

A LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Don Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, en representación del **Molt Honorable Sr. Carles Puigdemont i Casamajó, President de la Generalitat de Catalunya**, en nombre del **Govern de la Generalitat de Catalunya**, de conformidad con los poderes notariales que aportamos en este acto para que sean testimoniados y del Acuerdo de Govern de fecha 2 de octubre de 2017 que también presentamos, con la asistencia letrada de D. *Agustí Carles i Garau*, colegiado ICAG núm. 3032, y a tenor de las previsiones del artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante el presente escrito **nos personamos** ante la Sala y formulamos **QUERELLA** por la posible comisión de los delitos de prevaricación y usurpación de funciones públicas, en base a los hechos y fundamentos de derecho que a continuación se exponen:

I

QUERELLANTE

Es parte querellante el **President de la Generalitat de Catalunya**, el **Molt Honorable Sr. Carles Puigdemont i Casamajó**, en nombre del **Govern de la Generalitat de Catalunya**, por ostentar la **Generalitat de Catalunya** la cualidad de ofendida por las actuaciones de los querellados en cuanto han perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos básicos como las funciones de seguridad pública ejercidas por el **Cuerpo de Mossos d'Esquadra**, el funcionamiento de centros docentes y otros servicios públicos impartiendo ordenes y instrucciones ilegítimas.

II

QUERELLADOS

La querella se interpone contra el **Excmo. Sr. Fiscal General del Estado**, D. **José Manuel Maza Martín**, y contra el **Excmo. Sr. Fiscal Superior del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya** D. **José María Romero de Tejada Gómez**, mayores de edad y cuyos antecedentes penales no constan

III

COMPETENCIA

Es competente para el conocimiento de la querrela la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de acuerdo con el fuero personal establecido para el Fiscal General del Estado en el art. 57.1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta atribución competencial atrae el conocimiento a la causa de los hechos ejecutados por el Fiscal Jefe de Catalunya por la íntima conexión existente con los ejecutados por el Fiscal General y a los efectos de no dividir la continencia de la causa de acuerdo con lo previsto en el art. 272, apartado tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

HECHOS

I.- El Fiscal General del Estado, el querrellado Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, en fecha 13 de septiembre de 2017 y en uso de las facultades que le atribuye el art. 25 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para impartir órdenes y instrucciones a sus subordinados, redactó una instrucción dirigida a los Fiscales Jefes Provinciales en la que, tras exponer en un extenso relato las actuaciones llevadas a cabo por el Tribunal Constitucional en relación al referéndum de autodeterminación convocado para el día 1 de octubre de 2017 en Catalunya les ordenaba la práctica de determinadas diligencias de investigación. (Se adjunta como documento núm. 1 copia de la referida resolución designándose a los efectos probatorios oportunos los archivos de la Fiscalía General del Estado)

En la referida Instrucción se refiere la existencia de una página web de l'Associació de Municipis per a la Independència en la que consta que un nutrido grupo de Alcaldes catalanes han firmado un Decreto para poner a disposición del Govern de la Generalitat los locales municipales necesarios para organizar el referéndum.

Para reprimir la actuación de los referidos ediles, y sin la menor argumentación sobre la tipicidad de su conducta salvo la etérea referencia a la participación en lo que denomina un "referéndum ilegal" que no delictivo, el Fiscal General ordena:

"Primero: se proceda a incoar diligencias de investigación, en relación con cada uno de los Ayuntamientos radicados en la respectiva Fiscalía que aparecen en el listado adjunto, y se cite, por medio de la Policía Judicial, al Alcalde, para que en relación con los presuntos actos de cooperación en la organización del referéndum ilegal declare en calidad de investigado y asistido de Letrado."

.../...

Segundo: se proceda, en el caso de que el Alcalde citado no comparezca, a acordar su detención y presentación en Fiscalía, oficiando a los Mossos d'Esquadra como Policía Judicial para que la lleven a efecto en el plazo más breve posible.

Nótese que los delitos apuntados en el propio escrito del Ministerio Fiscal son los de desobediencia (art. 410 CP), prevaricación (art. 404 CP) y malversación de caudales públicos (art. 432 CP) y sin embargo se imputa a los alcaldes "participar en un referéndum ilegal" sin que se haga el menor esfuerzo para incardinar ésta conducta en alguno de los tipos referidos.

En los días siguientes al traslado de la Instrucción a las Fiscalías Provinciales se procedió con gran celeridad a la citación en la calidad de investigados a un buen número de Alcaldes, como es de público conocimiento.

II.- En fecha 8 de septiembre de 2017, el Fiscal Superior de Catalunya presentó querrela contra todos los miembros del Govern de Catalunya. En el apartado décimo de la exposición fáctica de la referida querrela se concretaba su objeto en los siguientes términos:

"En definitiva, el objeto de la presente querrela se centra en la aprobación de los Decretos 139/2017 y 140/2017, ambos de 6 de setiembre, por parte de los miembros del Govern de la Generalitat de Catalunya, violando frontalmente los pronunciamientos del TC sobre la inconstitucionalidad del referéndum de autodeterminación."

