

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

En Madrid, a 30 de septiembre de 2024.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. - Con fecha 1 de julio de 2024 se dictó auto por esta Sala cuya parte dispositiva decía lo siguiente:

«LA SALA ACUERDA: 1.- No procede el archivo definitivo de la ejecutoria abierta para el cumplimiento de la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 12 años, en los términos expresados en el fallo de nuestra la sentencia 459/2019, 14 de octubre.

Conforme a las respectivas liquidaciones de condena que constan en la presente ejecutoria, D. Oriol Junqueras extinguirá su condena el 17 de julio de 2031; D. Raúl Romeva y D. Jordi Turull el 5 de julio de 2030; Dña. Dolors Bassa el 10 de octubre de 2031.

2.- Dese traslado al Fiscal, la Abogacía del Estado, la acusación popular y la defensa de los condenados con el fin de que, en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta, en relación con el delito de desobediencia, en los términos expuestos en el FJ 2.1.4 de esta misma resolución».

2.- Contra dicho auto se ha interpuesto recurso de súplica por el Ministerio Fiscal, en el que insta se deje sin efecto la resolución citada y, en su lugar, se declare que los hechos a los que se refiere la presente ejecutoria tienen encaje en el artículo 1 de la LO 1/2024, 10 de junio (en adelante, Ley de Amnistía).

3.- La Abogada del Estado también ha formulado recurso de súplica contra el auto de 1 de julio de 2024 e insta que se entienda *«que los hechos a los que han sido condenados los Sres. JUNQUERAS, ROMEVA, TURULL y a la Sra. BASSA, singularmente los señalados en el antecedentes de hecho segundo del auto de 12 de enero de 2023, que se muestran subsumibles en un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal vigente a la fecha en que se produjeron los hechos, sí le resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, sin que sea aplicable a*

ninguno de estos hechos las causas de exclusión previstas en el artículo 2 de la LOA, confirmando el resto de los pronunciamientos».

4.- La procuradora de los Tribunales Dña. Pilar Hidalgo López, en nombre y representación de la acusación popular, ha formulado recurso de súplica contra idéntica resolución y solicita su estimación *«por incongruencia omisiva, falta de motivación y lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en lo relativo a la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, y su aplicación al delito de desobediencia- objeto de la causa criminal de referencia-».*

En el mismo escrito insta la elevación de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

5.- El Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de D. Jordi Turull i Negre, formula recurso de súplica contra el auto de 1 de julio de 2024 y solicita que se deje sin efecto y se aplique al Sr. Turull la Ley de Amnistía, declarando completamente extinguida su responsabilidad penal.

6- El Procurador Don Emilio Martínez Benítez, en nombre y representación de D. Oriol Junqueras Vies y D. Raül Romeva Rueda insta también, a través del correspondiente recurso de súplica, la revocación del auto de 1 de julio de 2024 y *«haber lugar a lo peticionado en el escrito de esta parte de 11 de junio pasado».*

7.- El Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Dña. Dolors Bassa i Coll, recurre en súplica idéntica resolución e insta a *« declarar extinguida la responsabilidad penal de Dña. Dolors Bassa I Coll por la amnistía aprobada por la LO 1/2024 de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, dando por finalizada la ejecución de la pena de 12 años de inhabilitación absoluta, con privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, que le fue impuesta y*

que cumple en la actualidad, eliminándose los correspondientes antecedentes penales».

8.- Por providencia de 30 de julio de 2024 se tuvieron por interpuestos los citados recursos de súplica y se acordó su traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

La representación de D. Jordi Turull i Negre de adhirió a los recursos formulados por D. Oriol Junqueras Vies y D. Raül Romeva Rueda, Dña. Dolors Bassa i Coll, el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado.

La representación de Dña. Dolors Bassa i Coll se adhirió a los formulados por los Sres. Junqueras, Romeva y Turull y a los formulados por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado.

También se adhirió a los recursos formulados por las demás partes, con la excepción del interpuesto por la acusación popular, cuya desestimación insta la representación de D. Oriol Junqueras Vies y D. Raül Romeva Rueda.

9.- Es ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, el Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Manuel Marchena Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado, las respectivas representaciones legales de los Sres. Turull, Junqueras, Romeva y la Sra. Bassa, interponen recurso de súplica contra el auto de esta Sala dictado con fecha 1 de julio de 2024, en el marco de la ejecutoria núm. 20907/2017.

Existen puntos de coincidencias en los recursos formalizados que facilitan un tratamiento sistemático conjunto, evitando así las reiteraciones innecesarias.

Todos ellos incluyen un reproche compartido a esta Sala por lo que interpretan como un consciente distanciamiento en la resolución recurrida de las pautas hermenéuticas que autoriza el art. 3.1 del Código Civil.

Es también apreciable una similitud en los argumentos que pretenden demostrar que el auto recurrido representa un cambio radical frente a lo que nuestra jurisprudencia ha venido proclamando respecto de la relación entre el ánimo de lucro y el enriquecimiento.

Los recurrentes, además, participan de la idea de que no concurre en los condenados Sra. Bassa y Sres. Junqueras, Turull y Romeva, un beneficio personal de carácter patrimonial que habríamos confundido e identificado con el concepto más restringido de ahorro.

La acusación popular también formaliza recurso de súplica y atribuye incongruencia omisiva al auto recurrido, al no haber planteado cuestión prejudicial respecto del delito de desobediencia.

Ninguno de los recursos entablados puede prosperar.

2.- No tienen razón quienes consideran que el auto de fecha 1 de julio de 2024 es expresión del puro voluntarismo judicial.

La defensa del Sr. Turull, que atribuye a esta Sala la pérdida de cualquier *acutoritas* para resolver la petición que ahora hace valer, estima que hemos impuesto nuestra voluntad «... *por encima del texto de una ley democrática y de facto derogarla en lo que respecta a la malversación. Como con todo acierto se afirma en el voto particular suscrito por la Magistrada Ana Ferrer, "cuando se prescinde manifiestamente de la voluntas legislatoris y de la voluntas legis en su interpretación, como ocurre de una manera tan significativa en el caso, la decisión no es interpretativa sino derogatoria"*».

Insiste la defensa en que la inequívoca voluntad legislativa «... se ve contrariada por la decisión que ahora recurrimos, en la que, por medio de interpretaciones extravagantes, imprevisibles y sumamente forzadas del delito de malversación, se elude la decisión democrática tomada en sede parlamentaria por los representantes de la ciudadanía. Se podrá discutir, tal vez, sobre si una ley de amnistía cabe en el marco constitucional, pero lo que no admite ninguna discusión es que los delitos por los que fue injustamente condenado el Sr. Jordi Turull caben en el texto de dicha Ley, tanto si se atiende a su literalidad como si se toma en consideración el propósito del legislador y los antecedentes de la norma. De nuevo, el voto particular de la magistrada Ana Ferrer es tan claro como contundente: la interpretación de la mayoría ‘resquebraja los límites de la lógica’».

La defensa de los Sres. Junqueras y Romeva, anticipa que «... la finalidad última del presente recurso no es tanto convencer a la Sala de nuestra posición, sino agotar la vía interna (doméstica) que se erige como requisito para la fiscalización que habrá de hacer el Tribunal Constitucional».

Imputa a la resolución recurrida «...una interpretación legal inasumible y contra reo». Con cita doctrinal de apoyo, entiende que «...la creación judicial del Derecho (...) no es otra cosa que la ‘interpretación del derecho más allá del tenor literal de la norma y la intención expresada por el legislador’. En este sentido, el auto impugnado -a diferencia del voto particular, que se ajustaría escrupulosamente a la doctrina del *judicial self-restraint*, ha hecho suyo el objetivo de operar como un elemento de corrección del legislador: «... solamente el legislador democrático tiene legitimidad para dictar la ley y solamente un poder judicial que se limite a aplicarla puede respetar la separación de poderes».

