

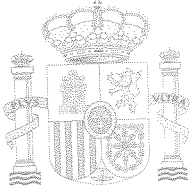
EXCMO. SR.

La Junta de Fiscales de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Cataluña, reunida el día de hoy y convocada conforme al art 24.1 y 4 del EOMF, en relación con el único punto del orden del día relativo a la procedencia de entablar acciones penales por delito de Desobediencia (art 410 C.P.) contra Autoridades de la Generalitat de Catalunya por su intervención en el denominado "Proceso de participación ciudadana" acontecido el pasado día nueve de los corrientes ha adoptado por unanimidad someter a V.E. las consideraciones que se contienen en el presente informe y en otro documento que se adjunta al mismo:

Hechos

Es un hecho notorio que el día 9 de noviembre de 2014 se celebró en Catalunya, así como en otras ciudades situadas fuera del territorio nacional, una consulta planificada y auspiciada por el Govern de la Generalitat de Catalunya, que convocó a todos los españoles con vecindad administrativa en Catalunya mayores de 16 años de edad, así como a los extranjeros, tanto comunitarios como extracomunitarios, residentes en el territorio de dicha Comunidad Autónoma que cumplieran los requisitos de permanencia previamente establecidos, a pronunciarse mediante voto escrito y secreto sobre el futuro político de Catalunya, y en concreto, sobre si debía constituirse en un Estado, y si ese Estado debía ser independiente de España.

La convocatoria se articuló a través de la página web www.participa2014.cat que ha servido de órgano institucional de referencia para difundir los mensajes propagandísticos de la Generalitat en los que se animaba a los ciudadanos a participar en la consulta, para recabar la colaboración de quienes desearan tomar parte activa en la organización y desarrollo del evento en calidad de



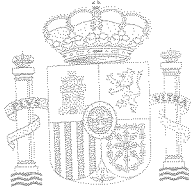
voluntarios, facilitando la inscripción previa en un registro, y para mantener permanentemente informado al público en general sobre los requisitos de la participación en el proceso, puntos de votación, papeleta oficial a utilizar –en formato descargable–, y otras cuestiones relacionadas con el proceso participativo.

Es igualmente notorio, en cuanto fue objeto de publicación oficial y por los medios de comunicación generales, que dicho proceso participativo fue impugnado por el gobierno de la nación ante el Tribunal constitucional, el cual dictó Providencia de admisión con fecha 4 de Noviembre del tenor literal siguiente:

El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda:

1.Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad, admitirá trámite el escrito presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

2.Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.



3.- Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC).

De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

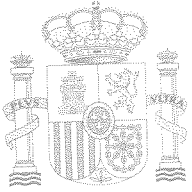
4. Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia.

5. Publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil catorce.

El objeto de debate se centra en determinar si las conductas desplegadas por las autoridades y funcionarios integrados en la Generalitat de Catalunya, con ocasión del citados “proceso participativo” resultan prima facie constitutivas de un delito de desobediencia a la autoridad judicial contemplado en el art 410 del C.P

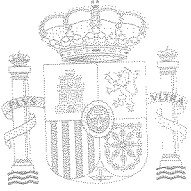
Primero.- En primer lugar, poner de manifiesto que la configuración típica de la conducta de desobediencia a resoluciones judiciales u órdenes de la autoridad superior contemplada en el art 410 del C.P., junto a su interpretación jurisprudencial, ha producido de antiguo un copioso debate científico acerca de su capacidad para abarcar cualquier conducta renuente o rebelde para con lo acordado por la autoridad judicial.



La evolución de la legislación penal española ha exigido, para excluir algunas zonas de impunidad, la creación de tipos penales que no constituyen sino formas de desobediencia a decisiones judiciales. El delito de impago de pensiones (227 CP) o el de quebrantamiento de medida cautelar (art 468 1 y 2 C.P.) son una buena muestra de ello.

Segundo.- En este caso, consideramos que resulta discutible la existencia de una "orden" entendida como "La existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta" (STS 8/2010 de 21 de enero FJ 4º). Según el texto de la Providencia dictada por el TC el pasado día 4 de los corrientes en la misma se acuerda: "suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella". Por otro lado, los actos impugnados, -según se lee más arriba en la propia resolución-, lo son: "las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html>, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta." Según el tenor de la providencia cabría entender que el acuerdo alcanza a "todas" las actuaciones de la Generalitat de Catalunya en relación con el autodenominado proceso de participación cualquiera que sea su naturaleza o trascendencia.

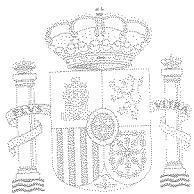
La ausencia de orden concreta, precisa y determinada supone, obviamente, la falta de un destinatario con los mismos atributos. Como



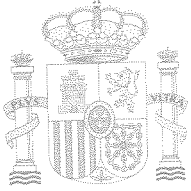
acabamos de exponer, la Providencia que venimos analizando, tampoco se dirige a un destinatario concreto. Es obvio que el President de la Generalitat se hallaba en disposición de conocer su contenido, e incluso se ordena la comunicación de la resolución a su persona, pero también lo es que, no habiéndose dirigido requerimiento alguno a persona concreta o determinada por parte del Tribunal emisor de la Resolución, si atribuimos a esta la condición de “orden” y por lo tanto presupuesto del delito de desobediencia, parece razonable que dicha orden debiera alcanzar y conminar, tras su publicación en el BOE y en el DOGC, a todas las autoridades y funcionarios públicos del territorio en el que tuvo lugar la celebración del proceso participativo conforme a lo dispuesto en el art 87.1 de la LOTC.