Según la versión del representante del Ministerio Público, los hechos presuntamente delictivos se concretaban en la convocatoria y organización de un referéndum de autodeterminación y se tipificaban como indiciariamente constitutivos de sendos delitos continuados de desobediencia y prevaricación, y también de un delito de malversación de caudales públicos.

III.- Por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Civil y Penal, de fecha 12 de septiembre de 2017, en les Diligencias Indeterminadas 41/2017, posteriormente acumuladas a las Diligencias Previas núm. 3/2017, se declaró competente para el conocimiento de los hechos denunciados en la querrela del Ministerio Público y la admitió a trámite, especificando claramente en el apartado segundo de la parte dispositiva que lo era *“por los delitos continuados de desobediencia a resoluciones judiciales cometido por Autoridad Pública, prevaricación continuada y malversación de caudales públicos **sin perjuicio de la comisión de otros delitos directa o indirectamente relacionados con los anteriores.**”*

Es decir, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se declara competente para el conocimiento de los hechos denunciados en la querrela así como de los que se pudieran cometer relacionados directa o indirectamente con aquellos (se adjunta como documento núm. 2 copia del referido Auto designándose las Diligencias Previas 3/2017 por si fuera menester su cotejo).

Mediante Auto de 21 de septiembre de 2017 la Instructora designada acuerda ya las primeras diligencias de investigación.

IV.- Desde el mismo día de la presentación de la querrela ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y a pesar de hallarse judicializada la causa, el Fiscal Jefe de Catalunya inicia una frenética actividad investigadora en paralelo a la instrucción de la causa incoada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Así, mediante la *“Instrucción 2/2017 dirigida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: Guardia Civil, Policía Nacional y Mossos d’Esquadra”*, de 12 de septiembre de 2017, el Fiscal Jefe de Catalunya asume plenamente la investigación de los mismos hechos que ya son objeto de las Diligencias Previas 3/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya en los siguientes términos:

*“Por lo expuesto, la actuación de las Unidades policiales bajo su mando, en todos los supuestos de actos que se ejecuten en su demarcación por autoridades o funcionarios públicos o por particulares en connivencia con aquellos, **dirigidos a la preparación y celebración del referéndum de autodeterminación**, en tanto indiciarios de delitos de desobediencia, prevaricación y malversación, se ajustará a la siguientes*

Primera. *Ante la existencia o conocimiento de cualquier hecho de la naturaleza descrita, o **conexo** con los anteriores, se procederá a elaborar de forma urgente el informe o atestado oportuno, que contendrá todos los datos necesarios acerca de su ejecución, autoría, participación y circunstancias concurrentes.*

Segunda. *La comunicación o informe policial a modo de “noticia criminis” en cumplimiento de lo previsto en el art. 284 LECrim, se remitirá con carácter urgente al Fiscal Jefe de la Fiscalía territorialmente competente.”*

Tercera. *Los funcionarios policiales practican de forma inmediata las diligencias necesarias para acreditar los hechos delictivos y determinar las responsabilidades penales exigibles, así como cuantas les encomiende el Fiscal, remitiendo al mismo su resultado, al amparo de lo previsto en los arts.284, 287, 295 y 296 LECrim y demás normativa vigente.*

Cuarta. *Los funcionarios policiales, a fin de evitar la consumación o el agotamiento de los delitos, procederá directamente a adoptar las medidas necesarias para intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, requisando urnas, sobres electorales, manuales de instrucciones para los miembros de las mesas electorales, impresos electorales, propaganda electoral, elementos informáticos así como cualquier otro material de difusión, promoción o ejecución del referéndum ilegal, conforme a las previsiones del art. 770.3º LECrim” (Se adjunta como documento núm. 3 copia de la mencionada Instrucción a los efectos probatorios pertinentes).*

Como se constata fácilmente, la Fiscalía asume plenamente la investigación de los hechos relacionados con el referéndum de autodeterminación, hechos que, insistimos, ya se habían trasladado por el propio Fiscal Jefe de Catalunya al ámbito de conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, y con un completo menosprecio a su autoridad.