El auto cuestionado se habría alineado -se aduce- con «...una interpretación inasumible y contraria al reo»

La defensa de la Sra. Bassa, en la misma línea, apunta que el auto recurrido «...socava los límites de la potestad jurisdiccional y se adentra peligrosamente en el terreno de la función legislativa, porque interpretar de manera tan amplia la Ley conlleva en este caso su práctica derogación».

2.1.- La interpretación de los preceptos que ha llevado a la Sala a excluir el delito de malversación de la amnistía exige atender no sólo a lo que ahora los recurrentes dicen que el legislador quiso amnistiar, sino a lo que efectivamente proclama la norma jurídica mediante la que pretende hacerse valer el perdón a los condenados. Como ya apuntábamos en el auto impugnado, entre la voluntad política que determina un cambio legislativo y los enunciados normativos con los que ese cambio pretende llevarse a cabo, es indispensable un enlace lógico, coherente y acorde con elementales exigencias de técnica jurídica.

Solicitar de esta Sala que interpretemos la Ley de Amnistía sin otra referencia que la que proporciona la voluntad del legislador es pedir que abdicuemos de nuestra función como jueces. No basta con la voluntad política para amnistiar un hecho. Es necesario que el texto legal que traduce ese ideario defina su ámbito objetivo con la precisión reforzada que es exigible a una norma que tan radicales efectos va a producir en principios estructurales del proceso penal.

La aplicación judicial de la norma impone un debate discursivo que no puede saldarse con la reclamación de los recurrentes de que limitemos nuestra tarea a hacer realidad la voluntad del legislador, eso sí, tal y como ellos interpretan y entienden esa voluntad conforme al discurso político -y no los enunciados normativos- con los que se ha explicado y justificado la Ley de Amnistía.

Las leyes no pueden interpretarse como un mandato verbal dirigido por el poder político a los jueces. Los textos legales, en cuanto textos escritos, encierran un mandato que se encuentra inserto en su propia letra. De la voluntad del legislador no queda más que el lenguaje y los conceptos jurídicos mediante

los que ha querido materializar su propósito. Por consiguiente, el imperio de la ley sólo puede garantizarse una vez el texto legal publicado es sometido a una interpretación judicial verificada conforme a las pautas hermenéuticas que definen el canon de racionalidad impuesto por el deber constitucional de motivación.

Como subrayábamos en el auto que se recurre, *«...incurriamos en un error metodológico si nuestra labor interpretativa se contentara con la indagación de lo que el legislador ha querido decir. Más allá del debate histórico que ancla sus orígenes en el primer constitucionalismo liberal, el juez no puede limitarse a ser 'la boca de la ley', que se detiene en una interpretación microliteral de la norma y que abdica de toda labor integradora que adapte el enunciado legal a los demás criterios de interpretación que proclama el art. 3 del Código Civil y, de modo especial, a los principios que definen el Estado de Derecho»*.

La exigencia de racionalidad de una decisión judicial no puede vincularse, como erróneamente sostienen los recurrentes, con la falsa necesidad de que los procesos argumentativos que le sirven de apoyo estén contruidos exclusivamente a partir de las declaraciones políticas e institucionales que, en el momento de su tramitación, anticiparon la finalidad de la amnistía. La imagen del juez como *«boca muda»* que debe limitar su función a proclamar consecuencias jurídicas que fluyan de la literalidad de la norma representa una imagen trasnochada que los recurrentes presentan ahora como el ideal democrático de una justicia respetuosa con el poder legislativo.

Pero tampoco una interpretación microliteral de la norma puede servir de apoyo exclusivo a la función interpretativa que el art. 117.3 de la CE atribuye a los jueces y tribunales. Y es que la textura abierta del lenguaje de cualquier norma impide que el alcance de su ámbito aplicativo esté prefijado de antemano por la simple literalidad de sus palabras. Esta idea adquiere un sentido especial cuando se trata de textos legales, como la Ley de Amnistía, cuyo proceso de elaboración se ha caracterizado por la falta de apoyo técnico al eludir los informes preceptivos de los órganos consultivos, tal y como recordaba el

dictamen de la Comisión de Venecia al que hacíamos referencia en el auto recurrido.

Los términos en que la Ley de Amnistía ha sido publicada no degradan a esta Sala a la condición de simple vehículo formal para una respuesta algorítmica, ajena al hábito argumentativo que preside sus deliberaciones. La aplicabilidad mecánica del derecho -la teoría del *ius strictum* que tanto ha cautivado a los absolutismos a lo largo de la historia- no se ajusta, pese a la línea argumental que inspira los respectivos recursos, a la «*justicia*» como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 de la CE).

Estas consideraciones sólo pretenden dar respuesta al discurso impugnativo de las defensas que se aferra, una y otra vez, a que la Sala no se ha limitado a aplicar la literalidad de la ley, sino que ha construido una resolución inspirada por el puro voluntarismo.

Se da la circunstancia, además, de que, frente a lo que se argumenta por los recurrentes, es la literalidad de la Ley de Amnistía, integrada conforme al canon constitucional de interpretación de las normas penales (art. 3.1 del Código Civil), la que conduce a la exclusión del delito de malversación de caudales públicos.

2.2.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha sido ajena a esta forma de concebir la tarea jurisdiccional en el momento de interpretar las leyes.

Con arreglo a esta idea, ha declarado que para la determinación del alcance de un determinado enunciado normativo es indispensable estar a la voluntad expresada en el *preámbulo* de la propia norma (*voluntas legislatoris*). Los preámbulos de las leyes, aunque carentes de valor normativo, «*constituyen un elemento importante de la interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas*» (vid. SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, 150/1990, de 4 de octubre, 173/1998, de 23 de julio, 116/1999, de 17 de junio; 222/2006, de 6 de julio; 68/2007, de 28 de marzo). Pero también debe estarse a los fines

perseguidos en la norma, inferidos mediante una interpretación literal, sistemática y teleológica de su *contenido (voluntas legis)*.

Para la interpretación de las normas jurídicas, el art. 3.1 del título preliminar del Código Civil fija unas pautas hermenéuticas a las que la dogmática atribuye no sólo un carácter interdisciplinar -son criterios válidos para todos los órdenes jurisdiccionales-, sino una naturaleza *preterconstitucional* en la medida en que sientan las bases interpretativas de la propia norma constitucional.

Cobra así especial significado la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo cuando recuerda que «...*la labor del intérprete no puede limitarse a identificar la voluntad del legislador, cuya actividad, por otro lado, quedó consumada con la objetiva creación del precepto, el cual pasa a ser el reflejo de aquella (...), sino que ha de averiguar la que se conoce como 'voluntas legis', esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado*» (STS, Sala Primera, núm. 564/2010, 29 de septiembre).

2.3.- En su legítima discrepancia a la interpretación de esta Sala, la defensa de los Sres. Junqueras, Turull y Romeva arguyen que la interpretación que ha llevado a no declarar amnistiado el delito de malversación encierra una interpretación *contra reo*.

Con apoyo en el voto particular que incorpora el auto recurrido, se afirma que ese desenlace es contrario al principio *pro reo*, que ha de inspirar cualquier interpretación judicial.

La Sala no puede identificarse con este criterio.

La Ley de Amnistía, como texto legal que pretende declarar extinguidas condenas impuestas por el Tribunal Supremo y avaladas por el Tribunal Constitucional, deja sin efecto principios constitucionales como la seguridad jurídica o la cosa juzgada (cfr. art. 9.3 de la CE). Es, por tanto, una norma de

carácter excepcional. Y esta excepcionalidad fue advertida en el dictamen de la Comisión de Venecia que, como venimos apuntando, señaló la necesidad de corregir la excesiva holgura de buena parte de sus enunciados.

Desde esta perspectiva, la interpretación y aplicación de las normas excepcionales nada tienen que ver con el principio *pro reo*. El art. 4.2 del título preliminar del Código Civil, cuyo valor interdisciplinar ya hemos subrayado con anterioridad, dispone que «*las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*».

