional actual de los Estados.

“Es la resolución 2625,(...) norma central en Derecho Internacional para la Corte Internacional de Justicia la que proclama de nuevo aquel límite: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que (...) estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color”⁵⁶.

4.2.2. Normativa vigente en otros Estados:

Para que una región proclame su independencia necesita reunir unas condiciones mínimas: territorio, población, soberanía y ser reconocida por otros países y organizaciones internacionales.

En palabras de CARRILLO SALCEDO «el Derecho internacional contemporáneo no reconoce este pretendido derecho a decidir unilateralmente la secesión» salvo en Liechtenstein, Etiopía y San Cristóbal y Nieves. Ha sido negada por los Tribunales Supremos de países tan descentralizados como Canadá o Estados Unidos.⁵⁷

⁵⁵ <http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=478> [Fecha de consulta 12 de junio de 2018]

⁵⁶ <http://aracelimangasmartin.com/derecho-internacional-fundamento-la-secesion-cataluna> Autor: Araceli Mangas Martín. [Fecha de consulta 13 de junio de 2018]

⁵⁷ <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48151/45034>. [Fecha de consulta 13 de junio de 2018].

Hacemos una aproximación para estudiar lo que disponen las Constituciones de otros países en relación al tema que tratamos: las Constituciones de: Francia, Italia, Alemania, Noruega, Suiza, Bulgaria, Lituania, Estonia, Brasil, Rusia, Perú y Corte Suprema de Estados Unidos proclama la indivisibilidad de nación y prohíben en su articulado la posibilidad que alguno de sus territorios se independice⁵⁸.

Experiencias previas de aplicación del derecho de autodeterminación:

La noción de declaración unilateral de independencia se introdujo formalmente en el derecho internacional cuando Rodesia, la actual Zimbabue, se declaró independiente del Reino Unido en 1965. Ni la corona británica ni la ONU reconocieron la independencia de la región hasta 1980. Pero hubo otras regiones que se sometieron a ese proceso:

- Somalilandia se declaró independiente de Somalia en 1991, después de una guerra civil. Esta región de África posee una Constitución propia, así como un gobierno elegido democráticamente según observadores internacionales, si bien no es reconocida como Estado soberano por ningún país.
- Tras la disolución de la Unión Soviética en 1991, Georgia se convirtió en un Estado independiente.
- En 2008, el Parlamento de Kosovo proclamó la independencia con respecto a Serbia de forma unilateral. Actualmente, la comunidad internacional continúa dividida sobre el reconocimiento internacional de Kosovo: 111 países, entre los que no está España, reconocen oficialmente su independencia.⁵⁹

Quebec realizó dos referéndums hasta la fecha, el primero en 1980 y el segundo en 1995 en ambos ganó el no aunque por un escaso margen de diferencia. Hubo un tercer intento en 1998 pero Gobierno canadiense decidió someterlo a consulta de la Corte Suprema que determinó en su sentencia que debía realizarse de manera pactada con el Estado central lo cual impidió a los independentistas convocarlo por su cuenta⁶⁰.

El caso más reciente de referéndum legal es el de Escocia en 2014 cuando tras un acuerdo entre los Gobiernos escocés e inglés los ciudadanos convocados debían responder con un *si* o un *no* a la pregunta “¿Debería Escocia ser un país independiente?” en este caso la respuesta ganadora fue la negativa.

4.2.3. ¿Seguiría Galicia, formando parte de las OO II de las que formaba España?

Sucesión de Estados:

Si las transformaciones sufridas por un Estado dan lugar a otro Estado se produce lo que se llama sucesión de estados, expresión por la que cabe entender la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio. Así lo dispone el art. 2.1 b) de la Convención de 1978 y posteriormente el art. 2 a) de la convención de 1983.⁶¹

⁵⁸ Vid https://politica.elpais.com/politica/2017/09/16/actualidad/1505570870_834567.html. [Fecha de consulta 13 de junio de 2018].

⁵⁹ Vid <http://www.europapress.es/nacional/noticia-declaracion-unilateral-independencia-dui-dice-derecho-internacional-20171004170022.html> [Fecha de consulta 16 de junio].

⁶⁰ Supreme Court of Judgments, 1999-08-20, report [1998] 2 SCR 217.

⁶¹ SAÉNZ DE SANTA MARÍA. P. A. *Sistema de Derecho Internacional Público*, Ed 4º Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016.

Existen cuatro categorías: Sucesión respecto de una parte del territorio; Estados de reciente independencia; Unificación y por último la Separación. La convención de 1983 añade una quinta categoría: la disolución.