V.- Prosiguiendo su actividad investigadora, el Fiscal Jefe de Catalunya dicta una nueva Instrucción, la 3/2017 de fecha 14 de septiembre de 2017, dirigida también a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los Mossos d’Esquadra, en la que imparte las siguientes directrices:

*“Primera. Ante la reiterada intención de materializar el próximo 1 de octubre un referéndum ilegal, suspendido por el Tribunal Constitucional, la Guardia Civil, el Cuerpo Nacional de Policía y los Mossos d’Esquadra **redactarán sendos Planes de Actuación para impedir la celebración del referéndum, dirigidos a sus Unidades subordinadas, con la finalidad de evitar la comisión de los delitos de desobediencia, prevaricación u malversación de caudales públicos.** El citado Plan deberá contener, al menos los siguientes apartados:*

- . Situación*
- . Normas aplicables.*
- . Transmisión de información sobre actos preparatorios, medios empleados en la comisión del pretendido referéndum y locales que pudieran ser empleados.*
- . Zona de actuación.*
- . Normas de actuación previa la celebración del pretendido referéndum.*
- . Normas de actuación en torno a la celebración del pretendido referéndum.*
- . Dispositivos previstos.*
- . Medios necesarios y disponibles.”*

Como se constata con lo que acabamos de transcribir, el Ministerio **Público no sólo asume la investigación integral de los actos vinculados a la celebración del mencionado referéndum, sino que se irroga, además, la dirección técnica y operativa de la policía judicial actuando como un auténtico “Jefe de la Policía”**, y con un completo e incomprensible olvido de las propias instrucciones emanadas de la Fiscalía General del Estado, en concreto las referidas en el apartado IV de la *“Instrucción núm. 1/2008, de la Fiscalía General del Estado, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la policía judicial”*. (Se adjunto como documento núm. 4, copia de la referida Instrucción)

VI.- En fecha 22 de septiembre de 2017, el Fiscal Jefe de Catalunya dicta una nueva Instrucción, la 4/2017 dirigida otra vez a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los Mossos d’Esquadra en la que, *“al objeto de facilitar las funciones de coordinación de todos los cuerpos participantes he dispuesto que **la coordinación de los dispositivos que, en su caso, deba realizarse sea ejercida por el Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad, bajo mi dirección personal.**”* (Se adjunto como documento núm. 5 copia de la referida Instrucción).

Con esta decisión, la Fiscalía altera la dependencia orgánica de los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que realizan las funciones de policía judicial, adscribiéndolos a un órgano de la Administración del Estado que no forma parte de la cadena natural de los mandos del Cuerpo, función para la que tampoco se halla legalmente habilitado.

VII. En fecha 25 de septiembre de 2017, el Fiscal Jefe prosigue con su actividad ordenadora de la investigación de les actuaciones derivadas de la convocatoria de un referéndum de autodeterminación, y dicta la Instrucción 5/2017, dirigida ésta vez sólo al Major del Cos de Mossos d'Esquadra y se le compele a que practique inmediatamente las siguientes diligencias relacionadas con los Colegios electorales anunciados y que concreta en:

“1) Personación en el centro educativo o centro administrativo designado colegio electoral para la identificación del responsable del mismo con constancia del puesto que ocupa y de la fecha y día de su nombramiento.

2) En el mismo acto se le requerirá para que manifieste:

a) Si ha recibido alguna comunicación de los responsables del Departament de Ensenyament, -o de aquel al que su centro pertenezca-, solicitando su colaboración del repetido referéndum.

b) En caso afirmativo deberá hacer entrega de cuanta documentación posea en relación a estos hechos (comunicación de su designación como colegio electoral, instrucciones de actuación, personas de contacto para incidencias, petición de que entregue las llaves del centro en un lugar determinado etc.). De haber recibido tan solo una comunicación se le solicitará que precise la identidad de su interlocutor o interlocutores.

c) De haber recibido algún tipo de material, papeletas, urnas, listados de votantes, ordenadores, etc. Se procederá a su inmediata intervención por la fuerza actuante.

d) En el mismo acto se le pondrá de manifiesto:

1.- Que la entrega de llaves y/o claves de seguridad de los locales de los que es responsable legal a cualquier persona privada o pública incluida la administración educativa podrá ser considerado un acto de colaboración en los delitos de desobediencia, prevaricación y malversación de caudales públicos dando lugar a responsabilidad penal y civil por tales infracciones.

2.- Si las llaves/claves estuvieran ya entregadas por un duplicado, o la Administración de la que dependan tuviera una copia de seguridad, se le advertirá de su obligación de impedir la apertura sin su autorización, así como la de denunciar sin demora a la policía la presencia en su centro de personas ajenas al mismo.

3.- Se le comunicará que, por las razones expuestas, es rotundamente falsa y sin fundamento legal cualquier comunicación administrativa que le garantice que la entrega del control del local, del que es legalmente responsable, le exima de responsabilidad en delitos derivados de la organización del referéndum.

4.- Por último se le advertirá de que cualquier tipo de amenaza, coacción o presión para ceder el control del local por cualquier autoridad, funcionario o particular debe ser inmediatamente puesta en conocimiento de la Fiscalía, directamente o a través de los Mossos a fin de que ejercite las acciones oportunas.” (Se adjunto como documento núm. 6, copia de la Instrucción parcialmente transcrita).

