

COMUNICAT DEL SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUNYA

El Síndic de Greuges, d'acord amb l'article 78 de l'Estatut, té la funció de protegir i defensar els drets i les llibertats fonamentals i, amb aquesta finalitat, supervisa l'activitat de l'Administració pública.

En el marc dels esdeveniments que estan envoltant la convocatòria del primer d'octubre, el Síndic està atent a qualsevol manifestació de mala administració per part dels poders públics. En particular, atindrà com sempre les queixes dels empleats públics que considerin que les directrius que reben, par part de càrrecs públics, puguin comportar una mala administració.

Tanmateix, com a continuació dels comunicats emesos els dies 20 i 22 de setembre, hem de posar de manifest algunes consideracions en relació amb la recent Instrucció núm. 4/17 de la Fiscalia Superior de Catalunya:

1. La Instrucció 4/17 és, segons el seu propi text, continuació de la 2/17, en què ordena a la policia judicial actuacions “per impedir el referèndum il·legal convocat per al dia 1 d'octubre a Catalunya”. Cal recordar que la convocatòria “d'eleccions generals, autonòmiques o locals o consultes populars per via de referèndum” realitzada per autoritats o funcionaris mancats manifestament de competència va deixar de constituir delictes arran de la Llei orgànica 2/2005, que va derogar els articles 506 bis i concordants, introduïts per la Llei orgànica 20/2003, que castigava amb presó de tres a cinc anys les referides convocatòries.

L'exposició de motius de la llei derogatòria establia que “els articles anteriors, la derogació dels quals porta a terme aquesta Llei, es refereixen a **conductes que no tenen prou entitat per merèixer el retret penal, i encara menys si la pena que es preveu és la presó.**”

El dret penal es regeix pels principis d'intervenció mínima i proporcionalitat, segons té assenyalat el Tribunal Constitucional, que ha reiterat que no es pot privar una persona del dret a la llibertat sense que sigui estrictament imprescindible. En el nostre ordenament **hi ha altres formes de control de la legalitat diferents de la via penal.** Així, l'exercici de les potestats de convocar o promoure consultes per a qui no les té legalment atribuïdes és perfectament controlable per vies diferents de la penal i **resulta inadequat i desproporcionat recórrer a aquesta via en la situació actual.**

2. Sent penalment atípica la convocatòria d'un referèndum per l'autoritat mancada de facultats per a fer-ho, la persecució penal de les conductes a què es refereix la Instrucció 4/17 queda delimitada a la **desobediència** que, si s'escau, pugui constituir el desacatament al mandat del TC.

Ara bé, l'Acord del TC de 7 de setembre, acollint-se a l'article 87 de la LOTC, està **adreçat als poders públics mitjançant notificació personal i nominativa**. El mandat és per “impedir o paraitzar qualsevol iniciativa que suposi ignorar o eludir la suspensió” del referèndum convocat. I, per si l'evident complexitat del mandat actiu i omissiu no fos intel·ligible, aclareix que “en particular” es prohibeix iniciar, tramitar, informar o dictar acords o actuacions que permetin la preparació i/o la celebració del referèndum.

El mandat actiu i omissiu va dirigit, únicament i exclusivament, a les persones físiques que encarnen els poders públics, nominativament consignades en l'Acord del TC de 7 de setembre i receptores formals de la notificació corresponent. **L'extensió de la desobediència a qualsevol particular o persona no inclosa en l'Acord del TC resulta un excés no emparat en la normativa vigent.**

3. En la Instrucció 4/17 el fiscal fa referència a “actuacions per impedir el referèndum il·legal”, **sense precisar els delictes que haurien de ser investigats i perseguits**, cosa que hauria estat convenient i aclaridora. En aquesta desitjable precisió hi ha la frontera entre un dret penal democràtic, garantista, de mínima intervenció i de proporcionalitat, i la porta oberta a indesitjables errors o excessos governativopolicials i limitacions de drets constitucionals com ara el d'expressió i de manifestació.

