



25 SET. 2019

GOV-ALT-4407-2019

Registre d'entrada

Hora:

**AL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
- Secció Cinquena -**

L'advocat de la Generalitat de Catalunya sotaescrit, en representació i defensa d'aquesta en el **recurs contenciós administratiu 190/2019**, interposat per **IMPULSO CIUDADANO**,

MANIFESTO:

Que, mitjançant aquest escrit, interposo dins de termini **RECURS DE REPOSICIÓ** contra la Interlocutòria de 19 de setembre de 2019 dictada en la peça separada de mesures cautelars, el qual fonament en les següents

AL·LEGACIONS

1) Antecedents.

El recurrent va interposar recurs contenciós administratiu contra el que qualifica de via de fet, referida a la decisió del President de la Generalitat de penjar una pancarta a la façana del Palau de la Generalitat amb el lema "*Libertat presos polítics i exiliats*". En el marc d'aquest recurs, el recurrent va sol·licitar com a



mesura cautelar positiva la retirada de la referida pancarta de la façana del Palau de la Generalitat.

La Interlocutòria d'aquesta Sala i Secció de 19 de setembre de 2019 ha acordat, amb un vot particular parcialment dissident, que *"Ha lugar a la adopció de la medida cautelar solicitada por la parte actora, y en consecuencia, REQUIÉRASE, de forma personal, al Muy Honorable Sr. President de la Generalitat de Catalunya, a fin de que con arreglo al art. 134.1 de la LJCA y en todo caso, en el plazo de 48 horas, a partir de la práctica de dicho requerimiento, proceda a retirar de la fachada del Palau de la Generalitat, la pancarta y el símbolo que son objeto de este proceso"*.

Amb posterioritat a la dita Interlocutòria, en data 23 de setembre de 2019 el President de la Generalitat va rebre personalment la notificació del referit requeriment.

2) Vulneració de la llibertat d'expressió del President de la Generalitat (arts. 20.1 de la Constitució i 10 del Conveni Europeu de Drets Humans). Inexistència de via de fet.

La Interlocutòria que es recorre acorda la mesura cautelar interessada de contrari a l'empara de l'article 136.1 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa. Al marge de desestimar les nostres consideracions relatives a l'extemporaneïtat del recurs i a la manca de legitimació activa del recurrent, sobre les que s'insistirà en el moment processal oportú, la Interlocutòria adopta aquesta decisió perquè considera que, davant la manca de procediment o la inexistència de cap resolució, la col·locació de la referida pancarta a la façana del Palau de la Generalitat constitueix una via de fet.



Considerem que la Interlocutòria que es recorre és errònia, sigui dit en estrictes termes de defensa, perquè dona per fet que la inexistència de procediment o de resolució en relació amb allò que s'impugna és sinònim, en qualsevol cas, d'una via de fet. Al nostre parer, cal distingir entre l'exercici de potestats administratives i les manifestacions de tipus polític emmarcades en l'exercici de la llibertat d'expressió de la que gaudeix qualsevol representant polític.

En el primer supòsit –exercici de potestats administratives– l'ús d'una potestat que l'Administració no té –*“manque de droit”*– o l'ús d'aquesta potestat sense observar el procediment administratiu establert –*“manque de procédure”*– es considera efectivament una actuació material de l'Administració constitutiva d'una via de fet (STS de 22 de setembre de 2003, cassació 8039/1999, Roj: STS 5603/2003).

Per contra, les manifestacions de tipus polític –i penjar o mostrar una pancarta amb un lema polític té aquesta consideració– s'ha d'emmarcar en l'exercici de la llibertat d'expressió, i sembla obvi que quan un representant polític vol exercir aquesta llibertat, no se li ha d'exigir que segueixi un procediment administratiu determinat ni que dicti cap resolució administrativa. L'exercici de la llibertat d'expressió no està condicionat a aquests extrems en el nostre ordenament jurídic.