VIII.- Finalmente, en fecha 26 de septiembre de 2017, el Fiscal Jefe de Catalunya imparte la Instrucción 6/2017 dirigida otra vez al Major del Cos de Mossos d'Esquadra en la que, manifiesta que *“las diferentes actuaciones realizadas en el marco de las correspondientes actuaciones judiciales en curso, así como en cumplimiento de las instrucciones de esta Fiscalía, han tenido consecuencias en la intervención de instrumentos, efectos y herramientas preordenadas a la realización del referéndum suspendido por el Tribunal Constitucional, **cercenando las posibilidades materiales de llevarlo a efecto en toda su amplitud**”*. Se reconoce pues, lo que por otra parte era una evidencia: que la Fiscalía ha investigado e instruido la causa al margen de la autoridad judicial.

Sin embargo, y a pesar de considerar que se han cercenado las posibilidades de llevar a efecto el referéndum, el Fiscal Jefe sigue dictando diligencias de investigación de un amplio alcance, invadiendo nuevamente el espacio competencial de una causa ya judicializada

Así, establece:

“Primera: El Cuerpo de los Mossos d'Esquadra, en el marco de sus competencias legalmente conferidas, deberá planificar y ejecutar, de acuerdo con el sistema de coordinación dispuesto por esta Fiscalía Superior mediante Instrucción 4/2017, los servicios necesarios para garantizar:

a) El precintado de los locales o establecimientos que han sido o sean designados como puntos de votación para los actos del día 1 de octubre, desalojando en su caso a las personas que hubiera en el lugar destinado a la votación, con identificación de los responsables y participantes, en la ocupación e incautando los efectos e instrumentos destinados a facilitar la votación, especialmente urnas, equipos informáticos, papeletas y

documentación o propaganda electoral. En cada actuación se instruirá el correspondiente atestado. El citado precintado deberá ser visible efectivo, utilizando materiales que garanticen la inviolabilidad del sellado y un cartel que advierta de la responsabilidad penal en la que se incurriría caso de violentar el precinto. El precintado de los locales, así como el eventual desalojo e incautación, deberá ser completado con antelación suficiente y en todo caso antes del día 30 de septiembre, dando cuenta a la Fiscalías provinciales o de Área competentes del resultado de las incidencias que ocurran durante la ejecución de las operaciones, dentro del período antes citado.

b) La vigilancia de la integridad de los precintos, desde su ejecución material hasta las 21 horas del día 1 de octubre, dando cuenta a las Fiscalía de la ruptura de los precintos o accesos a los locales que eventualmente se produzcan, desde el momento en que sean conocidos por el Cuerpo de los Mossos d'Esquadra, sin perjuicio de la confección ulterior del correspondiente atestado policial. Al mismo tiempo, y en caso de resultar preciso, se procederá a la repetición de las operaciones citadas en el apartado anterior, al objeto de restablecer el precintado de los locales y establecimientos y su desalojo, con identificación de las personas implicadas en la violación del precinto y la intervención, en su caso, de los efectos señalados en la disposición anterior, confeccionando un nuevo atestado.

c) La no constitución de las mesas previstas por los organizadores del referéndum suspendido por el Tribunal Constitucional para las 07:30 horas del día 1 de octubre. Con este objetivo de prevenir la conformación de las votaciones, y como medio también de prevenir problemas posteriores de orden público, mediante un dispositivo específico en cada punto de votación a desplegar antes de la hora citada, se deberá impedir el acceso a los responsables de la conformación de las mesa, disponiendo un amplio dispositivo, con la necesaria asignación de recursos humanos y materiales para impedir la entrada en el punto de votación, así como la conformación de la mesa y demás tareas previas a la votación, con la identificación de los responsables y participantes, e incautando, en su caso, a los efectos e instrumentos destinados a garantizar la votación, especialmente urnas, equipos informáticos, papeletas y documentación y propaganda electoral. En cada actuación se instruirá el correspondiente atestado, dando cuenta a las Fiscalías provinciales o de Área competentes y a esta Fiscalía del resultado y de las incidencias que ocurran durante la ejecución de las operaciones.

d) Cuando el local previsto como punto de votación se halle en el interior de un edificio más amplio, el dispositivo desplegado deberá evitar igualmente que se intente producir la votación en otro lugar del mismo

establecimiento o en sus inmediaciones –incluida la vía pública- , hasta un radio de seguridad de 100 metros del local designado.” (Se adjunto como documento núm. 7, copia de la Instrucción citada)

Como se constata fácilmente del tenor literal de las Instrucciones del Fiscal querellado, no sólo invade las competencias judiciales, sino las de las autoridades administrativas responsables de la seguridad ciudadana y del orden público, estableciendo, con todo lujo de detalles, los pormenores de la actuación policial.