Sucesión de Estados en materia de tratados:

El articulado de la Convención de 1978 no ofrece una regulación unívoca sino que difiere en función del tipo de sucesión del que se trate.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que:

- Si se trata de una declaración unilateral de independencia, se debe garantizar el principio de continuidad de los tratados internacionales, y por tanto, que el país del que una región busca separarse seguiría suscrito a los tratados internacionales firmados, incluyendo la pertenencia a instituciones como la ONU o la Unión Europea.
- En el supuesto de una declaración unilateral de independencia que contraviniera el derecho Internacional, la región que declara unilateralmente su independencia no podría ser ni Estado miembro de pleno derecho ni tampoco Estado observador de Naciones Unidas.
- Y fue en 2013 cuando la portavoz de la Comisión Europea Pia Ahrenkilde, afirmó que si un territorio de la Unión Europea se independizara de un Estado miembro, dejaría también de formar parte de la Unión Europea: "Un Estado independiente será, por efecto de su independencia, un estado tercero respecto a la Unión Europea y los tratados no serán aplicables en su territorio desde el día de su independencia"⁶².

4.2.4. Conclusión y respuesta:

En vista de lo estudiado, es una evidencia decir que ni en la CE ni en el derecho internacional se recoge una declaración unilateral de independencia en la que se le respeta, a la región que se quiere independizar unilateralmente, la situación que ocupaba en el ordenamiento internacional, el país que pretende "abandonar". Galicia sería excluida de todas las organizaciones de las que forma parte España y es difícil creer que la comunidad internacional fuera a considerar nuestra nación como Estado independiente.

4.3 ¿Es correcta la aplicación del artículo 155 de la CE?

4.3.1. Art. 155 CE:

1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.
2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

⁶² <http://www.europapress.es/nacional/noticia-declaracion-unilateral-independencia-dui-dice-derecho-internacional-20171004170022.html>. [Fecha de consulta 11 de junio de 2018]

El artículo mencionado contiene la previsión de una medida de control de la actividad de las CCAA de carácter excepcional y que solo debe utilizarse en situaciones igualmente excepcionales. La redacción del precepto requiere que la Comunidad Autónoma o bien no cumpla las obligaciones que la Constitución u otras leyes le imponen o bien que actúe de forma que atente gravemente contra el interés general de España.

Si concurren estos requisitos, el Gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del interés general. Es por tanto, un instrumento de carácter coercitivo y que supone el control político de las comunidades autónomas por parte del Estado.

La problemática que levanta la redacción de este artículo es que no especifica qué medidas se pueden o no adoptar sino que le otorga al Estado un excesivo margen de actuación al Gobierno que podrá desde controlar las finanzas hasta ordenar la disolución del Parlamento autonómico.

Es obligatorio recordar que no es el Gobierno de forma unilateral el que puede decidir la adopción de la medida, sino que necesita la aprobación de la misma por mayoría absoluta del Senado.

En un artículo de 1999 de GIL ROBLES acerca de la finalidad del art. 155 CE, sostuvo que "no es privar de su competencia a la Comunidad Autónoma, sino compelerle a que la utilice de acuerdo a la Constitución y a las leyes" ⁶³

4.3.2. Conclusión y respuesta al caso:

Dada la gravedad de los sucesos acontecidos en Galicia y que concurren las circunstancias que ameritan la adopción de este instrumento extremo, podríamos contestar que si, la activación del art 155 CP es correcta.

Sin embargo, y dado que en nuestro supuesto falta el trámite imperativo del consenso, por mayoría absoluta, del Senado y por tanto el Gobierno no actúa de manera legitimada.

QUINTA CUESTIÓN:

5. Analice la condición de asilado del ex presidente de la Xunta de Galicia, y los procedimientos existentes para pedir su extradición desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

5.1. Analice la condición de asilado del ex presidente de la Xunta de Galicia

La competencia del Estado sobre sus nacionales en el extranjero:

El poder del Estado sobre sus nacionales se ejerce de forma plena mientras se encuentren dentro de los límites de su territorio. Sin embargo, cuando dichos nacionales se encuentran en el extranjero, no puede hacer ejecutar sus actos sobre los mismos sin el consentimiento del Estado en el que se encuentren. Dicho lo cual, es frecuente que entre los Estados se firmen acuerdos bilaterales o regionales, mediante los que procuran que sus nacionales tengan un trato ventajoso, ya sea en cuestiones comerciales, migratorias o de navegación.