La afirmación de que las dudas interpretativas que asalten al tribunal que ha de aplicar una ley de amnistía se resuelvan, siempre y en todo caso, a favor del reo no es sostenible. El principio *in dubio pro reo*, ligado al derecho constitucional a la presunción de inocencia, exige del juez que cuando albergue alguna duda acerca de la suficiencia probatoria con la que las acusaciones pretenden fundamentar una condena, resuelva siempre a favor del reo. La duda sobre el carácter suficientemente incriminatorio de la prueba aportada ha de conducir, sin excepción alguna, al dictado de una sentencia absolutoria. Ese -y sólo ese- es el ámbito operativo de lo que los recurrentes califican como un «*principio democrático*» que ha de inspirar la interpretación de cualquier norma penal.

El principio *pro reo*, frente a lo que sostienen las defensas, no define una pauta interpretativa que tenga que ser valorada cuando de lo que se trata es de delimitar el efecto extintivo de condenas impuestas después de un proceso celebrado con todas las garantías. La prueba ya fue valorada. Las dudas respecto de la autoría de los delitos imputados fueron también despejadas.

De hecho, para la solución de las dudas interpretativas que se susciten cuando dos preceptos son aparentemente aplicables para la calificación de un hecho delictivo -curso de normas-, el legislador da preferencia a la solución

menos favorable al reo: «...*el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*» (art. 8.4 del CP).

A la vista de la claridad de este mensaje, cobra pleno sentido la reflexión de uno de los más acreditados penalistas españoles cuando sugirió que las dudas interpretativas acerca de la calificación jurídica de un hecho sólo pueden ser resueltas conforme a un principio: «*in dubio pro studio*».

En definitiva, no existe razón alguna que admita una interpretación extensiva de los mandatos de la Ley de Amnistía, más allá de su estricto contenido y del significado que se infiere de sus enunciados, valorados a partir de las pautas metodológicas que ofrece el art. 3.1 del Código Civil.

3.- Centrada así nuestra aproximación interpretativa a la LO 1/1/2024, 10 de junio, la exclusión del delito de malversación de caudales públicos, tal y como fue definido y declarado probado en la sentencia que abre la presente ejecutoria, es un desenlace obligado a partir del análisis detenido de la literalidad del precepto, de su tramitación parlamentaria y del significado dogmático y jurisprudencial del concepto de enriquecimiento.

Sólo un precipitado análisis -legítimo desde una perspectiva de defensa incondicional de los condenados- que no se detenga en la acreditada divergencia entre lo que quiso decir el legislador y lo que finalmente dijo, permitiría sostener que la Ley de Amnistía ha perdonado los delitos de malversación que esta Sala declaró probados. No es asumible sugerir, como se desprende de lo argumentado por el Fiscal, la Abogacía del Estado y las defensas de los condenados, que la Ley de Amnistía ha perdonado todos los delitos de malversación cometidos «...*en el contexto del denominado proceso independentista catalán*» y que esta Sala ha de limitarse a estampar un “*visto bueno*” que conduzca a declarar extinguidas las responsabilidades criminales que justifican la presente ejecutoria.

Entre los arts. 1 y 2 de la Ley de Amnistía se desliza una contradicción en sus propios términos que dificulta sobremanera su combinada interpretación. De una parte, se perdona la dilapidación de fondos destinados a la organización de las consultas que tuvieron por objeto facilitar el proceso de emancipación de Cataluña; pero, al mismo tiempo, se excluyen de la amnistía los gastos que hayan implicado un enriquecimiento personal de carácter patrimonial de sus promotores, aun cuando se hayan realizado con la declarada finalidad de contribuir a la independencia nacional.

Salvar esta contradicción sólo puede lograrse a partir de una interpretación de lo que por enriquecimiento personal deba entenderse. Y ya anticipamos que la disposición de fondos públicos para la realización de un determinado proyecto político sólo es posible si esos fondos han sido previamente incorporados al patrimonio del responsable político que toma esa decisión. Enriquecerse no significa *hacerse rico*. El enriquecimiento, entendido como ejercicio de la capacidad de disposición sobre esos fondos públicos, supone un beneficio patrimonial que excluye la amnistía.

3.1.- El examen de la tramitación parlamentaria de la proposición de la Ley de Amnistía arroja luz sobre el porqué y los efectos de ese añadido excluyente del efecto extintivo.

Ninguna duda suscita, a la vista de su constatada notoriedad, el acuerdo suscrito el día 9 de noviembre de 2023 entre los partidos políticos PSOE y JUNTS. Este acuerdo inspiró la proposición de ley presentada ante el Congreso de los Diputados, sólo firmada entonces por el Grupo Parlamentario Socialista.

La Ley de Amnistía, según los firmantes del acuerdo, perseguía *«...procurar la plena normalidad política; institucional y social como requisito imprescindible para abordar los retos del futuro inmediato. Esta ley debe incluir tanto a los responsables como a los ciudadanos que, antes y después de la consulta de 2014 y del referéndum de 2017, han sido objeto de decisiones o procesos judiciales vinculados a estos eventos. En este sentido, las*

conclusiones de las comisiones de investigación de esta legislatura se tendrán en cuenta en la aplicación de la ley de amnistía en la medida que pudieran derivarse situaciones comprendidas en el concepto lawfare o judicialización de la política, con las consecuencias que, en su caso, puedan dar lugar a acciones de responsabilidad o modificaciones legislativas».

Ya en el apartado II de la Exposición de Motivos de la proposición de ley se señalaba lo siguiente:

«La presente ley orgánica amnistía los actos que hayan sido declarados o estuvieran tipificados como delitos o como conductas determinantes de responsabilidad administrativa o contable, vinculados a la consulta celebrada en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y al referéndum de 1 de octubre de 2017 (declarados ambos inconstitucionales en las sentencias del Tribunal Constitucional 31/2015, de 25 de febrero, y 114/2017, de 17 de octubre), que se hubiesen realizado entre el 1 de enero de 2012, año en el que comenzaron a desarrollarse los hechos del proceso independentista, y el 13 de noviembre de 2023. La amnistía abarca no solo la organización y celebración de la consulta y el referéndum, sino también otros posibles ilícitos que guardan una profunda conexión con los mismos, como pueden ser, a modo de ejemplo, los actos preparatorios, las diferentes acciones de protesta para permitir su celebración o mostrar oposición al procesamiento o condena de sus responsables, incluyendo también la asistencia, colaboración, asesoramiento o representación de cualquier tipo, protección y seguridad a los responsables, así como todos los actos objeto de la presente ley que acreditan una tensión política, social e institucional que esta norma aspira a resolver de acuerdo con las facultades que la Constitución confiere a las Cortes Generales.

En el texto del articulado, la proposición concretaba el período de tiempo en cuyo marco debía producirse el efecto extintivo de la responsabilidad criminal a los actos que hubieren sido realizados en el marco de las consultas entre los días 1 de enero de 2012 y 13 de noviembre de 2023, y ampliaba objetivamente el efecto extintivo -aunque no se encuentren directamente relacionadas con

estas consultas o incluso hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración- a las siguientes acciones:

a) *Los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos.*

b) *Los actos cometidos con la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017 por quien careciera de competencias para ello o cuya convocatoria o celebración haya sido declarada ilícita, así como aquellos que hubieran contribuido a su consecución.*

En ambos casos, tras ese enunciado y en relación con el concreto delito de malversación, precisaba que *«...se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de (...) malversación dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas (...) directamente o a través de cualquier entidad pública o privada»*. Y se añadía, sólo con alcance limitado al primero de los apartados: *«...así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad»*.

Es decir, en ese tramo temporal se incluía en el ámbito objetivo de la amnistía cualquier malversación relacionada con el proceso de independencia, sin referencia alguna a la obtención de cualquier género de beneficio patrimonial.

Sin embargo, como muestra la ulterior trayectoria legislativa, el legislador fue delimitando y restringiendo los supuestos de malversación que serían amnistiables.

3.2.- Tras el correspondiente plazo de proposición de enmiendas, nada cambió en relación con las previsiones sobre la malversación en el primer

informe de la ponencia de 29 de enero de 2024, ni en el dictamen de la Comisión del día siguiente.

