

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL FISCAL, en la causa especial referenciada, incoada a partir del escrito de **DENUNCIA** formulado por la representación procesal de D. Joaquín Torra Pla, Presidente de la Generalitat de Cataluña, contra los Excmos./as. Sres/as. D. **Mariano Rajoy Brey** y D^a **Soraya Sáenz de Santamaría**, a la sazón, Presidente y Vicepresidenta, respectivamente, del Gobierno de la Nación, denuncia que se sustenta, a criterio del denunciante, en la *“arbitraria y extralimitadora decisión de negarse a la publicación en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña del Decreto 2/2018, de 19 de Mayo, de nombramiento del Vicepresidente del Gobierno y de los Consejeros y Consejeras de los Departamentos de la Generalitat, contraviniendo con ello la ejecución de un acto reglado, debido y obligatorio, y constitutivo de un delito de prevaricación por omisión del artículo 404 del C.Penal”*, **COMPARECE** y **DICE**:

1º. Que en orden a la **COMPETENCIA** para el conocimiento de la denuncia, a la vista del contenido del art. **57.1.2º** de la LO. del Poder Judicial, corresponde a esa Excma. Sala Segunda del Tribunal Supremo.

2º. La denuncia, como acaba de indicarse, atribuye a sus destinatarios, conjuntamente, la comisión de un delito **prevaricación** del art. **404 CP** (“la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”), en su modalidad de comisión por omisión, posibilidad, que como indica la denuncia, está plenamente admitida por la Jurisprudencia, de lo que es claro ejemplo la cadena de resoluciones del Tribunal Supremo (Sala 2^a) que en la denuncia se señala, que se inicia en 1.997 (Acuerdo de Pleno de 30 de Junio de ese año) y culmina, entre otras, con la sentencia que se transcribe de 13 de Febrero de 2017, en la que concreta que *“la posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a un*

denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cuál sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos”.

Y es a través de esta segunda modalidad comisiva sobre la que el denunciante construye y desarrolla su pretensión, señalando como punto de partida el dictamen de la “Comisión Jurídica Asesora” de la Generalitat de Cataluña, y que por unanimidad y mediante un dictamen de 24 de mayo de 2018, señala su criterio en el sentido de que *“las atribuciones estatutarias del Presidente (sic) de la Generalitat tendentes a la constitución del Gobierno, como es el nombramiento de sus miembros, tienen naturaleza discrecional y no están sometidas a ninguna autorización o control derivados de las medidas adoptadas en aplicación del artículo 155 de la Constitución española. El Presidente de la Generalitat puede ordenar la publicación del Decreto de 2/2018 (...) sin embargo esta publicación en el DOGC está sometida actualmente a autorización, en el marco de las medidas excepcionales y extraordinarias adoptadas en aplicación del art. 155 CE, así como del Real Decreto 944/2017, de 27 de Octubre. Teniendo en cuenta que esta autorización comporta un control meramente formal y constituye un acto reglado y debido, en el caso de no otorgarse o de denegarse expresamente, el órgano que tiene que autorizar la publicación del Decreto incurre en un incumplimiento de la ley, en contravención con el ordenamiento jurídico”.*

Y es, precisamente, a partir de esta cuestión, el carácter o no reglado y obligatorio, por parte de la Administración del Estado, del acto de publicación en el Diario Oficial de la Generalitat del Decreto 2/2018, de 19 de Mayo, de nombramiento del Vicepresidente del Govern y de los Consejeros/as de los Departamentos de la Generalitat, donde el Ministerio Fiscal quiere comenzar a mostrar su frontal oposición al contenido de la denuncia y a su pretensión de existencia de responsabilidades penales para los denunciados.