⁶³ GIL ROBLE.J.M, pags 501-520. Artículo 155: El control extraordinario de las Comunidades Autónomas, pp 501-520. Disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/control-extraordinario-comunidades-autonomas-339030> [Fecha de consulta 12 de junio de 2018].

Normas aplicables a los extranjeros:

Es competencia exclusiva de los Estados regular los derechos y deberes de los extranjeros en su territorio. Los extranjeros están, en principio, sometidos al Derecho interno del Estado en cuyo territorio se encuentran de forma ocasional o permanente, deben obedecer por tanto las normas relativas al orden interno y las especiales normas administrativas y económicas que regulen el régimen de los extranjeros en ese país, como pueden ser la obligación de tener un pasaporte o las limitaciones para comprar propiedades.

Sin embargo el Derecho Internacional impone una serie de límites a esta competencia exclusiva:

- Las derivadas de los tratados internacionales de los que el Estado en cuestión sea parte.
- “Standard minimum” internacional que supone la protección de los derechos más fundamentales de los seres humanos tales como, la vida, a no ser torturado o el libre acceso a los Tribunales.

5.1.1. Asilo:

Introducción:

El asilo como institución jurídica tiene una finalidad protectora del individuo que ha podido ser víctima de violaciones de derechos o, de aquél que puede llegar a serlo por diferentes motivos. Los Estados adquieren un compromiso firme de dar acogida a aquellas personas que lleguen a su territorio con temores fundados acerca de las consecuencias que puedan sufrir en su país de origen.⁶⁴

Tipos de asilo:

1. Asilo territorial: “aquella protección que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas que llegan a él perseguidas por motivos políticos y cuya vida o libertad se encuentran en peligro en el Estado de procedencia”⁶⁵.
2. Asilo diplomático: es un tipo de asilo sólo circunscrito al ámbito regional latinoamericano, no se aplicaría a otros Estados que a los de dicha región y que, además, sean parte de los tratados internacionales sobre la materia o resulten obligados por la costumbre internacional.
3. Asilo neutral: es una modalidad de asilo territorial que es concedida en período de guerra por un Estado neutral a miembros de Fuerzas Armadas de los Estados beligerantes que buscan refugio en su territorio.

Previsión legal:

- Normativa internacional: todavía no cuenta con un tratado internacional, sin embargo se regula a través de costumbres internacionales que, como sabemos, constituyen una fuente de derecho internacional.
- Normativa regional: es la que surge del acuerdo voluntario entre diversos Estados. Los más relevantes son:

⁶⁴ PASTOR RIDRUEJO, J.A, Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 19ª Ed. Tecnos, Madrid, 2015, p 254.

⁶⁵ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª Ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 606.

- Asilo diplomático en la comunidad latinoamericana, basado en costumbre y también en tratados internacionales.
- La regulación existente en el seno de la Unión Europea.
- Normativa nacional: en España lo recoge la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

5.2. Conclusión y respuesta al caso:

El asilo es una figura creada para los casos en los que un individuo haya visto violados sus derechos o esté en peligro de que la violación se produzca, sin embargo, en nuestro caso no parece que el Presidente hay sido objeto de tales violaciones por lo que no necesitaría ser asilado en ningún país. Si se le llegara a encausar por lo sucedido en Galicia su condición sería de fugado de la justicia y no de asilado.

5.2 Procedimientos existentes para pedir la extradición desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

Como apunte aclaratorio debo explicar que los procedimientos aquí descritos son los contemplados dentro del ámbito del Derecho Internacional Público.

5.2.1. Extradición.

Definición y clases:

Es el procedimiento jurídico mediante el cual, en el marco de la cooperación jurídica internacional, un sujeto acusado o condenado por una conducta considerada como delito por la ley de un Estado es detenida en otro Estado y este lo pone a disposición del primero para ser enjuiciado o para que cumpla la pena ya impuesta.⁶⁶

Clases:

- Extradición activa: desde la perspectiva del Estado requirente, se da cuando el Juez o Tribunal competente que conoce de un procedimiento judicial penal, solicita la extradición.
- Extradición pasiva: el Estado requerido analiza la petición recibida.

Previsión legal:

- La Constitución la recoge en el art. 13.3 según el cual, “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad, quedando excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”
- La LECrim la regula en los arts. 824 y siguientes, la extradición activa. Tiene lugar, cuando es solicitada por el Estado español a otro Estado. Solo puede ser solicitada con respecto a, art. 826 LECrim:
 - Españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero.
 - Españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de donde delinquieron.
 - De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.