Una vez devuelto el texto a la Comisión, al no haber obtenido en la votación final el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara, se redactó un nuevo dictamen que finalmente sería aprobado por las Cortes, en el que se restringió de forma consciente el ámbito de lo inicialmente declarado amnistiable respecto del delito de malversación: «...*siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad*».

Además, se ofrecía una explicación o definición negativa del término «*enriquecimiento*» que se incorporaba al articulado: «...*no se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial*».

3.3.- La modificación introducida al texto inicial -explicaba el legislador- era acorde con las directrices que inspiraron el dictamen de la Comisión de Venecia.

Pero como ya indicamos en el auto que ahora es objeto de recurso, más allá de la precisión con la que la Comisión de Venecia se aproximaba al régimen jurídico del delito de malversación y a la jurisprudencia de esta Sala que lo ha venido interpretando, la Comisión entendía que la malversación implica un enriquecimiento personal y que éste había concurrido en los hechos que determinaron la condena.

De este modo, el dictamen aceptaba -sin pronunciarse sobre la idoneidad del proyecto de amnistía, sobre su capacidad para alcanzar el objetivo declarado, su constitucionalidad o su compatibilidad con el derecho de la UE- la

posibilidad de amnistiar delitos de malversación con ánimo de enriquecimiento (apartado 22 del dictamen que se corresponde con el 20 del proyecto).

De ahí que, entre sus recomendaciones la Comisión de Venecia instara a los parlamentarios a definir una relación de causalidad más estrecha entre *«las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, su preparación o consecuencias y los actos de malversación y corrupción»* (apartado 124).

Es importante subrayar, por tanto, que la Comisión no hacía ninguna referencia al enriquecimiento personal de carácter patrimonial. Tampoco mostraba un parecer contrario a que se amnistiaran actos de corrupción. Exclusivamente sugería que una conexión más estrecha con los acontecimientos *«...debe ser la principal pauta de interpretación del derecho material»*. Por tanto, reputaba necesario que existiera una mayor consistencia en la determinación de los actos amparados por la amnistía, que deben estar intrínsecamente conectados con el proceso independentista, para evitar la arbitrariedad: *«...una definición más amplia y menos precisa de estos actos sería difícilmente conciliable con el principio de igualdad en la ley»* (apartado 102).

3.4.- Consecuentemente, como ya expresamos en el auto recurrido, el texto finalmente aprobado de la Ley de Amnistía, refleja la inequívoca voluntad sobrevenida del legislador de fijar restricciones a la proyección de la amnistía respecto del delito de malversación, en contraste con la voluntad inicial de hacer ilimitada la aplicación de la ley a todos los actos dilapidadores de fondos públicos.

De la voluntad inicial de amnistiar los *delitos de malversación*, tal y como reflejaban los primeros textos que alumbraron la tramitación parlamentaria, se derivó hacia un enunciado en el que sólo tendrían cabida en el ámbito objetivo de la ley los delitos de malversación *«siempre que no haya habido propósito de enriquecimiento»*

Como puede apreciarse, esta restricción sobrevenida no se limita a precisar una relación de causalidad o mayor vinculación de la malversación con los actos de secesión o independencia de Cataluña o con la celebración de las consultas -como recomendaba el dictamen de la Comisión de Venencia-, sino que excluye el delito de la malversación del ámbito de la amnistía cuando se hubiera tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial, exigencia nunca requerida por el dictamen de la Comisión que, de constatar ese vínculo o relación de causalidad, admitía que pudieran amnistiarse actos de malversación o corrupción, aun cuando hubiera mediado enriquecimiento.

Está fuera de cualquier duda, por tanto, que la reiterada insistencia de los recurrentes enfatizando la voluntad del legislador como patrón hermenéutico único y excluyente prescinde de la realidad. La voluntad de quienes promovieron y aprobaron la Ley de Amnistía, experimentó una radical transformación durante la tramitación parlamentaria. Lo que inicialmente era un propósito más amplio que afectaba, sin más, a los delitos de malversación cometidos durante un determinado período de tiempo, evolucionó hacia una definición más restringida del espacio amniable.

El legislador excluyó de la amnistía aquellos delitos de malversación en los que hubiera mediado propósito de enriquecimiento personal de carácter patrimonial. Y lo hizo invocando las directrices del dictamen de la Comisión de Venencia que, en modo alguno, imponían esta exigencia, en la medida en que sólo sugería un nexo causal más reforzado entre los hechos amniables y la finalidad con la que aquellos delitos habían sido cometidos.

Se impone, en consecuencia, un esfuerzo interpretativo para determinar qué se entiende por *enriquecimiento personal de carácter patrimonial*.

4. El adecuado entendimiento de esta locución obliga a precisar que la noción tradicional de *patrimonio* personal no solo abarca el activo -los bienes y

derechos susceptibles de estimación pecuniaria- sino también el pasivo -las deudas y obligaciones contraídas-.

Sin esta premisa impuesta por el concepto jurídico-económico de *patrimonio*, el análisis crítico de nuestra resolución se derrumba por sí solo. El arrinconamiento por las defensas, el Fiscal y la Abogacía del Estado de este punto de partida nos obliga a un esfuerzo propedéutico -nada extravagante a la vista de algunas de las afirmaciones que se contienen en los respectivos recursos- para explicar conceptos que forman parte de la tradición dogmática.

Por ejemplo, si un funcionario compra una casa como vivienda familiar, es evidente que el valor de la misma incrementa su activo patrimonial. Pero como adquiere la obligación de pagar el precio, es también evidente que el pasivo se incrementa en el mismo valor. De este modo, el patrimonio (activo - pasivo) sigue siendo el mismo. Si el precio lo abona con su peculio, desaparece la deuda del pasivo, pero el activo decrece en la misma medida, por el dinero empleado. Pero si el precio lo paga con fondos públicos, la deuda desaparece del pasivo, de manera que su patrimonio se incrementa o enriquece en el importe de la deuda que desaparece, aunque su cuenta corriente o sus ahorros no hayan variado.

Lo mismo sucede si adquiere la vivienda financiándola con un préstamo hipotecario que cancela con fondos públicos. Su patrimonio (activo – pasivo) se incrementa, se enriquece en el importe del préstamo hipotecario.

El funcionario que contrata la celebración del banquete de boda de su hija o hijo asume una obligación de pago de la misma, de modo que su importe incrementa su pasivo patrimonial. Su patrimonio resulta aminorado, en relación al momento anterior a la contratación, en el importe del banquete. Si abona el importe con fondos públicos, la obligación que se encontraba en el pasivo desaparece, el patrimonio (activo – pasivo) se incrementa y el funcionario se enriquece personalmente en ese importe.

Más allá de estos ejemplos, la casuística jurisprudencial ofrece supuestos en los que el propósito personal de enriquecimiento patrimonial nunca fue cuestionado por esta Sala. En efecto, el Alcalde de una determinada localidad que contrata en nombre propio a un grupo musical para que actúe en el mitin electoral de su partido político, adquiere frente a ese grupo una deuda por el importe de su actuación. Su patrimonio decrece por ese importe. Pero si abona la actuación con fondos del municipio, desaparece la deuda de su pasivo, incrementa su patrimonio (activo – pasivo) y se enriquece en la cantidad equivalente al importe de la actuación.

Conforme al mismo razonamiento que anima estos ejemplos y centrándonos en los hechos probados de la sentencia que inicia la presente ejecutoria, el Consejero de una Comunidad Autónoma que fuera de sus competencias gubernativas y sin ni siquiera posibilidad potencial de haber incluido estos gastos en partida presupuestaria alguna de esa Comunidad, contrata la impresión y difusión de anuncios, la compra de carteles, la distribución de sobres, la estancia de observadores internacionales y lo hace para un fin -como es su particular proyecto político que, además, es ilícito al estar expresamente prohibido por el Tribunal Constitucional- contrae la obligación de su abono y consecuentemente su patrimonio personal correlativamente decrece con la obligación asumida por ese importe. Si a continuación lo abona con fondos públicos y trasfiere la carga a la Comunidad Autónoma, su patrimonio personal (activo – pasivo) se incrementa en los importes que se comprometió a abonar y se enriquece personalmente en esas cifras.