Y para ello hemos de situarnos en el contexto temporal y jurídico en el que los hechos suceden y que no es otro que el excepcional régimen en que se desarrollan las relaciones de la Administración Central con la Generalitat de

Cataluña a partir del 27 de Octubre de 2017, fecha en la que se hace público el Acuerdo del Pleno del Senado, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 CE. Esta excepcionalidad, que la propia Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña reconoce, se manifiesta al inicio del acuerdo del Senado cuando se hace referencia a *“la extraordinaria gravedad en el incumplimiento de las obligaciones constitucionales y la realización de actuaciones gravemente contrarias al interés general por parte de las Instituciones de la Generalitat de Cataluña”* (punto I. a), lo que mueve al órgano legislativo a proceder a *“la aprobación de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del interés general por parte de la Generalitat de Cataluña, incluidas en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 21 de Octubre de 2017 con las siguientes condicionamientos y modificaciones (...)* (punto II), condicionamientos y modificaciones que en modo alguno afectan al punto E.3 del Acuerdo del Consejo de Ministros en el que, bajo el epígrafe *“publicaciones en boletines oficiales”* se señala que *“a fin de garantizar, con arreglo a la normativa estatal y autonómica de aplicación, la adecuada publicación de resoluciones , actos, acuerdos o disposiciones normativas, cualesquiera que fuese su rango, de naturaleza administrativa o parlamentaria, en el Diario de la Generalitat de Cataluña o en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, los órganos o autoridades que cree a tal efecto o designe el Gobierno de la Nación dispondrán de las facultades previstas en el apartado “Medidas dirigidas a la Administración de Generalitat” de este Acuerdo, “medidas” entre las que se incluye “someter a un régimen de comunicación o autorización previa las actuaciones de la Administración de la Generalitat, siendo nulos los actos, actuaciones y resoluciones que se adopten sin este requisito. Cuando dichos actos, actuaciones y resoluciones se sometan a un régimen de comunicación previa, los órganos o autoridades designados por el Gobierno de la Nación podrán oponerse, con carácter vinculante, a su resolución”, de donde se deduce, de manera concluyente, que dichos “órganos o autoridades” podían decidir, de acuerdo con su criterio, si actos como el de proceder o no a la publicación de un Decreto del Presidente de la Generalitat resultaba o no contrario a las finalidades del Acuerdo de 21 de Octubre de 2017 y a las perseguidas por la aplicación del art. 155 CE, y al llegar al entendimiento de que efectivamente la publicación del Decreto sí era contrario a*

dichas finalidades es por lo que los denunciados, en el marco de sus facultades y de la discrecionalidad que el Acuerdo les proporcionaba, deciden su no publicación.

Dicho de otra forma, la “autorización previa” a la que nos estamos refiriendo y que se recoge en el apartado E-3 del Acuerdo de 21 de Octubre de 2018, no es, como pretende el denunciante, un acto reglado y obligado en todo caso, de manera que si la publicación en cuestión se considera contraria al ordenamiento jurídico, es evidente que la misma debe denegarse, de acuerdo con la habilitación derivada de la aplicación del art. 155 CE.

Podemos por tanto concluir esta parte de nuestro razonamiento indicando que las facultades conferidas en virtud del art. 155 CE al Gobierno de la Nación implican otorgarle la realización de un juicio de valor acerca de si la resolución de la Generalitat de Cataluña que se analiza es contraria a dicho ordenamiento, y si ello así se considera, puede y debe oponerse a la publicación de dicha resolución.

Ello nos lleva a la necesidad de analizar si el Decreto 2/2018, de 19 de mayo, emanado de la Presidencia de la Generalitat de Cataluña, a través del que se nombraba al Vicepresidente del Gobierno y a los Consejeros y Consejeras de los distintos Departamentos era o no conforme a la legalidad vigente, lo que despejará la duda de si la decisión de su no publicación por el Gobierno de la Nación constituye o no una resolución “injusta” y “arbitraria” merecedora por ello de reproche penal (404 CP).

Analizando la Ley 13/2008, de 5 de Noviembre, de la Generalitat de Cataluña, “De la Presidencia y del Gobierno”, nos encontramos con que el art. 17.2 de la misma señala que *“el nombramiento de los miembros del Gobierno surte efecto a partir de la toma de posesión. El Gobierno queda constituido tras haber tomado posesión del cargo todos sus miembros”*, lo que conduce a distinguir entre “nombramiento” y “toma de posesión”, de manera que el primero es previo y causalmente dirigido a la toma de posesión, la que otorga efectividad al nombramiento y habilita para el posterior ejercicio de las funciones conferidas, de manera que no resulta procedente un “nombramiento” que posteriormente no pueda surtir efecto jurídico alguno en el “nombrado”.