⁶⁶<https://definicionlegal.blogspot.com/2012/03/la-extradicion-es-el-procedimiento.html>[Fecha de consulta 7 de junio de 2018].

- El procedimiento para la extradición pasiva lo recoge la Ley 4/1985, de 21 de marzo. Se exige “que se trate de hechos para los que las leyes españolas y las del Estado requirente, señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad, o de cuatro meses de privación de libertad, si se trata del cumplimiento de una condena o medida de seguridad”.⁶⁷

Procedimiento:

1. Extradición activa: sólo podrá solicitarla el gobierno, tras petición de los jueces o tribunales que estén conociendo el caso. Se solicita en forma de suplicatorio dirigido al Ministerio de Justicia español salvo que un Tratado internacional autorice una petición directa por parte del Juez que conoce de la causa. Dicho suplicatorio debe ir acompañado por testimonio en el que se inserte literalmente el auto de extradición, el informe o pretensión del Ministerio Fiscal, y las diligencias del procedimiento que permitan justificar la petición de extradición.⁶⁸

2. Extradición pasiva: regulado en la Ley española 4/1985, de 21 de marzo de Extradición Pasiva en su art. 2. Para que sea posible, es requisito indispensable que los hechos constituyan un delito tanto en España como en el país requirente. El procedimiento consta de 3 fases:

- a. Fase gubernamental: solicitud de extradición formulada por un Estado requirente, por la vía diplomática, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, o directamente por el Ministro de Justicia, al Ministro de igual clase del Estado requerido. Está prevista en los arts. del 7 al 11 de la Ley 4/85.
- b. Fase judicial: prevista en los arts. 12 a 18 de la Ley 4/85, en esta fase, no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado.
- c. Fase de decisión: se concreta a la actuación del Gobierno decidiendo la entrega física de la persona reclamada o a la denegación de la extradición, una vez que se le ha comunicado el auto del Tribunal declarando procedente la extradición, art. 18 Ley 4/85.⁶⁹

5.2.2. Tratados:

Definición:

El Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales, es una disposición ya derogada en la actualidad pero que nos ofrece una definición fiable de lo que es un Tratado en su art. 2 a) “(...) Se entiende por «tratado internacional» el acuerdo regido por el Derecho Internacional y celebrado por escrito entre España y otro u otros

⁶⁷ Artículo 2 de la Ley 4/1985 de 21 de marzo de procedimiento para la extradición pasiva.

⁶⁸ Artículo 832 LECrim.

⁶⁹ <https://www.whitmanabogados.com/cuantas-fases-tiene-el-procedimiento-de-extradicion/> [fecha de consulta 12 de junio]

Estados, o entre España y un Organismo u Organismos internacionales de carácter gubernamental, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

Elaboración y adopción:

- Fase de negociación y adopción: es la más larga, puede durar varios años realizar un texto definitivo que satisfaga a las partes. Durante esta fase deben determinarse el objeto, fin y contenido del tratado, y también la redacción del mismo, sobre todo en los tratados entre estados que hablen lenguas diferentes. Una vez negociado, se procederá a su adopción, entendiendo como tal *la expresión del acuerdo sobre dicho texto*. Art. 2 c)
- Fase de autenticación: *Se entiende por «autenticación del texto de un tratado» el acto internacional mediante el cual los Estados negociadores certifican que ese texto es correcto y auténtico y lo establecen de forma definitiva*. Art. 2 d). La autenticación no obliga a cumplir con el Tratado pero si aparecen una serie de obligaciones como la de no hacer nada que impida o ponga en peligro su entrada en vigor.
- Fase de manifestación del consentimiento: es la que finaliza el procedimiento, los Estados participantes deciden si quieren ser parte o no del Tratado. Si aceptan se someten al mismo y si no, no aceptan no quedan obligados por sus disposiciones.

5.2.3. Conclusión y respuesta al caso:

En el caso que a nosotros nos ocupa, el Presidente gallego Ferreira Silva huye a Brasil, con el que España tiene un Tratado de extradición firmado entre ambos países en Brasilia el 2 de febrero de 1988 y ratificado por España el 18 de abril de 1990.⁷⁰

Atendiendo a lo que dispone el texto en su art. 1º, ambos se obligan de forma recíproca a entregar a los individuos que estén condenados o sometidos a un proceso penal en uno de los países y se encontraren en el otro.

Así mismo, en el art. 2. 1º exige que los hechos por los que se requiere al individuo conlleven una pena privativa de libertad, en su tipo básico, de al menos un año.