4.1.- Frente a lo que alegan los recurrentes, el auto que es objeto de recurso no ha identificado ni confundido, en ningún momento, el propósito de enriquecimiento con el ánimo de lucro. Tampoco lo habíamos hecho en anteriores resoluciones. Basta remitirnos al informe del Ministerio Fiscal, de 19 de junio de 2024, que muestra numerosos precedentes en esta dirección.

En el ATS 20107/2023, 13 de febrero, dictado en respuesta a la petición de revisión de las condenas impuestas en la presente causa, a raíz de la reforma operada en el delito de malversación por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, razonábamos que *«...el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos que ‘... la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación’»*.

La reiterada invocación de este fundamento jurídico, tan interesada como legítima en términos de defensa, encierra un salto en el vacío, si lo que se pretende demostrar es que nuestra afirmación *-el propósito de enriquecimiento no es el único posible en el delito de malversación-* supuso la negación de que en los hechos imputados a los recurrentes había habido propósito de enriquecimiento. Carece de toda lógica deducir de ese pasaje, en el que nos limitamos a proclamar que el enriquecimiento no es requisito necesario de la malversación, que el enriquecimiento no concurrió en los hechos por los que fueron condenados.

No tiene sentido, pues, reprochar a esta Sala que, en el auto dictado para adaptar las condenas impuestas al nuevo delito de malversación, no incluyéramos un pronunciamiento acerca de un elemento *-el enriquecimiento-* que no era necesario analizar para afirmar el carácter típico de los hechos. Como venimos insistiendo, el enriquecimiento exigido ahora como elemento excluyente del perdón del legislador fue una novedosa adición no prevista en los textos legales que abrieron el proceso de tramitación legislativa de la propia Ley de Amnistía. Cobra, por tanto, pleno significado la afirmación que hacíamos en el auto que es objeto del presente recurso: *«...admitida la existencia de ánimo de lucro, carecería de sentido que nos adentráramos en el examen de la concurrencia de un elemento -el enriquecimiento- que no era exigido»*.

Los recurrentes olvidan, en definitiva, que en el momento de delimitar el ámbito objetivo de la Ley de Amnistía, el análisis de la concurrencia de un enriquecimiento personal de carácter patrimonial, aunque no puede contrariar el relato de hechos probados, tampoco tiene por qué descartar como elemento ponderativo aquello que fluye del juicio histórico y de la fundamentación jurídica que da vida a la ejecutoria. Pensemos, por ejemplo, que el hecho de que una sentencia -no es el caso de la que centra ahora nuestra atención- no incluyera una mención expresa y nominativa al *procés*, nunca sería obstáculo para ponderar la aplicación de la Ley de Amnistía si esa vinculación se dedujera del *factum* y no concurriera ninguna de las causas que determinan su exclusión.

La práctica con la que el derecho comparado ha extinguido la responsabilidad declarada por determinados delitos refuerza este razonamiento. En efecto, la Ley portuguesa n.º 38-A/2023, 2 de agosto, de indulto -perdón de penas- y amnistía de delitos, que incluía entre sus beneficiarios a los jóvenes entre 16 y 30 años, ha amnistiado los delitos cuya pena aplicable no fuera superior a 1 año de prisión o a una multa de 120 días. Esta amnistía, por cierto, excepciona su aplicación a un listado de delitos entre los que se incluye la malversación de caudales públicos. Pero más allá de este dato tan significativo, contravendría la lógica más elemental que aquellas sentencias que no se detuvieron en analizar la edad del acusado/condenado quedarán automáticamente excluidas del perdón concedido por el legislador.

En definitiva, al distinguir la Ley de Amnistía entre malversaciones con propósito de enriquecimiento personal de carácter patrimonial y malversaciones sin ese propósito -distinción antes inexistente para el tipo general de malversación- nuestra aproximación a la ejecutoria para concluir el alcance de la amnistía ha de verificarse -se ha verificado- desde una perspectiva inédita en el momento de dictar la sentencia que abre la presente ejecutoria.

Y esa aproximación interpretativa la hemos llevado a cabo en la resolución recurrida -y ahora la reiteramos- a través del análisis de la expresión *beneficio personal de carácter patrimonial*, que es la utilizada expresamente en

la norma como explicación auténtica del término *enriquecimiento*, que opera como factor excluyente del perdón que el legislador pretende otorgar.

Y ninguna duda alberga la Sala de que los cuatro *Consellers* de la Generalitat que comprometieron y dispusieron de fondos públicos para hacer frente a las obligaciones asumidas en la búsqueda de su particular proyecto político, se enriquecieron, conclusión que se extrae en lógica y directa inferencia del relato de hechos probados.

El Ministerio Fiscal pretende neutralizar la coherencia de este razonamiento sugiriendo que, llevado a sus últimas consecuencias, habría que afirmar que los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa se enriquecieron personalmente cuatro veces en el importe de los fondos públicos de sus respectivos departamentos comprometidos y dispuestos para sus fines particulares. Sin embargo, esta tesis omite que ese efecto es el propio de cualquier supuesto de coautoría. Si en un robo intervienen dos, tres o cuatro autores, se enriquecen siempre *conjuntamente* en la misma medida, en el importe del botín; y si son dos, tres o cuatro los autores de un homicidio, aunque medien cuatro condenas por homicidio, sólo hay una víctima a la que, de forma concertada, han dado muerte.

4.2.- Esta interpretación es la única que permite aplicar en toda su extensión y hacer conciliable la voluntad del legislador y la voluntad de la ley expresada en el texto de la norma. De seguir el criterio de los recurrentes, que entiende que toda malversación relacionada con el proceso de secesión o con las consultas es amnistiable, nunca resultaría aplicable la previsión normativa que la excluye cuando, aun destinada a la finalidad de la secesión o de las consultas, hubiera existido propósito de enriquecimiento.

La interpretación que proclamamos en la resolución recurrida -como anticipamos- no cierra la posibilidad de aplicación de la amnistía a toda clase de malversación relacionada con el *procés*. Son perfectamente imaginables supuestos que sí quedarían cubiertos en el ámbito de la norma extintiva.

Piénsese, por ejemplo, en otros acusados o condenados que sin tener disponibilidad de esos fondos participaron en la ejecución y materialización del gasto. Así ha sido correctamente entendido por el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de julio de 2024, que, en aplicación de nuestro criterio, ha negado enriquecimiento personal en la conducta del Secretario General del Departamento de Vicepresidencia, Economía y Hacienda y del Secretario de Hacienda, acusados de malversación, porque *«la intensidad del quebrantamiento de los deberes de custodia exigibles a los miembros del Govern de la Generalitat no puede concurrir en quienes no formaban parte de aquel Govern ni, por ende, pudieron participar en la adopción del Decreto y del Acuerdo de Gobierno detonantes de la malversación»*.

5.- La Sala concluye, por tanto, que es la propia delimitación normativa del ámbito objetivo de las conductas amnistiables la que determina la exclusión del perdón de los hechos que fueron objeto de condena en la presente ejecutoria.

Proclamada esta exclusión inicial, la operatividad que pudiera derivarse de otra excepción a la que también aludíamos en el auto recurrido -la afectación a los intereses financieros de la Unión Europea- queda absolutamente relativizada. Aunque no concurriese, la malversación de caudales públicos seguiría estando excluida, sin necesidad de amparar nuestra decisión en esa otra causa de exclusión.

La claridad de esta conclusión no alza ningún obstáculo metodológico para analizar -como hicimos en la resolución recurrida y reiteramos ahora- que por la vía de la afectación de los intereses financieros de la Unión Europea se dibuja otro obstáculo para el perdón de las conductas malversadoras.

Conviene precisar, una vez más, que con la expresión *«actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea»*, a la que se refiere el art. 2.g) de la Ley de Amnistía, no se alude a un número cerrado de concretas figuras penales. Y así, la Directiva 2017/1371 del

Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, en su primer considerando advierte que «...*la protección de los intereses financieros de la Unión no hace referencia solo a la gestión de los créditos presupuestarios, sino que abarca todas las medidas que afecten o puedan afectar negativamente a sus activos y de los Estados miembros en la medida en que éstas guarden relación con las políticas de la Unión*».