IX.- Finalmente, y ante la irregular actuación del Fiscal Jefe de Catalunya, mediante Auto de fecha 27 de septiembre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Sala de lo Civil y Penal se dispone:

*“En relación al Ministerio Fiscal y a la vez que su notificación, póngase en su conocimiento de que, de conformidad con el artículo 773.2 in fine, y además concordantes, **deberá cesar en las diligencias, actuaciones e instrucciones que hasta el momento vinieras sustanciando en relación con estos hechos.**”*

Es decir, ha sido necesario el requerimiento judicial para que el Fiscal Jefe de Catalunya cesara en su irregular empeño de instruir la misma causa de la que ya conocía el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, en plena confrontación con las previsiones legales establecidas al efecto.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Esta querrela se formula contra el Fiscal General del Estado y contra el Fiscal Superior de Cataluña por la comisión de hechos tipificados en el Código penal español como prevaricación (art. 404) y usurpación de atribuciones (art. 508). El delito de prevaricación lo comete "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo". En este caso nos encontramos ante una serie de resoluciones dictadas por el Fiscal General del Estado y otras por el Fiscal Superior de Cataluña, referidas en el apartado fáctico de este escrito de querrela.

En primer lugar, la Orden dictada por el Fiscal General de Estado con fecha 13 de septiembre de 2017 y dirigida a los Ilmos. Sres. Fiscales Jefes Provinciales de Cataluña entraña una clara desmesura en el ejercicio de sus funciones. En ella se ordena a las referidas autoridades del Ministerio Fiscal que procedan a incoar diligencias de investigación en relación con todos los Ayuntamientos que aparecían adheridos a la Declaración de municipios por la independencia y "*se cite por medio de la policía judicial, al Alcalde, para que en relación con los presuntos actos de cooperación en la organización del referéndum ilegal declare en calidad de investigado y asistido de Letrado*". La resolución tiene incluso el cuidado de ordenar que se proceda, en caso que el Alcalde no comparezca, a acordar su detención y presentación en Fiscalía.

II

La referida Orden de 13 de septiembre carece de base legal y constituye un puro ejercicio arbitrario del poder, por las siguientes razones. Por una parte, la decisión de citar a declarar a un ciudadano en calidad de investigado tan sólo puede basarse en la existencia de indicios de que el mismo puede haber cometido un hecho delictivo, no con la finalidad de evitar que pueda llegar a cometerlo. Sin embargo, la firma por parte de los Alcaldes de una declaración de apoyo a la convocatoria de un referéndum y su disposición a colaborar con el mismo no son hechos constitutivos de delito. La Orden toma como pretexto la suspensión de la convocatoria del referéndum por parte del Tribunal Constitucional y la querrela presentada contra el presidente de la Generalitat y otras personas integrantes de su Gobierno, entre quienes no se encuentran los alcaldes, por presuntos delitos de desobediencia, prevaricación y malversación de caudales públicos. Pero a ningún profesional del Derecho puede escapar que el apoyo moral o político a un acto delictivo no supone que quien manifiesta tal apoyo sea autor ni cómplice del mismo. El Código penal no tipifica la apología respecto a ninguno de los citados delitos, ni ninguna clase de actos preparatorios como la provocación, proposición o conspiración.

Asimismo constituye una evidencia para cualquier autoridad judicial o profesional del Derecho que el *ius puniendi* del Estado tan sólo puede ejercerse legítimamente contra quienes han cometido un hecho delictivo y en ningún caso contra quienes existe el riesgo de que vayan a cometerlo o incluso llegaren a manifestar su disposición a llevarlo a cabo en el futuro. La declaración de la ilegalidad del referéndum, que es utilizada por la Orden como pretexto, no implica, según impone el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) que el mismo sea un hecho delictivo en si, de manera tal que pudiera llegar a justificarse una persecución penal ilimitada contra todos quienes cooperen en el mismo.

Por otra parte, la medida adoptada tiene un carácter manifiestamente desproporcionado y por consiguiente abusivo, dado que afecta a más de 700 alcaldes, la mayoría de los alcaldes de Cataluña, y al señalar como presuntos delincuentes a tan gran cantidad de autoridades elegidas democráticamente se causa un daño a los mismos e indirectamente a una gran parte de la población catalana, elementos que no pueden pasar desapercibidos a la hora de valorar el carácter arbitrario y abusivo de la decisión adoptada por la autoridad que detenta el máximo poder de persecución de la delincuencia en el Estado.

III

En segundo lugar, la querrela que se dirige contra el Fiscal General del Estado y contra el Fiscal Superior de Cataluña se fundamenta en la serie de Instrucciones emitidas por éste, en cumplimiento de las órdenes dictadas por aquél, dirigidas a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y al *Major* del Cuerpo de los *Mossos d'Esquadra*.