Dicho lo cual y tras una lectura de nuestro supuesto, si el Presidente huido fuera encausado en un proceso penal con las características ya expuestas, el Estado español podría solicitar su extracción mediante el procedimiento también expuesto en apartados anteriores, en virtud del Tratado de extradición que firmado con Brasil en 1988 y que todavía conserva su vigencia.

⁷⁰ Instrumento de Ratificación del Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, hecho en Brasilia el 2 de febrero de 1988. BOE-A-1990-14345

IV. CONCLUSIONES FINALES:

I. Primera cuestión:

Por tanto y después del análisis realizado el desarrollo previo de la pregunta cabe concluir que la Ley de Policía Gallega no es una ley válida ya que incumple los requisitos constitucionales necesarios para su validez, a saber: el presidente decidió disponer de forma unilateral de una competencia que la constitución atribuye de manera exclusiva al Estado. Y si bien es cierto que Galicia podría tener cuerpo policial propio al existir una previsión que así lo contempla en el EAG, también es cierto que para conseguirlo se necesita inexcusablemente una delegación de la materia que solo puede ser realizada por el Gobierno en base al art. 150.2 CE, delegación que en nuestro caso no existió.

La aprobación de Ley de Policía Gallega por tanto, se escapa de los límites impuestos por la Constitución Española en sus artículos 150.2 y 149.1.29ª.

En cuanto a las modificaciones del EAG, las iremos analizando una por una y comprobando su compatibilidad con los preceptos constitucionales:

a) La lengua propia de Galicia es el gallego, sin mención al castellano y suprimiendo la prohibición de discriminación por razón de la lengua. Infracción del art. 3 CE por el cual la lengua oficial del Estado es el castellano y reconoce como deber y derecho de todo español, sin distinciones, el conocerla.

b) Es competencia de la comunidad autónoma gallega la autorización de consultas populares por vía de referéndum. Se establece así del derecho de autodeterminación. Infracción del artículo 149.1.32ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia “autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum”, infringe también el artículo quinto de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum que dispone que el referéndum se decide por sufragio universal y no solo de una parte de la población. No cabe tampoco el derecho de autodeterminación, al proclamar el art. 2 CE indisoluble unidad de la nación española.

c) Libertad de relaciones con Portugal, creación de embajadas en otros Estados y creación de una Consellería de *Relacions Internacionais*. Infracción del artículo 149.1.3ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia de relaciones internacionales. Si bien es cierto que las CCAA, como parte del ejercicio de sus competencias pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior también lo es el límite del que artículo citado impone con la reserva de la materia al Estado. Dado que las autonomías en España no son sujetos internacionales, no están capacitadas para participar en las relaciones internacionales que existen entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional.

d) Creación de un poder judicial autónomo en la Comunidad Autónoma y la creación del Consello do Poder Xudicial de Galicia. Infracción de artículo 149.1.5ª que establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las materia de “administración de justicia”.

Incurre también en la infracción del artículo 117.5CE según el cual el funcionamiento de los Tribunales se basa en el principio de unidad jurisdiccional, que tiene en nuestro ordenamiento un doble significado, por un lado establece la regla

general sobre cuál es el poder constitucionalmente habilitado para organizar la jurisdicción y por otro establece un criterio de organización para dicha jurisdicción.

Así mismo y por último la pretensión del gobierno gallego no encaja con lo dispuesto en el artículo 122.1 CE y 122.2CE según el cual el CGPJ es un órgano estatal único que gobierna el cuerpo, también único que forman Jueces y Magistrados de carrera y demás personal al servicio de la Administración de justicia.

e) Creación de una nacionalidad gallega, renunciando por ello a la nacionalidad española. Infracción del art 11 CE, en su segundo precepto: “Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”.

Por lo tanto, ¿son válidas las modificaciones del Estatuto de Autonomía Gallego? La respuesta después de lo analizado en los apartados anteriores es que no cumple con los requisitos necesarios para que se le pueda otorgar validez al proceso. Tomando en consideración la exposición anterior, es evidente que incumplen varios preceptos constitucionales y no respetan la jerarquía normativa impuesta por la Constitución, obviando que el procedimiento de reforma de todos los Estatutos de Autonomía en España requieren la confluencia de las dos voluntades que los crearon en un principio, la de las CCGG y la de los representantes del pueblo de la Comunidad en cuestión.

La Constitución no ampara en ningún punto su articulado la reforma unilateral de las normas institucionales básicas de las Comunidades autónomas y es precisamente ésta la que se pretende en el caso que nos ocupa.