Y el delito de malversación sí es objeto de cita expresa en el art. 4.3 de la Directiva: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal.*»

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por malversación el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión».

El inciso final «*de cualquier manera*», adquiere un valor interpretativo singular. No abarca sólo en el contenido material de la malversación el apartado de los gastos, sino también el referido a los ingresos. No se olvide que los fondos públicos fueron destinados a sufragar un referéndum que era contemplado como el elemento desencadenante de la secesión de Cataluña. Las Leyes 19 y 20 de 2017 aprobadas por el Parlamento de Cataluña -Leyes de Referéndum, Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República- declaraban la independencia automática de Cataluña de producirse una votación favorable en el referéndum ilegal que se celebró el 1 de octubre.

En la resolución recurrida expresamos que el Presidente de la Generalitat compareció el día 10 de octubre ante el Pleno del *Parlament* y dio cuenta del resultado de la votación. Manifestó entonces que «...*acataba el mandato del*

pueblo de Cataluña para convertirla en un Estado independiente en forma de república», proclamación que dejó inmediatamente sin efecto para iniciar un proceso de diálogo.

Los propios hechos probados de la ejecutoria se inician con la *siguiente afirmación: «...con fecha 8 de septiembre de 2017, el Diario Oficial de la Generalitat núm. 7451-A publicó la Ley del Parlament de Cataluña 20/2017, 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Esta norma, integrada por 89 artículos y tres disposiciones finales, incluía proclamaciones unilaterales de ruptura con el sistema constitucional vigente. Se presentaba como la norma suprema del ordenamiento jurídico catalán, hasta tanto fuera aprobada la Constitución de la nueva República. Proclamaba que Cataluña se constituye en una República de derecho.*

Y concluía el primer apartado con este inciso: *«se convertía a la Generalidad en la autoridad fiscal llamada a la fijación, recaudación y gestión de todos los tributos e ingresos de derecho público y hacía de aquel órgano de gobierno la autoridad aduanera y arancelaria del territorio de Cataluña».*

Ninguna duda existe, por consiguiente, de la comisión de un hecho delictivo plenamente subsumible en la malversación de fondos públicos. Así fue sufragado el referéndum que determinaba la declaración de independencia. Tampoco es cuestionable que la segregación de cualquier territorio, tanto más de la extensión, población y renta de Cataluña, necesariamente habría tenido una más que notable repercusión en la renta nacional española y, por derivación, en la renta europea.

Como exponíamos en el auto que es objeto de recurso: *«la solemne declaración institucional de independencia de Cataluña -que existió y así se refleja también en el factum- se apoyaba en un marco jurídico, todo lo inestable que se quiera, pero que fue capaz de generar una expectativa, seguida de una decepción colectiva por parte de aquellos ciudadanos que habían luchado*

ilusionadamente por ese objetivo, que pudo tener otro desenlace distinto al que finalmente impuso el portavoz de la declaración institucional de independencia.

El debilitamiento de la fortaleza territorial de España y de la propia Unión Europea fue real. Se pusieron en riesgo las bases estructurales sobre las que se ha erigido el proyecto europeo, por más que ese peligro, a partir de las vicisitudes políticas que ya forman parte de la historia, no llegara a materializarse en una efectiva fragmentación territorial que habría tenido, sin duda, unas nefastas consecuencias recaudatorias, más que previsibles, para la Unión Europea.

Es indiferente que no se alcanzase el objetivo a estos efectos, como lo sería que la malversación con fines claramente particulares -piénsese en la adquisición de un inmueble- hubiese quedado en fase de tentativa. Es la potencialidad para lesionar intereses financieros lo que excluye las conductas del beneficio, no la efectiva lesión».

6.- No procede, en este momento concreto, formular cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues no resulta de aplicación norma alguna que deje desprotegidos los intereses financieros de la UE.

Como venimos razonando, el delito por el que los recurrentes cumplen condena ha sido expresamente excluido por el legislador del ámbito de la amnistía, en la medida en que se trata de una malversación en la que medió beneficio personal de carácter patrimonial. De otra parte, porque la extinción de la responsabilidad criminal tampoco resultaría procedente porque la malversación de autos afectó también a los intereses patrimoniales de la Unión Europea.

No es esta Sala la que se ve en la tesitura de archivar una ejecutoria por la aplicación de la Ley de Amnistía. Hemos resuelto que la pretendida extinción de la responsabilidad criminal de los hechos que declaramos probados en

nuestra sentencia 459/2019, 14 de octubre, no se deriva de la aplicación de la Ley de Amnistía. La conclusión contraria, de haber sido adoptada o si se derivara de una interpretación que estimara que el delito de malversación es amnistiable, nos habría obligado -o nos obligaría en el futuro- a suscitar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sólo entonces sería ineludible preguntar si la extinción de la responsabilidad criminal por causa de amnistía a un delito de malversación que ha procurado una ilegal y formal declaración de independencia de un territorio europeo de la entidad de Cataluña -más allá de su efectiva duración y de la finalidad última perseguida por la máxima autoridad política que declaró la fugaz ruptura territorial- es compatible con una efectiva protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

La jurisprudencia invocada por la Abogacía del Estado (singularmente el ATJUE de 9 de enero de 2024, asunto C-131/23) carece de relevancia en relación con los hechos enjuiciados. Esa resolución da respuesta a un litigio principal vinculado a unas infracciones penales de corrupción pasiva, de tráfico de influencias y de abuso en el desempeño del cargo, cometidas en relación con procedimientos de contratación pública en Rumanía (apartado 48), con incidencia directa en la aplicación del IVA en el marco de los procedimientos de contratación pública.

La sentencia que encabeza la presente ejecutoria nada tiene que ver con esos hechos. Se refiere a una malversación de caudales públicos que fue instrumental de la declaración formal de independencia, proclamada tras un ilícito referéndum apoyado en una ilegal normativa que redefinía los límites territoriales que habrían de ser abarcados por el nuevo Estado, que convertía a la Generalidad en la autoridad fiscal llamada a la fijación, recaudación y gestión de todos los tributos e ingresos de derecho público y que hacía de aquel órgano de gobierno su autoridad aduanera y arancelaria. Decisiones de ruptura con proyección en un territorio cuya actividad económica representa entre el 15 y el 19% de la RNB del Estado español.

No resulta parangonable un ocasional fraude en la contratación pública que incide en el importe asociado a ese fraude, con el riesgo sistémico, sumamente relevante, de minoración de los ingresos presupuestarios españoles y por tanto, de la Unión Europea. Que la afectación no llegara a hacerse realidad por la inmediata suspensión de la declaración de independencia, sustituida por una voluntad negociadora que permitiera su logro mediato o ulterior, no altera la realidad de las cosas.

Recuérdese que la imposición de sanciones penales para proteger los intereses financieros de la Unión y, en particular, la correcta percepción de dichos ingresos constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, en el sentido del artículo 4 del Tratado Fundacional de la Unión Europea, apartado 2 (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, apartado 43).

7.- La Sala estima inviable la queja formalizada por la acusación popular, que considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva -incongruencia omisiva- al no haber dado respuesta a la petición de que se planteara cuestión prejudicial respecto de la derogación del delito de sedición, tal y como fue alegado en el escrito de 19 de junio de 2024. A tal efecto, reitera los argumentos que habrían de respaldar la cuestión prejudicial en relación con el delito de desobediencia, tipo penal en el que, a raíz de la derogación de la sedición, fue subsumida la conducta de los condenados.

En el anterior fundamento jurídico ya hemos expresado las razones por las que no procede -por ahora- promover cuestión prejudicial respecto del delito de malversación de caudales públicos.

Del mismo modo, hemos dado traslado a las partes para que formulen las alegaciones que consideren oportunas en relación con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en lo que afecta a la extinción de la responsabilidad criminal por el delito de desobediencia.