Como se ha indicado en el relato fáctico, en la Instrucción núm. 2/2017, de 8 de septiembre de 2017, tras recordar la declaración de nulidad efectuada por el Tribunal Constitucional en fecha 14 de febrero y los deberes legales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se ordenan una serie de actuaciones que deben ser cumplidas por éstas, en sus funciones de policía judicial, en relación con "*todos los supuestos de actos*" que se ejecuten por autoridades, funcionarios y particulares en connivencia con aquellos, dirigidos a la preparación y celebración del referéndum de autodeterminación, en tanto indiciarios de los delitos de desobediencia, prevaricación y malversación.

Entre otras actuaciones, requiere de los funcionarios policiales que adopten las medidas necesarias para intervenir los efectos o instrumentos destinados a preparar o celebrar el referéndum ilegal, requisando urnas, sobres electorales, manuales de instrucciones, impresos electorales y elementos informáticos, entre otros, en ejecución de los poderes derivados de lo previsto en el art. 770,3 LECrim. Posteriormente, en la Instrucción 4/2017, de 22 de septiembre, se dispuso que la coordinación de todos los Cuerpos participantes se ejerciera por parte de una autoridad gubernativa del Ministerio del Interior, el Director del Gabinete de Coordinación y estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad, a quien atribuye poderes de convocar y dirigir reuniones de planificación y coordinación.

En la Instrucción 5/2017, de 25 de septiembre, el Fiscal Superior de Cataluña, en ejecución de oficio dirigido a la misma por el Fiscal General del Estado, se ordena a los Mossos d'Esquadra que practiquen de modo inmediato una serie de diligencias relacionadas con los colegios electorales, entre las cuales la intervención inmediata de papeletas, urnas, listados de votantes, ordenadores, etc. y que se advierta a los responsables de los centros educativos o centros administrativos de que la entrega de llaves o claves de seguridad podrá ser considerada un acto delictivo.

La Instrucción 6/2017, de 26 de septiembre, dirigida al *Major* del citado cuerpo policial va mas lejos y le ordena el precintado de los locales o establecimientos designados como puntos de votación, desalojando a las personas que pudiera haber en los mismos, vigilando la integridad de los precintos, impidiendo el acceso a los responsables de conformar las mesas electorales y de las personas que vayan a dirigirse al punto de votación. La Instrucción llega incluso a ordenar que el dispositivo policial evite "*que se intente producir la votación en otro lugar del mismo establecimiento o en sus inmediaciones (incluida la vía pública) hasta un radio de seguridad de 100 metros del local designado*". Tales ordenes constituyen una clara desmesura en el ejercicio del poder por parte de las citadas autoridades del Ministerio Fiscal, dado su carácter generalizado y la evidente afectación que las mismas pueden tener en un amplísimo numero de personas que pueden verse afectadas en su derecho fundamental a la libertad de movimientos. Asimismo, debido a su carácter generalizado el cumplimiento estricto de estas ordenes puede causar un entorpecimiento en servicios públicos, como centros sanitarios o de investigación, y una restricción del derecho de los ciudadanos y titulares de los centros educativos a organizar actividades en los mismos durante los fines de semana, sean estas de carácter cultural, deportivo o político, todas ellas amparadas por la Constitución, el Ordenamiento jurídico y las declaraciones internacionales de derechos.

El carácter desproporcionado de las medidas ordenadas queda patente incluso a la vista del Auto de 27 de septiembre de 2017 dictado por la sala Civil y Penal del TSJC en las Diligencias Previas 3/2017, que después se comenta, el cual configura de modo mucho mas limitado el dispositivo de control y las intervenciones coercitivas que se requiere a la policía que ejerza contra la población. Cabe por último tener en cuenta los riesgos inherentes para la integridad física de las personas al no ir acompañadas las órdenes dictadas de advertencias de precaución ante un uso excesivo de la fuerza por parte de los funcionarios policiales contra las personas, teniendo en cuenta que al momento de dictarse la Orden era ya perfectamente previsible que el cumplimiento de la misma podría llevar a un enfrentamiento con un amplio número de personas no sospechosas de haber cometido ni ir a cometer delito alguno.

IV

El tipo delictivo del art. 404 del Código penal describe el delito de prevaricación como un delito especial propio cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona que tenga la condición de autoridad o funcionario público. No cabe duda de que los querellados reúnen las condiciones necesarias para ser considerados como autoridad a efectos penales. Como de modo reiterado ha puesto de manifiesto la doctrina, los funcionarios y autoridades del Ministerio Fiscal no pueden ser sujetos activos del delito de prevaricación judicial (art. 446), pero nada impide que puedan ser considerados autores del delito de prevaricación del art. 404.

