

COMUNICADO DEL SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA

El Síndic de Greuges, de acuerdo con el artículo 78 del Estatuto, tiene la función de proteger y defender los derechos y las libertades fundamentales y, con dicho objeto, supervisa la actividad de la Administración pública.

En el marco de los acontecimientos que están rodeando la convocatoria del primero de octubre, el Síndic está atento a cualquier manifestación de mala administración por parte de los poderes públicos. En particular, atenderá como siempre las quejas de los empleados públicos que consideren que las directrices que reciben, por parte de cargos públicos, puedan conllevar una mala administración.

Sin embargo, como continuación de los comunicados emitidos los días 20 y 22 de septiembre, debemos poner de manifiesto algunas consideraciones en relación a la reciente Instrucción núm. 4/17 de la Fiscalía Superior de Cataluña:

1. La Instrucción 4/17 es, según su propio texto, continuación de la 2/17, en que ordena a la policía judicial actuar “para impedir el referendo ilegal convocado para el día 1 de octubre en Cataluña”. Cabe recordar que la convocatoria “de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referendo” realizado por autoridades o funcionarios carentes manifiestamente de competencia dejó de constituir delito a raíz de la Ley orgánica 2/2005, que derogó los artículos 506 bis y concordantes, introducidos por la Ley orgánica 20/2003, que castigaba con prisión de tres a cinco años las referidas convocatorias.

La exposición de motivos de la ley derogatoria establecía que “Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a **conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión.**”

El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento **existen otras formas de control de la legalidad diferente a la vía penal.** Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas para quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal y **resulta inadecuado y desproporcionado recurrir a esta vía en la situación actual.**

2. Siendo penalmente atípica la convocatoria de un referendo por la autoridad carente de facultades para hacerlo, la persecución penal de las conductas a que se refiere la Instrucción 4/17 queda delimitada a la **desobediencia** que, si procede, pueda constituir el desacato al mandato del TC.

Ahora bien, el Acuerdo del TC de 7 de septiembre, acogiendo al artículo 87 de la LOTC, está **dirigido a los poderes públicos mediante notificación personal y nominativa**. El mandato es para “impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión” del referendo convocado. Y, por sí la evidente complejidad del mandato activo y omisivo no fuera inteligible, aclara que “en particular” se prohíbe iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdos o actuaciones que permitan la preparación y/o la celebración del referendo.

El mandato activo y omisivo va dirigido, única y exclusivamente, a las personas físicas que encarnan los poderes públicos, nominativamente consignadas en el Acuerdo del TC de 7 de septiembre y receptoras formales de la notificación correspondiente. **La extensión de la desobediencia a cualquier particular o persona no incluida en el Acuerdo del TC resulta un exceso no amparado en la normativa vigente.**

3. En la Instrucción 4/17 el fiscal hace referencia a “actuaciones para impedir el referendo ilegal”, **sin precisar los delitos que deberían ser investigados y perseguidos**, cosa que habría sido conveniente y esclarecedora. En esta deseable precisión radica la frontera entre un derecho penal democrático, garantista, de mínima intervención y de proporcionalidad, y la puerta abierta a indeseables errores o excesos gubernativo-policiales y limitaciones de derechos constitucionales como por ejemplo el de expresión y de manifestación.

La preparación y/o la celebración del referendo no es delito, pero la desobediencia al TC que ordenó la suspensión sí que es delito. Y las actuaciones que estén conectadas con esta desobediencia, si corresponde, también pueden ser delito. Si no se asegura la frontera del derecho penal democrático quizás también se podría pretender añadir, como delitos conexos, delitos contra el orden público, ocasionalmente acontecidos en el curso del ejercicio pacífico del derecho de manifestación. Y, en último caso, el más severo delito contra el orden público, que es el de sedición. El fiscal general y, en su nombre, el de la Audiencia Nacional ya se han referido a esta posibilidad, que alcanzaría a particulares que no son poderes públicos.

4. La Instrucción del fiscal reconoce expresamente que, en esta misma materia, ya hay una actuación judicial. El Estatuto orgánico del ministerio fiscal (EOMF), en su artículo 3.4, establece que es función del fiscal ejercer la acción penal. En su apartado siguiente, 3.5, regula su función de intervenir en el proceso penal instando de la autoridad judicial las medidas cautelares y las diligencias encaminadas al

esclarecimiento de los hechos y “pudiendo ordenar a la policía judicial las diligencias que estime oportunas”. Ahora bien, el artículo 773 de la Ley de enjuiciamiento criminal marca la prioridad de la autoridad judicial y proscribire la dualidad de iniciativas instructoras. En concreto, el último párrafo del artículo 773 establece que **“el fiscal debe cesar sus diligencias tan pronto como se entere de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”**.

5. Respecto de la **coordinación de los cuerpos policiales**, el artículo 46.2 de la Ley orgánica de cuerpos y fuerzas de seguridad prevé la concurrencia de cuerpos en “determinados servicios o en la realización de una actuación concreta”. No es la situación actual, cuando se trata de coordinar en general la acción de las policías con referencia a actuaciones futuras e indeterminadas, aunque sea con referencia a una finalidad común (el primero de octubre), pero muy general y que puede dar lugar a actuaciones de tipo muy diverso.

Además, la instrucción del Fiscal pretende ejercer una función de “coordinación”, pero el artículo 46 LOCFS se refiere a la “dirección” de operaciones en casos concretos. “Coordinar” y “dirigir” no son funciones equivalentes, tal y como ha establecido una extensísima doctrina del propio Tribunal Constitucional.

En cambio, la coordinación general de fuerzas policiales está prevista expresamente en la LOFCS a través de mecanismos e instrumentos concretos, como por ejemplo el artículo 48 (Junta de Seguridad). Además, después de la LOFCS, se han aprobado otras normas que también concretan los mecanismos de coordinación entre las policías. En este sentido, el Estatuto de 2006, en su artículo 164.4, establece que la Generalitat participa, por medio de una junta de seguridad de composición paritaria entre la Generalitat y el Estado y presidida por el presidente de la Generalitat, en la coordinación de las políticas de seguridad y de la actividad de los cuerpos policiales del Estado y de Cataluña.

Por otra parte, el artículo 164.5 del propio Estatuto atribuye a la Policía de la Generalitat todas las funciones propias de un cuerpo de policía y determina que tiene como ámbito de actuación el conjunto del territorio de Cataluña. Esta regulación ha sido desarrollada en diferentes juntas de seguridad, que permitieron que en el año 2008 el Cuerpo de Mossos de Esquadra ya hubiera completado su despliegue en todo el territorio de Cataluña.

El cuerpo de Mossos de Esquadra, como otros policías integrales, tiene la doble función de mantenimiento de la seguridad y el orden público (art. 164.5.a EAC) y de policía judicial (art.164.5.c EAC). En esta segunda función, el Cuerpo de Mossos podría ser requerido por jueces o fiscales para evitar la celebración del referendo convocado para el primero de octubre, **pero lo que en ningún caso estaría justificado es que las tareas de mantenimiento de la seguridad y el orden público deban**

quedar a las órdenes del Ministerio del Interior por decisión de un fiscal. El mantenimiento del orden en las concentraciones que ha habido y pueda haber estos días es, de acuerdo con el Estatuto, competencia del Cuerpo de Mossos y de la Generalitat.

En este sentido, por tanto, la Instrucción del Fiscal supone materialmente una intervención de los Mossos de Esquadra, sin atenerse a los procedimientos constitucionalmente previstos para llevarla a término, si procede (art. 155 CE), y por tanto, sin base legal ni constitucional.