Per tant, al nostre parer, el primer que s'hauria d'haver preguntat el Tribunal per valorar l'existència o no d'una via de fet era si la decisió del President de la Generalitat de penjar una pancarta al balcó del Palau amb una manifestació reivindicativa de tipus polític –*“Llibertat presos polítics i exiliats”*– és o no és un exercici d'una potestat administrativa. Perquè si no és així, si no es tracta d'un exercici d'una potestat administrativa, sinó pura i simplement l'exercici d'una



llibertat –la d'expressió–, difícilment es podrà admetre que s'ha produït una via de fet.

La Interlocutòria que es recorre rebutja entrar en aquest debat, malgrat que aquesta part ho va plantejar a l'escrit d'oposició a les mesures cautelars per negar l'existència d'una via de fet. Ans al contrari, es decanta clarament per la posició sostinguda pel recurrent i sense portar a terme una contraposició d'arguments, conclou ja d'entrada que ens trobem davant d'una via de fet, deixant pràcticament sense contingut el plet principal en haver-nos avançat ja la decisió que s'adoptarà en la sentència que es dicti en el seu dia. Aquesta situació ja la denuncia el vot particular a la Interlocutòria recorreguda quan diu el següent:

“El fet que hi hagin pronunciaments jurisprudencials sobre la neutralitat política de les institucions públiques, sobre la llibertat d'expressió de les mateixes o sobre la superació del concepte d'acte polític, no permet entendre que en aquest recurs estem davant d'una actuació que, ja en aquest moment inicial, es manifesta clarament com a contrària a dret, abans de sentir els motius de fons i la prova aportada i de valorar quins són els drets compromesos”.

Al respecte, dèiem a l'escrit d'oposició a les mesures cautelars, i aquí reiterem, que l'activitat de penjar una pancarta a la façana del Palau de la Generalitat no és en puritat cap activitat administrativa susceptible de ser fiscalitzada per la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, perquè aquesta decisió no és l'exercici d'una potestat administrativa, sinó una manifestació de tipus polític emparada en la llibertat d'expressió del President de la Generalitat, per la qual cosa falla la premissa per poder considerar que s'ha produït una via de fet i, per tant, per poder adoptar la mesura cautelar interessada.



Al nostre parer, la Jurisdicció Contenciosa Administrativa no ha de dedicar els seus esforços a controlar manifestacions de tipus polític fetes en exercici de la llibertat d'expressió, com serien, per exemple, el fet que diversos ajuntaments (Barcelona, Palma de Mallorca, Sabadell, Castelló o Madrid) pengin pancartes a favor d'acollir els refugiats, o que altres ajuntaments (Barcelona, Hospitalet, València, Sabadell, Madrid, Móstoles o Zamora) pengin pancartes a favor dels col·lectius de gais i lesbianes, o que l'Ajuntament de Salamanca pengi pancartes en contra de la devolució a Catalunya dels papers de Salamanca o, en definitiva, que el Govern de la Generalitat pengi una pancarta que demana la llibertat de presos polítics i exiliats. Tot això són manifestacions de tipus polític fetes per representants polítics de diferent signe i tendències, que formen part del debat polític en una societat democràtica i han de quedar fora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa.

Mostra d'això seria, per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem de 5 d'octubre de 2015 (cassació 114/2013, ECLI: ES:TS:2015:4096), en un cas en que és pretenien jutjar unes declaracions i manifestacions públiques del President de la Comissió Nacional de la Competència. En aquella ocasió, el Tribunal va declarar encertadament que *"las declaraciones del Presidente ante los medios de comunicación, acertadas o no, no constituyen el ejercicio de una potestad administrativa"*. I aquest està el nucli de la qüestió. Lès manifestacions públiques fetes en qualsevol lloc i en qualsevol context per un representat polític o per un alt càrrec no són l'exercici d'una potestat administrativa, per la qual cosa no poden ser constitutives de via de fet.

D'altra banda, l'advocat que subscriu aquest escrit coneix perfectament les limitacions que ha imposat la jurisprudència, especialment el Tribunal Superior de Justícia del País Basc, que ha hagut d'afrontar supòsits similars de



col·locació de pancartes als balcons d'edificis públics i contrastar aquest fet amb els principis d'objectivitat i neutralitat de les Administracions Públiques i l'obligació de servir els interessos generals.