Como se deriva de una jurisprudencia constitucional de innecesaria cita, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es incompatible con la cuestión prejudicial que habilita el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De ahí que, en su momento y a la vista la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, la Sala decidirá lo que resulte pertinente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Se DESESTIMA el recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado, la acción popular y la representación legal de los condenados.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. D^a ANA FERRER GARCÍA

A través de este voto particular quiero mostrar mi discrepancia con el criterio de mis compañeros, en el mismo sentido que ya expuse en el que formulé al auto recurrido. El dictado el pasado 1 de julio. Entiendo que, de acuerdo con lo que allí expuse, el recurso debería ser estimado en el sentido de considerar Ley Orgánica 1/2024, la conocida como Ley de Amnistía, aplicable a los condenados por malversación en la presente causa, sin perjuicio de hacer extensible a tal delito la cuestión de inconstitucionalidad que se acordó respecto

al de desobediencia. O también, en su caso, al persistir, según el parecer mayoritario, las dudas acerca de la relevancia lesiva y potencialidad para afectar a los intereses financieros de la Unión Europea de la conducta en su día sediciosa -hoy desobediente- y malversadora que determinó las condenas en la causa que encabeza este ejecutoria, el planteamiento de la cuestión prejudicial, solicitando al TJUE que determine cuál es el umbral de peligro de afectación que se contempla en la Directiva de 2017 a la luz de las exigencias del 325 del Tratado.

1. Como ya dije, discrepo del parecer mayoritario de mis compañeros en cuanto entienden que la interpretación integrada de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, y social de Cataluña, sitúa el delito de malversación por el que fueron condenados la Sra. Bassa y los Sres. Junqueras, Rull y Romeva en nuestra sentencia 459/2019, de 14 de octubre, fuera del ámbito de aplicación del nuevo texto legal. Lo que es lo mismo, excluida de la amnistía.

Insisto en que la aplicación de la amnistía como causa de condonación de las responsabilidades penales en el ámbito y con los presupuestos que la ley que la introduce fija, exige centrarnos en estos presupuestos. No es el momento de analizar los elementos de tipicidad que el delito de malversación reclama, y que ya hemos proclamado en la STS 459/2019, y en el Auto de 13 de febrero de 2023 dictado a los fines de efectuar la comparación normativa tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que suprimió el delito de sedición y dotó de nueva redacción al de malversación.

2. No admite ahora discusión que los afectados cometieron un delito de malversación cuando aplicaron los fondos que tenían bajo su custodia a fines distintos de los que iban destinados, y que estaban prohibidos, lo que, además de la correspondiente pena, pudo generar a su cargo una cuantiosa deuda a favor del Estado por el importe de los fondos malversados por vía de la responsabilidad contable. Pero ahora no es el momento de revisar esa incontrovertida tipicidad, sino de comprobar si la misma, con sujeción a los componentes fácticos que la acotan, resulta abarcada por la Ley de amnistía en las consecuencias penales que de ella derivan, pues las contables, aunque

también amnistiables, quedan fuera de nuestro ámbito competencial al estar depurándose ante el Tribunal de Cuentas.

3. El ámbito objetivo de la Ley de amnistía ha de obtenerse a partir de la interpretación combinada de sus artículos 1 y 2. En el primero de ellos se fijan los hechos delictivos que quedan amnistiados; en el segundo, bajo el epígrafe «exclusiones», se definen aquellos otros que no pueden ser abarcados por la misma.

Conforme al artículo 1. «*Quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán, aunque no se encuentren relacionadas con las referidas consultas o hayan sido realizadas con posterioridad a su respectiva celebración:*

a) *Los actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos.*

En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad.

También se entenderán comprendidas en este supuesto aquellas actuaciones desarrolladas, a título personal o institucional, con el fin de divulgar el proyecto independentista, recabar información y adquirir conocimiento sobre experiencias similares o lograr que otras entidades públicas o privadas prestaran su apoyo a la consecución de la independencia de Cataluña...».

En el apartado b) del mismo precepto se declaran también amnistiados *«...Los actos cometidos con la intención de convocar, promover o procurar la celebración de las consultas que tuvieron lugar en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017 por quien careciera de competencias para ello o cuya convocatoria o celebración haya sido declarada ilícita, así como aquellos que hubieran contribuido a su consecución.*

En todo caso, se entenderán comprendidos en este supuesto los actos tipificados como delitos de usurpación de funciones públicas o de malversación, únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el párrafo anterior, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento, así como cualquier otro acto tipificado como delito que tuviere idéntica finalidad».

Es decir, como ya anunciaba el Preámbulo de la Ley, sólo podrán beneficiarse de la amnistía aquellos actos en que los fondos públicos se destinaron a la preparación, realización y consecuencias de las consultas del 9 de noviembre de 2014 y el referéndum del 1 de octubre de 2017, así como los que se destinaron a reivindicar, promover o procurar la independencia de Cataluña.

El tenor literal de la norma deja patente la decidida voluntad de excluir del ámbito de la amnistía aquellos actos guiados por el propósito de enriquecimiento, a la vez que se encarga de aclarar en el apartado 4 del artículo 1 que *«no se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial».*

4. La lectura de los preceptos citados advierte del inequívoco propósito legislativo de amnistiar la aplicación de fondos públicos a la celebración de los referéndums que tuvieron lugar en Cataluña en los años 2014 y 2017 y, con carácter general, todos los gastos asumidos por el erario público siempre que buscaran hacer realidad lo que el legislador denomina «el proceso independentista catalán».

Es decir, exactamente los hechos que dieron pie a la condena de la Sra. Bassa y los Sres. Junqueras, Turull y Romeva como autores de un delito de malversación. Es incuestionable que cada uno de ellos, en el ámbito de sus respectivas competencias, protagonizaron una disposición de fondos orientada a hacer realidad el proyecto independentista catalán.

Que la aplicación de esos caudales públicos a un fin ilegal -los sucesivos requerimientos del Tribunal Constitucional para evitarlo así lo evidencian- implicó un acto con pleno encaje en la modalidad prevista en el artículo 432.1 y 3 CP, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, precepto que aplicamos en la STS 459/2019, resulta igualmente incontrovertido. Malversación igualmente abarcada por el artículo 432.1 y 2 CP tras la reforma operada por la Ley 14/2022, de 2 de diciembre. Así lo declaramos en el auto 20107/2023, de 13 de febrero, dictado por esta Sala en aplicación de la citada reforma, resolución que ya adquirió firmeza.

5. A partir de esa afirmación que comparto con mis compañeros, mi discrepancia sigue manteniéndose pese a las aclaraciones que la resolución mayoritaria incorpora ahora, y los ejemplos que entiendo poco tiene que ver con el caso que nos ocupa. Porque, en mi opinión, en este caso no puede apreciarse el ánimo de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial, previsto como causa excluyente de la amnistía, ni aun menos que ese beneficio se materializara.

El beneficio patrimonial que se explica en el texto suscrito por la mayoría, en referencia a las distintas partidas que integran el patrimonio, a partir de la idea de que no se habría visto engrosado en su pasivo en cuanto los gastos derivados de la puesta en marcha de su ilegal proyecto político se sufragaron por los condenados con fondos públicos - es decir, no se empobrecieron con tales gastos-, parte de considerar que hubo un aumento del patrimonio de cada uno de ellos a resultas de un previo acto apoderativo. Sin embargo se mueven en el terreno de la ficción jurídica, porque ese acto de apoderamiento que, en su opinión, determinó la incorporación a sus respectivos activos de los fondos desviados, dando lugar así el beneficio personal patrimonial, es una entelequia. Y lo es porque realmente esa incorporación no se produjo. No puede

considerarse tal incorporación -que sería expresión de un propósito tendencial de enriquecimiento-, lo que no es más que la disponibilidad que a cada de los consejeros citados les correspondía en relación a los fondos asignados a los departamentos que lideraban y que es la base del delito de malversación por el que fueron condenados.