La preparació i/o la celebració del referèndum no és delicte, però la desobediència al TC que va ordenar-ne la suspensió sí que és delicte. I les actuacions que estiguin connectades amb aquesta desobediència, si s'escauen, també poden ser delicte. Si no s'assegura la frontera del dret penal democràtic potser també es podria pretendre afegir-hi, com a delictes connexos, delictes contra l'ordre públic, ocasionalment esdevinguts en el curs de l'exercici pacífic del dret de manifestació. I, en últim cas, el més sever delicte contra l'ordre públic, que és el de sedició. El fiscal general i, en nom seu, el de l'Audiència Nacional ja s'han referit a aquesta possibilitat, que abastaria particulars que no són poders públics.

4. La Instrucció del fiscal reconeix expressament que, en aquesta mateixa matèria, ja hi ha una actuació judicial. L'Estatut orgànic del ministeri fiscal (EOMF), en l'article 3.4, estableix que és funció del fiscal exercir l'acció penal. En l'apartat següent 3.5 regula la seva funció d'intervenir en el procés penal instant de l'autoritat judicial les mesures cautelars i les diligències encaminades a l'esclariment dels fets i “podent ordenar a la policia judicial les diligències que estimi oportunes”. Ara bé, l'article 773 de la Llei d'enjudiciament criminal marca la prioritat de l'autoritat judicial i proscriu la dualitat d'iniciatives instructores. En concret, l'últim

paràgraf de l'article 773 estableix que **“el fiscal ha de cessar les seves diligències tan aviat com s’assabenti de l’existència d’un procediment judicial sobre els mateixos fets”**.

5. Respecte de la **coordinació dels cossos policials**, l'article 46.2 de la Llei orgànica de cossos i forces de seguretat preveu la concurrència de cossos en “determinats serveis o en la realització d’una actuació concreta”. No és la situació actual, quan es tracta de coordinar en general l’acció de les policies amb relació a actuacions futures i indeterminades, encara que sigui amb relació a una finalitat comuna (el primer d’octubre), però molt general i que pot donar lloc a actuacions de tipus molt diversos.

A més, la instrucció del Fiscal pretén exercir una funció de “coordinació”, però l'article 46 LOCFS es refereix a la “direcció” d’operacions en casos concrets. “Coordinar” i “dirigir” no són funcions equivalents, tal com ha establert una amplíssima doctrina del mateix Tribunal Constitucional.

En canvi, la coordinació general de forces policials està prevista expressament en la LOFCS a través de mecanismes i instruments concrets, com ara l'article 48 (Junta de Seguretat). A més, després de la LOFCS, s’han aprovat altres normes que també concreten els mecanismes de coordinació entre les policies. En aquest sentit, l'Estatut de 2006, en l'article 164.4, estableix que la Generalitat participa, per mitjà d’una junta de seguretat de composició paritària entre la Generalitat i l'Estat i presidida pel president de la Generalitat, en la coordinació de les polítiques de seguretat i de l’activitat dels cossos policials de l'Estat i de Catalunya.

D'altra banda, l'article 164.5 del mateix Estatut atribueix a la Policia de la Generalitat totes les funcions pròpies d’un cos de policia i determina que té com a àmbit d’actuació el conjunt del territori de Catalunya. Aquesta regulació ha estat desenvolupada en diferents juntes de seguretat, que han permès que el 2008 el Cos de Mossos d’Esquadra hagués completat el seu desplegament en tot el territori del país.

El cos de Mossos d’Esquadra, com altres policies integrals, té la doble funció de manteniment de la seguretat i l’ordre públic (art. 164.5.a EAC) i de policia judicial (art.164.5.c EAC). En aquesta segona funció, el Cos de Mossos podria ser requerit per jutges o fiscals per evitar la celebració del referèndum convocat pel primer d’octubre, **però el que en cap cas estaria justificat és que les tasques de manteniment de la seguretat i l’ordre públic hagin de quedar a les ordres del Ministeri de l’Interior per decisió d’un fiscal**. El manteniment de l’ordre en les concentracions que hi ha hagut i pugui haver-hi aquests dies és, d’acord amb l'Estatut, competència del Cos de Mossos i de la Generalitat.

En aquest sentit, per tant, la Instrucció del Fiscal suposa materialment una intervenció dels Mossos d’Esquadra, sense atènyer-se als procediments constitucionalment previstos per dur-la a terme, si escau (art. 155 CE), i per tant, sense base legal ni constitucional.