Ara bé, l'anterior doctrina s'ha de qüestionar i matisar a la llum de la recent jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans sobre l'ús de pancartes per part de representants polítics en exercici de la seva llibertat d'expressió.

En efecte, el Tribunal Europeu de Drets Humans té una consolidada jurisprudència sobre quins són els principis generals per avaluar si una ingerència en l'exercici de la llibertat d'expressió és necessària en una societat democràtica, i en aquest sentit, la Sentència de 20 de novembre de 2018 (*Assumpte Toranzo Gómez v. Espanya*) ha resumit aquesta jurisprudència en els termes següents:

"La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones fundamentales para su progreso y para la realización personal de los individuos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10, se aplica no sólo a la "información" o a las "ideas" favorablemente recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también a las que ofenden, conmocionan o perturban. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras sin las que no existe una "sociedad democrática". Según lo previsto en el artículo 10, esta libertad está sujeta a excepciones pero deben interpretarse de forma estricta, y la necesidad de cualquier restricción debe establecerse de forma convincente."



En el mateix sentit es pot veure les Sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans de 29 de març de 2016 (*Assumpte Bédat v. Suïssa*) i 6 de desembre de 2016 (*Assumpte Belge v. Turquia*).

Traslladada aquesta doctrina a l'àmbit del debat polític, el Tribunal Europeu de Drets Humans ha afirmat que l'exercici de la llibertat d'expressió, que inclou l'ús de pancartes, és especialment important per als representants escollits democràticament i que la seva restricció o interferència només està justificada per raons de gran importància en una societat democràtica.

En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 16 de setembre de 2014 (*Assumpte Karácsony i altres v. Hongria*) va fixar la següent doctrina, d'especial importància per al cas present:

"56 La llibertat d'expressió, tal com es garanteix al paràgraf 1 de l'article 10, constitueix un dels fonaments essencials d'una societat democràtica i una de les condicions bàsiques per al seu progrés i per a la realització personal. Subjecte al paràgraf 2, és aplicable no només a la "informació" o "idees" rebudes o considerades favorablement inofensives o com a qüestió d'indiferència, sinó també a aquelles que ofenguin, xoquin o molestin; tals són les demandes de pluralisme, tolerància i amplitud, sense les quals no hi ha cap "societat democràtica" (vegeu, per exemple, Oberschlick contra Àustria (núm. 1), 23 de maig de 1991, § 57, Sèrie A núm. 204)."

(56 Freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10, constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those which offend, shock or disturb; such are



the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness, without which there is no "democratic society" (see, e.g., Oberschlick v. Austria (no. 1), 23 May 1991, § 57, Series A no. 204.)

"57 Tot i que la llibertat d'expressió pot estar sotmesa a excepcions, aquestes excepcions "s'han d'interpretar restrictivament" i "s'ha d'establir de manera convincent la necessitat de restriccions" (vegeu, per exemple, Observer and Guardian v. Regne Unit, 26 de novembre de 1991, § 59, Sèrie A núm. 216). A l'article 10 § 2 de la Convenció hi ha poc marge per a les restriccions a la intervenció política o al debat de qüestions d'interès públic (vegeu, per exemple, Sürek contra Turquia (núm. 1) [CG], núm. 26682/95, § 61, TEDH 1999-IV; i Feldek contra Eslovàquia, núm. 29032/95, § 74, TEDH 2001-VIII)."

(57 Although freedom of expression may be subject to exceptions, such exceptions "must be narrowly interpreted" and "the necessity for any restrictions must be convincingly established" (see, e.g., Observer and Guardian v. the United Kingdom, 26 November 1991, § 59, Series A no. 216). There is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on the debate of questions of public interest (see, e.g., Sürek v. Turkey (no. 1) [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV; and Feldek v. Slovakia, no. 29032/95, § 74, ECHR 2001-VIII).)

"60 Quan el dret a la llibertat d'expressió s'exerceix en el context del debat polític mitjançant actes simbòlics o gestos expressius, cal tenir molta cura en aplicar les restriccions."