II. SEGUNDA CUESTIÓN:

¿Serían válidas las intervenciones y escuchas telefónicas en las sedes de las autoridades gallegas?

En nuestro supuesto se especifica que ambas diligencias fueron hechas con las correspondientes resoluciones judiciales, lo cual significa que cumplen con ese requisito específico del art 588 ter d. *Solicitud de autorización judicial*, expuesto en los párrafos anteriores.

Con respecto al delito por causa del cual fueron adoptadas, debe tener aparejada una pena privativa de libertad de al menos 3 años, condición que también se da en nuestro caso, pues las sospechas correspondían a la comisión de un delito de detención ilegal o secuestro, aunque debido a descubrimientos posteriores la calificación del hecho pudiera ser diferente. Con su encuadre legal en el Capítulo Primero del Título IV del Código Penal: De las detenciones ilegales y secuestros, arts. del 163 al 168 se dispone una pena mínima de prisión de 4 años.

Podemos deducir que si el seguimiento de las comunicaciones telefónicas fue realizado observando los requisitos legales a saber: resolución judicial, suficientemente motivada, dictada por Juez competente, en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y judicialmente controlada en su desarrollo y práctica, fue válido.

¿Serían válidos los registros de la policía nacional en las sedes de las autoridades gallegas?

Tal como expusimos en la respuesta a la pregunta anterior, los registros fueron autorizados por la necesaria orden judicial; que existía una sospecha fundamentada de

delito y que ese delito además era grave como es la continua desaparición de ciudadanos “no nacionales de Galicia”.

Cumple también con los requisitos del art. 546 LECrim “ser un edificio y lugar público” y para finalizar la Xunta, al ser la sede del órgano colegiado del gobierno de Galicia y no la Asamblea Legislativa gallega, no necesita autorización de su Presidente para proceder a la entrada.

Respondemos pues, de forma afirmativa a la pregunta anterior, el registro realizado sí que es válido.

¿Qué consecuencias jurídicas podrían tener la invalidez de las mismas?

En atención a lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, si las intervenciones telefónicas y el registro se hubieran hecho sin atención a la forma y requisitos previstos en la ley, todo lo obtenido mediante dichas diligencias debería ser declarado nulo.

Si la intervención es declarada nula la información que se obtenga de ella no podrá usarse como prueba de cargo ni podrá servir como base para apertura de nuevas diligencias.

Invalida por tanto la diligencia en si, como todo lo obtenido gracias a ella.

Calificación de los hechos ocurridos en Ourense y consecuencias penales de la Ley de Amnistía:

Por tanto, estudiados ambos tipos y en base a los hechos ocurridos (un enfrentamiento entre la policía autonómica y el ejército) solo constituirían delitos de sedición o rebelión si persiguieran los fines arriba descritos. Para el primer caso el entorpecimiento del normal funcionamiento del Estado y para el segundo la destrucción del mismo, dado que la persecución de esos fines no queda acreditada los hechos no serían subsumibles en dichos tipos.

La amnistía supondría la extinción de toda responsabilidad penal por el hecho amnistiado, como si no hubiere existido nunca, por lo que desaparecerían también los antecedentes penales. Extingue no solo la pena sino el delito mismo, como manifestación del Derecho de gracia que es.

III. TERCERA CUESTIÓN:

En nuestro supuesto son detenidas y parece que torturadas casi 500 personas “no nacionales”, en un marco social de lucha por la independencia de Galicia, en medio de fuertes trifulcas políticas y sociales, se desconoce el autor de dichas detenciones aunque sabemos que colabora el grupo por independencia TerraLibre. Así las cosas, la conducta parece subsumible tanto en el delito de terrorismo como el de lesa humanidad, ambos expuestos en el párrafo anterior.

Lo controvertido del caso es determinar qué tipo se ajusta más a los hechos que se nos describen, para ello vamos a estudiar su conducta típica y su finalidad.

Los “no nacionales” fueron detenidos y torturados, ambas son conductas que incurrir en delitos contra la libertad y contra la integridad física y moral, dado el contexto en el que fueron hechos se da a entender que la finalidad podría ser subvertir el orden constitucional o provocar un estado de terror en una parte de la población, en este

caso los ciudadanos no gallegos residentes en Galicia. Si damos estas afirmaciones por buenas, los responsables tendrían que responder por un delito de terrorismo.

De otro lado tenemos los delitos de lesa humanidad o el de genocidio, descartaría este último porque requiere que la finalidad de la conducta sea la exterminación del grupo de personas y en nuestro caso desconocemos el paradero de algunas, lo que no quiere decir que se les haya dado muerte y otras han aparecido con signos de tortura pero no se ve de forma clara el afán de exterminio.