No hubo incorporación a sus respectivos patrimonios, ni, en consecuencia, beneficio personal patrimonial. No podemos apreciar otro beneficio personal que el de dar satisfacción a un proyecto político ilegal, y eso es precisamente lo que, no solo la voluntad del legislador expresada en el Preámbulo de la norma proclama, sino también la que surge de la interpretación menos alambicada y, en mi opinión, más razonable como ajustada a la letra de la ley, de sus disposiciones normativas. En definitiva, la única que puede considerarse predecible. No se trata de realizar una interpretación micro literal de la norma, sino de evitar una que sea contra literal.

6. El relato de hechos probados de la STS 459/2019, de 14 de octubre, que vincula nuestro análisis, avala la postura que expongo.

Afirmó expresamente «Los gastos del referéndum relacionados con la publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y aplicaciones informáticas, son expresivos de la consciente y voluntaria desviación de destino de los fondos públicos. Supusieron gastos ajenos a cualquier fin público lícito y se ordenaron careciendo de cobertura presupuestaria. Fueron canalizados a través de la estructura de los departamentos de Vicepresidencia y Economía, Presidencia, Exteriores, Trabajo, Salud y Cultura. Se hicieron así realidad, con los matices que luego se expresan, unos gastos previsibles a partir del acuerdo plasmado por escrito el 6 de septiembre de 2017 y que fue la diáfana expresión de su consorcio delictivo».

Y más adelante, en los primeros párrafos del fundamento destinado a argumentar la existencia del delito de malversación que apreciamos, dijimos «Los miembros del Govern finalmente condenados por este delito no solo ejecutaron actos de manifiesta deslealtad en la administración de fondos, sino

que, además, lo anunciaron públicamente mediante el Decreto de 6 de septiembre de 2017, por el que se aprobaron las Normas Complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña y, de modo especial, mediante el Acuerdo del Govern de fecha 7 de septiembre. En él se autorizaban -en línea con lo que anunciaban los Decretos 139 y 140 de 2017-, la utilización, en general, de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios para garantizar la adecuada organización y desarrollo del referéndum de autodeterminación de Cataluña, así como aquellos de los que ya se dispone» (Fundamento 5 -5.1-).

Ni siquiera hablamos de actos apropiativos de incorporación al patrimonio personal en ATS de 13 de febrero de 2023, por el que concluimos la subsistencia del delito de malversación tras la reforma operada por la LO 14/2022, de 2 de diciembre.

No hubo un acto de incorporación a cada uno de los patrimonios, sino un claro acto de aplicación a fines que no eran privados, ni siquiera particulares de cada uno de ellos, por más que fueran ilegales. Pero es el destino a esa finalidad ilegal la que la LO 1/2024, según el tenor de sus propios enunciados normativos, quiere amnistiar. Una Ley que ha emanado de un legislador con capacidad y legitimidad democrática para aprobarla.

7. Por eso persisto en mi consideración: la única interpretación razonable de la Ley que ahora aplicamos nos lleva a entender que ese beneficio orientado a procurar el proyecto independentista catalán, es precisamente el que la Ley quiere amnistiar. Ese es el sentido que surge de la letra de la norma, que excluye los casos en los que en el curso de ese proyecto hubieran podido producirse desviaciones hacia supuestos de corrupción personal. Es decir, hipotéticos supuestos en los que, aprovechando esa derivación de los fondos a favor del proyecto político independentista, alguno de los actores hubiera procurado un acrecimiento patrimonial, netamente monetario o de uso y disfrute, para sí o para un tercero. En definitiva, una ventaja económicamente evaluable que apartara los fondos de esa finalidad secesionista.

Solo de esa manera puede entenderse la previsión del apartado 4. del artículo 1 de la LO 1/2024, a la que ya hemos hechos referencia, que para cerrar lo que describe como ámbito de aplicación de la amnistía, especifica «*No se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial*».

Se podrá refutar que la dicción legal resulta redundante, pero no deja espacio para la duda.

8. Cuestiona la opinión mayoritaria que en la interpretación de la norma penal deba tomarse en consideración el principio *pro reo*. No se trata del *indubio pro reo*, principio hoy difícilmente escindible de la garantía de presunción de inocencia, que proyecta sus efectos sobre los hechos. Lo que no significa que esa orientación *pro reo*, a la que aludí en mi voto particular, permanezca al margen de la labor interpretativa de la norma penal. No faltan ejemplos en nuestro Código que así lo evidencian, como el efecto retroactivo de la legislación más favorable (artículo 2.2 CP). En cualquier caso, nos encontramos ante una ley despenalizadora, de la que depende que varias personas puedan resultar privadas de libertad, aunque no es nuestro caso por efecto del indulto en su día concedido.

Ciertamente el artículo 4.2 CC, que irradia su efecto a los distintos órdenes jurisdiccionales, proclama que «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». No obstante ello, el ya citado efecto despenalizador de la amnistía respecto a delitos que llevan aparejada pena privativa de libertad, no permite orillar de la interpretación la orientación *pro reo*, expresamente manifestada a través del principio *pro libertate*; sin olvidar las exigencias del principio de legalidad y consiguiente prohibición de la analogía y de la aplicación extensiva *in malam partem* en cuanto vulneradoras del artículo 25.1 CE (SSTC 111/1993, de 25 de marzo; o 174/2000, de 26 de junio, entre otras muchas). Todo ello en el escenario que dibuja el artículo 3.1 CC «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación

con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Y como ya expresaba en mi anterior voto particular, el principio de determinación en el ámbito penal, derivado del de legalidad, exige que la interpretación de los elementos empleados en los tipos penales o llamados a surtir efecto en los mismos se haga en términos de normalidad lingüística; y que los escenarios normativos se correspondan con los que se derivan directamente de la regla jurídica. Y en este caso, a partir de la literalidad de los preceptos transcritos, de la voluntad legislativa que ha inspirado la reforma y, en lo que resulte aplicable, de la jurisprudencia que ha perfilado los elementos típicos del delito de malversación, entiendo que la interpretación prevalente de la norma, por no decir la única que resulta lógica, es la que plasmo en este voto.

El ánimo de obtención de un beneficio patrimonial personal constituye un elemento tendencial que trasciende al desvío o distracción de los fondos públicos. Nada dice el relato de hechos probados que acota nuestra decisión, el de la STS459/2019, de 14 de octubre, que permita entrever que lo que guio la actuación de las cuatro autoridades condenadas como autoras de un delito de malversación por su deslealtad en la gestión de los fondos que les había sido encomendada, fue el ánimo de obtener una ganancia personal de índole patrimonial.

Nada dicen los hechos, porque fue una cuestión ajena al debate procesal y porque ni por asomo se planteó la idea de un enriquecimiento personal, hablando en términos lingüísticamente normalizados. Por ello asimilar ahora el desvío de fondos a la persecución de un objetivo político ilícito, con el ánimo de obtener un beneficio particular económicamente evaluable, resulta la incorporación de un matiz novedoso, a la vez que peligroso, en cuanto retuerce los perfiles del ánimo de lucro, en una suerte de inversión metodológica que debiendo partir de los presupuestos de la Ley que nos corresponde ahora aplicar, acaba redefiniendo un elemento de tipicidad.

De esta manera la interpretación que la mayoría plasma en su resolución corre el riesgo de quebrar los principios de legalidad y previsibilidad o predictibilidad cuya protección garantiza el artículo 7 del CEDH (SSTEDH asunto Pessino contra Francia de 10 de octubre de 2006; Tristan contra República de Moldavia de 4 de julio 2023; o Yuksel Yalcincaya c. Turquía de 26 de septiembre de 2023).

Lo dije en su momento e insisto en la idea. Podemos discutir la constitucionalidad de la Ley, o su adaptación al derecho comunitario, pero lo que no podemos los jueces es hacer interpretaciones que impidan la vigencia de la norma. Cuando se prescinde manifiestamente de la *voluntas legislatoris* y de la *voluntas legis* en su interpretación, como ocurre de una manera tan significativa en el caso, la decisión no es interpretativa sino derogatoria, en la medida que deja la norma vacía de contenido.

Fdo. Ana María Ferrer García