(60 When the right to freedom of expression is exercised in the context of political speech through symbolic acts or expressive gestures, utmost care must be observed in applying any restrictions.)



"61 En aquest context, el Tribunal recorda que l'article 10 protegeix no només la substància de les idees i la informació expressades, sinó també la forma en què es transmeten (vegeu Oberschlick, citat més amunt, § 57; i Jersild contra Dinamarca, 23 de setembre de 1994, § 31, Sèrie A núm. 298)."

(61 In this context the Court recalls that Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed, but also the form in which they are conveyed (see Oberschlick, cited above, § 57; and Jersild v. Denmark, 23 September 1994, § 31, Series A no. 298).)

"69 (...) la llibertat d'expressió és especialment important per als representants electes del poble, la interferència de la qual només es pot justificar per raons molt importants (vegeu el paràgraf 66 més amunt; i A. v. Regne Unit, citat més amunt, § 79)."

(69 (...) freedom of expression is especially important for elected representatives of the people, interference with which can only be justified by very weighty reasons (see paragraph 66 above; and A. v. United Kingdom, cited above, § 79).)

"71 (...) el Tribunal troba que la mostra de pancartes era part de l'expressió política."

(71 (...) the Court finds that the showing the billboards was part of the political expression.)

A la vista d'aquesta doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans, negar-li al President de la Generalitat el seu dret a formular manifestacions polítiques, en aquest cas mitjançant una pancarta, suposa una vulneració de la seva llibertat d'expressió (arts. 20.1 de la Constitució i 10 del Conveni Europeu de Drets



Humans) i una restricció injustificada i desproporcionada del debat polític sobre qüestions d'interès públic, en paraules del propi Tribunal. Només l'existència de poderoses raons, que s'han d'interpretar restrictivament, poden justificar una restricció a la llibertat d'expressió exercida en un context de debat polític en una societat democràtica, i en aquest cas no concorren. Les expressions i manifestacions polítiques, l'exhibició de pancartes o altres símbols, en definitiva, el debat polític, és una llibertat que no només es pot exercir de portes enfora dels edificis públics, sinó també dins les institucions. Si una cosa ens ensenya la referida Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 16 de setembre de 2014 (*Assumpte Karácsony i altres v. Hongria*) és que la llibertat d'expressió dels representants polítics s'ha poder exercir dins les diferents institucions, ja sigui al Parlament o a la seu del Govern. No interpretar-ho així suposa una restricció de la llibertat d'expressió que no estaria justificada ni seria raonable o proporcionada.

En definitiva, la decisió del President de la Generalitat de penjar una pancarta a la façana del Palau, amb una manifestació de tipus polític, s'ha d'emmarcar en l'exercici de la seva llibertat d'expressió i per això considerem que la Interlocutòria recorreguda, en adoptar la decisió de retirar-la, no només vulnera l'article 20.1 de la Constitució i l'article 10 del Conveni Europeu de Drets Humans i la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans dictada sobre aquesta llibertat, sinó que a més suposa haver pres una decisió precipitada en no valorar les raons de fons de la meva representada front a l'al·legada via de fet. Insistim, com ja dèiem en oposar-nos a les mesures cautelars, que aquest és un debat sobre el fons de l'assumpte, però que no ens queda altre remei que plantejar-lo en aquesta peça de mesures cautelars davant la decisió adoptada pel Tribunal i davant del fet de ni tan sols s'han considerat els nostres raonaments que ja avançàvem.



3) Vulneració de l'article 130 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa.

En un altre ordre de coses, considerem que la Interlocutòria recorreguda vulnera l'article 130 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa. Aquest precepte, com és sabut, preveu que prèvia valoració circumstanciada de tots els interessos en conflicte, la mesura cautelar podrà adoptar-se únicament quan l'execució de l'acte pugui fer perdre la finalitat legítima del recurs. Això és exclusivament el que s'ha de valorar en una peça de mesures cautelars, sense que sigui possible entrar en el fons de l'assumpte i avançar la decisió del plet. Així ho recorda el vot particular a la Interlocutòria recorreguda:

"(...) hem reiterat en motlles interlocutòries quin és el marc de la decisió cautelar. Concretament hem manifestat que l'article 130 de la Llei jurisdiccional circumscriu la possibilitat d'adopció de mides cautelars als supòsits en què l'execució de l'acte pugui fer perdre la finalitat legítima al recurs o causar al recurrent perjudicis de difícil o impossible reparació. (...)