En todo caso un escollo a salvar para la exigencia de posible responsabilidad derivada de este tipo penal podría ser la referencia a que la resolución se haya dictado en un "asunto administrativo". Este elemento del tipo no es óbice para que algunos autores en la doctrina hayan aceptado que los miembros del Ministerio Fiscal también pueden cometer prevaricación ex art. 404. Para ello es fundamental entender que "asunto administrativo" debe entenderse en sentido amplio y funcional, teniendo en cuenta los fines del Derecho penal y las necesidades de protección del bien jurídico, y no en los estrictos términos de lo que en Derecho administrativo cabe calificar como "acto administrativo". La referencia a asunto administrativo tiene el sentido de acotar el ámbito típico de la prevaricación al del ejercicio de las funciones que son propias de los poderes de la autoridad y funcionario, en ejercicio de las cuales puede incurrir en abuso de poder.

Así, la jurisprudencia ha interpretado que excluye las decisiones puramente políticas o gubernativas (STS 597/2014). Sin embargo, una interpretación en exceso restrictiva de la referencia típica al asunto administrativo tendría como consecuencia un espacio de impunidad absoluto para las actuaciones abusivas que pudieran llevar a cabo los miembros del Ministerio Fiscal, que se convertirían así en las únicas autoridades o funcionarios inmunes a la posible exigencia de responsabilidades penales. Ante la ausencia de una previsión típica expresa de la prevaricación de tales autoridades y funcionarios cabe sostener, de lege data, la pertinencia de entender que las decisiones que adopten en el ejercicio de las competencias derivadas del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la LECrim son, a efectos penales, resoluciones recaídas en un asunto administrativo. El Auto núm. 3142/2005, de 15 de marzo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, al desestimar una querrela interpuesta por el Partido Popular contra el entonces Fiscal General del Estado, centra la argumentación en la negación del carácter arbitrario de la decisión adoptada por el mismo, sin cuestionar, y por lo tanto asumiendo implícitamente, que la referida autoridad puede ser considerado, en su caso, sujeto activo del delito de prevaricación.

V

El elemento central del tipo de prevaricación radica en el concepto de resolución arbitraria. Que lo dictado por los querellados son resoluciones no puede ponerse en duda, dado que constituyen decisiones dictadas al amparo de las previsiones de la LECrim, que atribuye al Ministerio Fiscal competencias en materia, sin perjuicio de que la sobreactuación del mismo constituya además usurpación de atribuciones, como posteriormente se verá. No nos encontramos ante actuaciones mediante las cuales el referido Ministerio interesa de la autoridad judicial la apertura de un procedimiento, la realización de ciertas diligencias o la condena al acusado por un delito, sino de decisiones directamente ejecutables, que consisten en ordenes dirigidas a la policía judicial y que las Fuerzas y Cuerpos de seguridad judicial deben cumplir sin necesidad de que medie ninguna decisión final por parte de ninguna autoridad judicial.

En lo que concierne a la arbitrariedad, ésta debe ser entendida como algo que va mas allá de la mera ilegalidad o injusticia, de modo que cabrá reputar arbitraria aquella decisión que es expresión de un puro acto de voluntad, en este caso la voluntad de dar cumplimiento a la decisión política adoptada por el Gobierno del Estado, explicitada reiteradamente a través de diversos portavoces, de impedir por la fuerza la realización del referéndum de autodeterminación en Cataluña. La arbitrariedad deriva en este caso de la absoluta desproporción y del hecho que los efectos de la decisión afectan a derechos fundamentales y se proyectan sobre un número muy amplio de personas. La utilización desmesurada de la fuerza policial proyecta sobre la población una imagen de Estado policial que los responsables del Ministerio público tienen precisamente la obligación de evitar. Dado el impacto de las decisiones y la alta responsabilidad y conocimiento jurídico de las autoridades querelladas, la valoración de la arbitrariedad de sus decisiones debe someterse a un escrupuloso escrutinio, pues las consecuencias de todo orden del abuso de poder en que incurran así lo reclaman.

En estos términos deberá efectuarse también la valoración del dolo, como elemento esencial del tipo subjetivo, que a través del procedimiento penal que mediante este escrito se pretende incoar habrá oportunidad de enjuiciar mediante las reglas propias de la valoración y prueba de este elemento subjetivo. Los pronunciamientos efectuados por diversas autoridades y expertos a nivel nacional e internacional como respuesta a la actuación de la Fiscalía pueden considerarse un indicio suficiente de la posible existencia de arbitrariedad que debe ser judicialmente investigada. Así por ejemplo, las declaraciones de los expertos de la ONU reproducidas en La Vanguardia de 29 de septiembre de 2017: *"Independientemente de la legalidad del referéndum, las autoridades españolas tienen la responsabilidad de respetar los derechos que son esenciales de las sociedades democráticas"*.