Podría ser quizás, subsumible en un delito de lesa humanidad, que requiere que la conducta sea la misma que en el genocidio, ya explicada en los párrafos superiores pero como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella y contiene una previsión para el caso de que se torture a los miembros en el 607.2^a.8^o, cosa que si que pasa en el supuesto. También sería posible encajar los hechos que nos ocupan en este tipo.

El caso se resolvería una vez conocida la finalidad con la que se realizan las detenciones. Si fueran con el objeto de desestabilizar al Gobierno o cambiar el orden constitucional sería un delito de terrorismo.

Si se hicieron para la persecución de los “no nacionales” por motivos políticos, se trataría de un delito de lesa humanidad, castigado con pena de 4 a 8 años de prisión a tenor del 607.2.8^o y la pena superior si se cometen sobre menores de edad para el caso de torturas y hasta pena de prisión permanente revisable si causaren la muerte de alguno de los detenidos: 607.2.1^o

Para el caso de terrorismo el art. 573 bis 1. 4^a se contempla penas de prisión de entre 10 y 15 años a los que causen lesiones, detengan ilegalmente, amenacen o coaccionen.

Las personas detenidas están privadas, como es evidente, de su libertad ambulatoria por lo tanto son el sujeto pasivo de un delito de detención ilegal o secuestro. Ya desarrollados en párrafos anteriores.

IV. CUARTA CUESTIÓN:

Tras estudiar los aspectos relativos a los referéndums y a la independencia de las CCAA en España parece claro que la secesión unilateral no tiene cabida en nuestra Constitución y así lo deja patente el Tribunal Constitucional en su sentencia 114/2017 de 8 de septiembre, En cuanto a la posibilidad de que se recoja en la Constitución el derecho de autodeterminación de las CCAA y mediante una interpretación *a fortiori* del art. 145.1 CE podemos deducir que si la Constitución prohíbe a las Comunidades federarse (y efectivamente lo hace), ser Estados dentro de otro Estado y conseguir con ello un alto grado de autonomía, con más razón prohibirá que se independicen, ya que supondría llegar al grado máximo de dicha autonomía. No es por tanto una posibilidad válida.

Tampoco es válida la Ley de referéndum ya que al disponer que solo pueden votar los ciudadanos gallegos está incumpliendo el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum que exige la participación por sufragio universal. Y si bien es cierto que el art. 92 CE permite la convocatoria de referéndums, para celebrarlo habría que solicitar su convocatoria al Presidente del Gobierno por ser una competencia de reserva estatal o solicitar la atribución de la misma a la Comunidad Autónoma por vía del 150.1CE.

Este procedimiento no fue respetado por el Presidente gallego por lo tanto carece de validez.

¿Seguiría Galicia, formando parte de las OO II de las que formaba España?

En vista de lo estudiado, es una evidencia decir que ni en la CE ni en el derecho internacional se recoge una declaración unilateral de independencia en la que se le respete, a la región que se quiere independizar unilateralmente, la situación que ocupaba en el ordenamiento internacional el país que pretende “abandonar”. Ya la Resolución 1514 de 1960 de la CJI limita en derecho de autodeterminación al expresar que “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de la Naciones Unidas”

Galicia sería excluida de todas las organizaciones de las que forma parte España y es difícil creer que la comunidad internacional fuera a considerar nuestra nación como Estado independiente.

¿Es correcta la aplicación del artículo 155 de la CE?

Dada la gravedad de los sucesos acontecidos en Galicia y que concurren las circunstancias que ameritan la adopción de este instrumento extremo, podríamos contestar que si, la activación del art 155 CP es correcta.

Sin embargo, y dado que en nuestro supuesto falta el trámite imperativo del consenso, por mayoría absoluta, del Senado que exige el propio precepto, el Gobierno no actúa de manera legitimada ya que no está cumpliendo con lo requerido de forma expresa en la Constitución.

V. QUINTA CUESTIÓN:

El asilo es una figura creada para los casos en los que un individuo haya visto violados sus derechos o esté en peligro de que la violación se produzca, sin embargo, en nuestro caso no parece que el Presidente hay sido objeto de tales violaciones por lo que no necesitaría ser asilado en ningún país. Si se le llegara a encausar por lo sucedido en Galicia su condición sería de fugado de la justicia y no de asilado.