(...) la mida cautelar s'hauria de resoldre ordinàriament a partir d'una anàlisi dels interessos en joc, tant de grau d'afectació de la mida cautelar per a l'interès públic, com el grau d'afectació que la presència de la pancarta significa per als interessos que representa la recurrent –el que alhora implicaria definir la naturalesa d'aquests drets– i, eventualment, altres drets de tercers si fos el cas."



I això és precisament el que la Interlocutòria recorreguda no fa. S'ha limitat a entrar en el fons de l'assumpte tot apreciant ja d'entrada l'existència d'una via de fet sense ni tan sols valorar la concurrència d'altres drets que emparen la decisió del President de la Generalitat, en concret, l'exercici de la seva llibertat d'expressió.

En aplicació estricta de l'article 130 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa, el que hauria d'haver fet el Tribunal era valorar si *"l'execució de l'acte [pot] fer perdre la finalitat legítima al recurs o causar al recurrent perjudicis de difícil o impossible reparació"*. És a dir, s'havia d'haver limitat a valorar si, d'una banda, la presència de la pancarta a la façana del Palau de la Generalitat fins que es dicti sentència causa algun perjudici als interessos del recurrent i si, de l'altra, la retirada de la pancarta lesiona la llibertat d'expressió del President de la Generalitat a la vista de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans i alhora si aquesta limitació en la llibertat d'expressió suposa una restricció al debat polític i al dret a expressar opinions polítiques mitjançant pancartes en qualsevol espai. En no haver actuat així el Tribunal, entenem que la Interlocutòria recorreguda vulnera el referit article 130 de la Llei reguladora de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa.

En definitiva, per totes les raons exposades, entenem que la Interlocutòria recorreguda no és ajustada a dret, sigui dit en estrictes termes de defensa, i per això interessem que sigui revocada i, en conseqüència, es desestimi la mesura cautelar interessada pel recurrent.



Per això,

SOL·LICITO A LA SALA:

Que admeti aquest escrit amb les seves còpies i tingui per interposat recurs de reposició contra la Interlocutòria de 19 de setembre de 2019, i que d'acord amb el que s'hi exposa, la revoqui i deixi sense efecte, tot denegant la mesura cautelar sol·licitada pel recurrent.

ALTRESSÍ DIC:

Que, a la vista de les raons exposades en aquest escrit i a fi d'evitar que l'execució de la Interlocutòria recorreguda pugui fer perdre la finalitat legítima d'aquest recurs de reposició, aquesta part sol·licita la suspensió de l'efectivitat de la dita Interlocutòria fins que es resolgui aquest recurs, així com la suspensió del requeriment personal efectuat al President de la Generalitat per al seu compliment.

Al respecte, aquesta Sala i Secció, en nombroses ocasions, ha acordat a sol·licitud de l'Advocacia de la Generalitat la suspensió de l'efectivitat de resolucions judicials impugnades, i a títol d'exemple podem citar la Provisió d'aquesta Sala i Secció de 4 d'abril de 2014 (recurs 412/2005), en la que davant la nostra petició de suspensió dels efectes de la Interlocutòria de 30 de gener de 2014 amb motiu de la interposició d'un recurs de reposició contra la mateixa, es va acordar la suspensió de la seva efectivitat fins que es resolgués el recurs.



Per això,

SOL·LICITO A LA SALA:

Que tingui per feta l'anterior manifestació i per sol·licitada la suspensió tant de l'efectivitat de la Interlocutòria recorreguda i de la mesura cautelar acordada pel Tribunal, com del requeriment personal efectuat al President de la Generalitat per al seu compliment.

Barcelona, 25 de setembre de 2019

L'advocat de la Generalitat
Gerard Blanchar Roca