El documento califica como preocupantes las detenciones de políticos, las acusaciones de sedición, los registros en imprentas o el bloqueo de webs, medidas que según tales expertos “parecen violar derechos individuales fundamentales, coartando la información pública y la posibilidad de un debate en un momento crítico para la democracia española”.

VI

Como antecedentes de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo cabe traer a colación la sentencia de 27 julio 2015, según la cual: “La jurisprudencia de esta Sala en relación con el delito mencionado está plenamente consolidada y en numerosas ocasiones hemos señalado por lo que hace al elemento objetivo del mismo (ver STSS 773/2014, de 28 de octubre, y todas las que se recogen en la misma, y todavía la más reciente 815/2014, de 24 de noviembre) que *"se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así, se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino pura y simplemente producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad"*. Asimismo, el Alto Tribunal ha sostenido que el concepto de resolución en asunto administrativo, a efectos de su subsunción en el artículo 404 CP, "no debe ser interpretado de manera rígida, como ha señalado repetidamente nuestra jurisprudencia, que incluso ha admitido resoluciones verbales (STS 520/2016)". Esta última precisión debe tenerse en cuenta a los efectos de valorar la responsabilidad del Fiscal General del Estado que deriva no solo de la Orden formalizada por escrito y por él firmada sino también de las órdenes verbales dirigidas al Fiscal Superior de Cataluña.

VII

Los hechos relatados son asimismo constitutivos de un delito de usurpación de atribuciones. Según dispone el art. 508 del Código penal español comete este delito "la autoridad o funcionario publico que se arrogare funciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente". Sujeto activo de este delito puede serlo cualquier autoridad o funcionario que no tenga funciones judiciales, entre los cuales cabe considerar incluidas a las autoridades del Ministerio Fiscal. El tipo delictivo introducido en el CP1995 difiere de su antecesor en el Código penal anterior, que limitaba la esfera de sujetos activos a los funcionarios del orden administrativo. La conducta típica consiste en una invasión de funciones judiciales, tal cual ha sucedido en los comportamientos que son objeto de esta querrela.

Las ordenes e instrucciones dictadas por los querellados se adoptaron al amparo o bajo el pretexto de los poderes ampliados que la LECrim atribuye al Ministerio Fiscal en la investigación de hechos delictivos. Sin embargo, el mismo artículo 773 de la citada Ley procesal, después de establecer cuales son sus atribuciones, dispone in fine que *"cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos"*. En este caso era obviamente conocido por los querellados que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había abierto las Diligencias Previas núm. 3/2017, precisamente a partir de las dos querellas presentadas por la Fiscalía Superior de Cataluña contra los miembros del Gobierno de Cataluña por la presunta comisión de los delitos que precisamente la Fiscalía pretendía investigar. Como consecuencia de ello finalmente ha sido el propio Tribunal quien mediante Auto de 27 de septiembre de 2017 ha dictado ordenes a los cuerpos policiales para que realicen una serie de actividades. Al haber recaído esta resolución judicial interlocutoria ha quedado patente la falta de competencia de la Fiscalía para adoptar las referidas órdenes e instrucciones, dictadas en usurpación de atribuciones judiciales, así como el carácter desproporcionado y abusivo de las mismas.

VIII

DILIGENCIAS A PRACTICAR

Con el fin de esclarecer los hechos denunciados en la presente querella, así como determinar la participación en los mismos de los querellados, interesamos la práctica de las siguientes diligencias de instrucción:

1º.- Que se reciba declaración en calidad de investigados a los querellados.

2º.- Que se tengan por aportados los documentos que se adjuntan con el presente escrito, recabando testimonio de sus originales a la Fiscalía General del Estado, la Fiscalía Superior de Catalunya y el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si fuere menester.

3º.- Que se solicite de la Fiscalía General del Estado y de la Fiscalía Superior de Catalunya que se aporte a la causa cualquier informe, instrucción, orden, carta o comunicación referida a los hechos denunciados distinta de las ya aportadas con la presente querella, especialmente las recibidas o cursadas al Gobierno del Estado o cualquiera de sus Ministerios o Autoridades.

4º.- Que se aporte a la causa la hoja histórico penal de los querellados.

5º.- Cualesquiera otras diligencias que se estimen pertinentes para el esclarecimiento de los hechos objeto de la querella.

Por todo lo expuesto,

A LA SALA SOLICITO: que tenga por presentado el presente escrito y por interpuesta querrela contra el Excmo. Fiscal General del Estado, Sr. José Manuel Maza Martín y contra el Excmo. Fiscal Superior de Catalunya , Sr. José María Romero de Tejada Gómez, la admita a trámite y en consecuencia proceda a incoar Diligencias Previas , así como a la práctica de las diligencias de investigación solicitadas.

En Barcelona para Madrid, 2 de octubre de 2017.

Agustí Carles i Garau

Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld

Letrado ICAG 3032

Procurador