Procedimientos existentes para pedir la extradición desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

En el caso que a nosotros nos ocupa, el Presidente gallego Ferreira Silva huye a Brasil, con el que España tiene un Tratado de extradición firmado entre ambos países en Brasilia el 2 de febrero de 1988 y ratificado por España el 18 de abril de 1990.

Atendiendo a lo que dispone el texto en su art. 1º, ambos se obligan de forma recíproca a entregar a los individuos que estén condenados o sometidos a un proceso penal en uno de los países y se encontraren en el otro.

Así mismo, en el art. 2. 1º exige que los hechos por los que se requiere al individuo conlleven una pena privativa de libertad, en su tipo básico, de al menos un año.

Dicho lo cual y tras una lectura de nuestro supuesto, si el Presidente huido fuera encausado en un proceso penal con las características ya expuestas, el Estado español podría solicitar su extracción mediante el procedimiento también expuesto en apartados

anteriores, en virtud del Tratado de extradición que firmado con Brasil en 1988 y que todavía conserva su vigencia.

V. BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ VÉLES. M. I y VVAA, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Ed 1º Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BALAGUER CALLEJÓN. F y VVAA, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed 5º, Tecnos, Madrid, 2010.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO. M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 15ª Ed., Tecnos, Madrid, 2005.

GIL GIL.A *Crímenes contra la humanidad*: Revista en Cultura de la Legalidad, ISSN-e 2253-6655, Nº. 10, 2016.

GONZÁLEZ CUSSAC y VVAA, *Derecho Penal Parte Especial*, Ed 5º, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MONTERO AROCA. J. y VVAA, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, Ed 24º. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ. J. *Derecho Procesal Penal*, 2ª Ed. Tecnos, Madrid, 2017.

MORENO CATENA.V y CORTÉS DOMINGUEZ.V, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

MORILLAS CUEVAS.L. *Sistema de derecho penal parte especial*. 2ª Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2017.

NIEVA FENOLL. J, *Derecho Procesal III. Proceso penal*. 1º Ed. Marcial Pons, Madrid 2017.

ORTELLS RAMOS, M y VVAA. *Introducción al Derecho Procesal*, Ed 5º, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2015.

PALOMAR OLMEDA.A, TEROL GÓMEZ. R, VÁZQUEZ GARRANZO.J, *Constitución Española*, Ed 1º, Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2015.

PASTOR RIDRUEJO, J.A, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 17ª Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

PEREA UNCETA. J.A, *El secesionismo catalán en el contexto del Derecho Internacional*, Foro Nueva época, vol. 17, núm. 2, 2014.

SÁNCHEZ REVERTE. R *Referencia al crimen de genocidio*, Revista de Estudios Jurídicos nº 16/2016, Universidad de Jaén, 2016.

SAÉNZ DE SANTA MARÍA. P.A. *Sistema de Derecho Internacional Público*, Ed 4º Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016.

SANTAOLALLA LÓPEZ. F, *Derecho Constitucional*, Ed 2ª, Dykinson S.L. Madrid, 2010.

SARMIENTO MÉNDEZ. X.A, *Repensando o autogoberno: estudos sobre a reforma do estatuto de Galicia*, Ed 1º, Monografías da Universidade de Vigo. 2005.

TOMÉ GARCÍA. J.A, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Ed 1º, Colex. Madrid 2016.

VI. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS 4961/1980 10 de octubre (ES:TS:1980:4961).

STC 4/1981, de 2 de febrero (ECLI:ES:TC:1981:4).

STC 25/1981, de 14 de julio. (ECLI:ES:TC:1981:25).

STC 33/1982, de 8 de junio (ECLI:ES:TC:1982:33).

STC 76/1988, de 26 de abril. (ECLI:ES:TC:1988:76).

STC 165/1994 de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:1994:165).

STS de 7579/1994 de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:1994:7579).

Supreme Court of Judgments, 1999-08-20, report [1998] 2 SCR 217.

STS 222/2002 de 15 de mayo (ECLI: ES:TS:2002:222).

STC 155/2002 de 22 de julio (ECLI:ES:TC:2002:155).

STC 56/2003 de 24 de marzo, (ECLI: ES:TC:2003:56).

STC 72/2005, de 4 de abril (ECLI:ES:TC:2005:72).

SAN 16/2005 de 19 de abril (ECLI:ES:AN:2005:16).

STS 4016/2021 de 14 de junio (ECLI: ES:TS:2012:4016).

STC 46/2015 de 5 de marzo (ECLI:ES:TC:2016:46).

STS 1991/2017 de 3 abril (ECLI: ES:TS:2017:1191).

STC 124/2017 de 17 de octubre (ECLI:ES:TC:2017:124).