Situándonos en el caso concreto, en referencia a la situación procesal de algunos de los “nombrados” Consejeros por el Decreto 2/2018, parece evidente que la situación de prisión preventiva no anula sin más el derecho reconocido en el art. 23.2 CE (derecho de acceso a la función y cargos públicos). No obstante, el ATC de 22 de mayo de 2018 pone de manifiesto que *“parte de las facultades de representación política anejas al cargo – singularmente aquellas que tienen como presupuesto su ejercicio en situación de libertad personal – se han visto afectadas, y en algún caso limitadas decisivamente por resoluciones judiciales como la cuestionada, pues la limitación se apoya precisamente en su situación de preso preventivo”*.

Por lo tanto, es la Autoridad judicial competente la que ha de realizar la debida ponderación entre los derechos reconocidos en los arts. 17 CE (libertad) y 23.2 CE (acceso a la función pública), como forma de determinar si existe o no causa que justifique constitucionalmente la restricción de los derechos fundamentales que se analizan, y es precisamente este juicio de ponderación el que ha sido llevado a cabo por el Instructor del procedimiento 20907/2017 a través de su auto de 21 de mayo de 2018, mediante el que deniega la libertad solicitada al entender que para los Consejeros nombrados por el Decreto 2/2018 (sres Turull y Rull) persiste el riesgo de “reiteración delictiva”, lo que justifica el mantenimiento de su situación de privación de libertad y con ello la imposibilidad, por tanto de acudir a su toma de posesión como tales Consejeros.

Es precisamente el contenido y fundamento del auto judicial reseñado los que otorgan plena justificación a la decisión del Gobierno de la Nación de no proceder a la publicación del Decreto 2/2018.

El mismo razonamiento puede aplicarse a las situaciones de los también nombrados Consejeros sres. Comín y Puig, residentes, en Bélgica, y cuya situación es la de huidos de la Justicia, así como procesados y en situación de prisión provisional por los mismos motivos que se han señalado para los Consejeros que se hallan en prisión efectiva. Tampoco puede olvidarse que la ausencia de territorio nacional de los sres Comín y Puig vulnera el derecho fundamental de los demás integrantes del Parlamento de Cataluña para el ejercicio de algunas

funciones parlamentarias esenciales como la de control del Gobierno, que puede, exigir su presencia física en el Parlamento.

Finalmente, y desde la perspectiva del fundamento y finalidad del Acuerdo del Senado, de 27 de Octubre de 2017, por el que se aplica el artículo 155 CE, ha de considerarse que el nombramiento de un Gobierno de la Generalitat de Cataluña que pueda ejercer sus funciones con arreglo al ordenamiento vigente es presupuesto necesario para la vigencia misma de ese Acuerdo, y ello exige, por lo tanto, la verificación de la legalidad de las actuaciones de la Generalitat, de forma y manera que el acto de publicación de un Decreto de nombramiento de Vicepresidente y Consejeros no puede ser considerado como un acto “reglado” y debido, ya que su control de legalidad forma parte esencial del Acuerdo del Senado, hasta el punto de que determina su propia vigencia.

En consecuencia, y por lo motivos expuestos, estima el Fiscal que la denegación de la publicación del Decreto 2/2018, de nombramiento como consejeros de personas que se hallan en situación de prisión provisional o huidos de la Justicia, no puede ser considerado como un acto “injusto” y “arbitrario” en los términos exigidos por el art. 404 CP según la interpretación del Tribunal Supremo.

3º. En base a las anteriores consideraciones, el Fiscal, interesa la **INADMISIÓN** de la denuncia y el inmediato **ARCHIVO** de las actuaciones, sin más trámites.

OTROSI: siendo notorio, por su aparición en los medios de comunicación, que por el Gobierno de la Nación se solicitó informe a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado acerca de la obligación de publicar en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña el Decreto 2/2018, de 19 de Mayo, así como que dicha Dirección informó en el sentido de que no existía tal obligación, el Fiscal somete a la consideración de esa Excm. Sala, y si ello se estima necesario, que se proceda a solicitar del Secretario de Estado de Administraciones Territoriales la remisión de copia de dicho informe

SUPLICA A LA SALA que teniendo por presentado este escrito con sus copias, le dé el correspondiente curso y tras los trámites oportunos, resuelva en la forma interesada por el Ministerio Fiscal.

Madrid 8 de Junio de 2018

EL TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Luis NAVAJAS RAMOS