A mayor abundamiento, la omisión de tal requerimiento, parece responder a una decisión meditada por el Tribunal emisor de la resolución. En el Suplico de la demanda del Abogado del Estado se instaba a la publicación de la resolución en los periódicos oficiales “para su debido e inmediato cumplimiento de acuerdo con el art 87.1 LOTC..., con las responsabilidades a que su infracción pudiera dar lugar”. Pues bien, este último inciso entrecorillado, no fue recogido en el texto de la resolución sin que quepa inferir que en asunto de tanta trascendencia fuese debido a un olvido involuntario.

Tercero.- Por otra parte, es preciso determinar si cabe atribuir algún alcance, o puede influir en la determinación del presupuesto típico, el hecho de que la Providencia que acuerda la suspensión, se haya dictado previa invocación del art 161.2 CE. el cual dispone: *” 2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”*.



No puede desconocerse que la invocación, -en la demanda del Gobierno de la Nación-, del art 161.2 CE, supone que el TC **debe** acordar la suspensión invocada sin más trámite. Así el ATC 74/1991 "El art. 161.2 de la Constitución dispone que la impugnación por el Gobierno de las disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional «producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida». Siguiendo dicho precepto, la Ley Orgánica del este Tribunal (en adelante, LOTC) previó la suspensión en los recursos de inconstitucionalidad (art. 30), en los conflictos positivos de competencia (art. 64.2) y en las impugnaciones reguladas en el título V LOTC (art. 77). Conforme a la interpretación y a la práctica seguida desde sus orígenes por este Tribunal, la suspensión prevista por el art. 161.2 C.E. se ha configurado como una potestad del Gobierno estrictamente tasada a los supuestos expresamente previstos (ATC 462/1985) y de carácter excepcional, tanto por su alcance limitativo (ATC 139/1981), como por ser contraria al principio de presunción de legitimidad de la norma (STC 66/1985, fundamento jurídico 3.º), en contraposición al carácter de medida cautelar de la suspensión contemplada en el art. 64.3 LOTC, referida a los conflictos positivos de competencia planteados por las Comunidades Autónomas, que se acordará o denegará por el Tribunal Constitucional a solicitud de los órganos ejecutivos de las mismas (AATC 38/1983 y 284/1985). La suspensión, previa invocación expresa del Gobierno en el escrito de interposición de la demanda (así, la invocación extemporánea no tendrá efectos suspensivos, AATC 231/1985, 350/1985 y 568/1985), se produce con efectos automáticos sobre la vigencia y aplicación en el caso de su admisión a trámite, según la práctica hasta ahora seguida en cada caso por este Tribunal. Los efectos suspensivos se entiende que afectan, y así se ha dicho en las providencias de admisión, a la vigencia y aplicación de la disposición impugnada desde la fecha de formalización, interposición o presentación de la demanda. Por último, para garantizar su cognoscibilidad, de acuerdo con el principio de publicidad de las normas establecido por el art. 9.3 C.E.(STC 179/1989, fundamento jurídico 2.º), se



dispone la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y en el de la Comunidad Autónoma correspondiente de la admisión de la demanda y de la suspensión de la disposición o resolución recurrida.»

Así pues, no cabe duda que dadas tales circunstancias la convicción del Tribunal ha resultado limitada por la invocación de la norma constitucional contenida en el repetido 161.2 y con ello cabe plantearse si podemos hablar propiamente de una desobediencia a la “voluntad” del órgano decisorio.

Cuarto.- De otro lado, consideramos que el legislador ya detectó en su día una laguna en el ámbito de la protección penal de la competencia estatal prevista en el art 149.1.32º de la CE. Así, la LO 20/2003 de 23 de Diciembre incorporó a nuestro texto punitivo entre otros el art "506 bis, el cual sancionaba a:

- 1. La autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.*
- 2. La autoridad o funcionario público que, sin realizar la convocatoria o autorización a que se refiere el apartado anterior, facilite, promueva o asegure el proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencia o atribuciones para ello, una vez acordada la ilegalidad del proceso será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta."*



Las razones que movieron al legislador a derogar a través de la LO 2/05 de 22 de junio dicho precepto escapan a nuestra valoración pero abundan en el argumento que, ante una conducta de cierta complejidad típica, como la que se desarrolló en el territorio de Cataluña el pasado día nueve, dirigir la respuesta penal a un delito de desobediencia común puede hallar indeseadas áreas de impunidad.

Estimamos que las objeciones que acabamos de poner de manifiesto dificultan sobremanera la viabilidad de una eventual acción penal a ejercitar contra el Presidente de la Generalitat y miembros de su gobierno por el delito que analizamos, sin que por ello, no dejemos de ser conscientes de que, -en contraste con el papel que está representando ante el Tribunal constitucional como parte procesal respetuosa y sumisa con el iter procesal-, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña se ha recurrido al empleo de argucias jurídicas sin precedentes, -ni siquiera en derecho comparado-, y actuado con absoluta falta de lealtad al acuerdo constitucional.

No obstante V.E. resolverá.

Barcelona a 17 de Noviembre de 2014.

El Fiscal Superior de la C.A de Cataluña.

Fdº.: José María Romero de Tejada Gómez.

EXCMO SR. FISCAL GENERAL DEL ESTADO

MADRID.

