

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 1 de julio de 2024.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Con fecha 11 de junio de 2024, se publicó en el B.O.E. la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, cuya Disposición final tercera dispone que: *«La presente ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”».*

2.- Con fecha 11 de junio de 2024, esta Sala dictó providencia con el siguiente contenido:

«La LO 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, publicada en el día de hoy en el BOE, dispone en su art. 9.1 que “la amnistía de actos tipificados como delito será aplicada por los órganos judiciales (...) de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal y, en todo caso, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes”.

El apartado 3 del mismo precepto señala que “sólo podrá entenderse amnistiado un acto determinante de responsabilidad penal (...) cuando así haya sido declarado por resolución firme dictada por el órgano competente para ello con arreglo a los preceptos de esta ley”.

Por consiguiente, resulta obligado oír al Ministerio Fiscal, a la acusación popular y a los Letrados que ejercen las defensas de los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y de la Sra. Bassa con el fin de que formulen las alegaciones que consideren procedentes acerca de los efectos de la citada ley sobre el hecho delictivo por el que sufren condena. También al Letrado de la defensa de la Sra. Ponsatí en relación con el delito por el que resultó procesada.

El informe deberá hacerse extensivo a las consecuencias derivadas de lo previsto en los arts. 1 y 2 al regular los hechos amnistiables y sus exclusiones.

Se confiere traslado al Fiscal y a las partes por término máximo de cinco días a los efectos expresados en la presente resolución».

3.- El Procurador D. EMILIO MARTÍNEZ BENÍTEZ, en nombre y representación de D. ORIOL JUNQUERAS VIES, presentó escrito de fecha 11 de junio de 2024, por el que solicitaba que se decretara:

1) La finalización del cumplimiento de las penas que se vienen ejecutando en la presente Ejecutoria, así como la extinción de la responsabilidad penal decretada en méritos de la Sentencia de 14 de octubre de 2019 y respecto de todas las penas, incluso las que hubieran sido objeto de indulto posteriormente.

2) La rehabilitación de su mandante en todos sus derechos con cancelación de antecedentes penales.

Igualmente, presentó escrito de fecha 17 de junio, evacuando el traslado conferido por la providencia citada anteriormente, en el que solicitaba que se acordara de conformidad con lo peticionado en el escrito de esta parte de 11 de junio pasado.

4.- El Procurador D. EMILIO MARTÍNEZ BENÍTEZ, en nombre y representación de D. RAÚL ROMEVA RUEDA, presentó escrito de fecha 11 de junio de 2024, por el que solicitaba que se decretara:

1) La finalización del cumplimiento de las penas que se vienen ejecutando en la presente Ejecutoria, así como la extinción de la responsabilidad penal decretada en méritos de la Sentencia de 14 de octubre de 2019 y respecto de todas las penas, incluso las que hubieran sido objeto de indulto posteriormente.

2) La rehabilitación de su mandante en todos sus derechos con cancelación de antecedentes penales.

Igualmente, presentó escrito de fecha 17 de junio, evacuando el traslado conferido por la providencia citada anteriormente, en el que solicitaba que se acordara de conformidad con lo peticionado en el escrito de esta parte de 11 de junio pasado.

5.- El Procurador D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO, en nombre y representación de D. JORDI TURULL I NEGRE, presentó escrito de fecha 11 de junio de 2024, por el que solicitaba que se acordara, por aplicación de la Ley de Amnistía y conforme a la nueva redacción del artículo 130.1.4º del Código Penal, la extinción de la responsabilidad penal del Sr. Jordi Turull i Negre, consistente en la pena de inhabilitación absoluta a la que fue condenado.

Igualmente, presentó escrito de fecha 18 de junio, evacuando el traslado conferido por la providencia citada anteriormente, en el que solicitaba que se aplicara, sin mayor dilación, a Jordi Turull la Ley Orgánica 1/2024, declarando completamente extinta cualquier responsabilidad penal que pese sobre su persona, así como todos los efectos derivados, incluidos los antecedentes penales.

6.- El Procurador D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO, en nombre y representación de D^a DOLORS BASSA i COLL, presentó escrito de fecha 11 de junio de 2024, por el que solicitaba que se acordara la extinción de la responsabilidad penal derivada de la Sentencia 459/2019, dictada en fecha 14 de octubre de 2019, dando por finalizada la ejecución de las penas que le fueron impuestas, incluyendo la pena privativa de libertad que fue objeto de indulto y ordenando la cancelación de sus antecedentes penales.

Igualmente, presentó escrito de fecha 18 de junio, evacuando el traslado conferido por la providencia citada anteriormente, en el que solicitaba que se acordara declarar extinguida la responsabilidad penal de D^a. Dolors Bassa i Coll por la amnistía aprobada por la LO 1/2024, de 10 de junio, 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 y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena, que le fue impuesta y cumple en la actualidad, eliminándose los correspondientes antecedentes penales.

7.- El Procurador D. CARLOS RICARDO ESTÉVEZ SANZ, en nombre y representación de D^a CLARA PONSATÍ i OBIOLS, presentó escrito de fecha 19 de junio de 2024, evacuando el traslado conferido por la providencia de 11 de junio de 2014, en el que solicitaba que se acordara la aplicación de la Ley Orgánica 1/2024 y el sobreseimiento definitivo de las presentes actuaciones en contra de su representada.

8.- La Procuradora D^a MARÍA PILAR HIDALGO LÓPEZ, en nombre y representación de la acusación popular, presentó escrito de fecha 19 de junio de 2024, por el que solicitaba que se inaplicara la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña; y, de forma subsidiaria, que se planteara la cuestión prejudicial contemplada en el artículo 267 TFJUE, en relación con el artículo 93 y siguientes del Reglamento de Funcionamiento del TJUE.

9.- El Ministerio Fiscal presentó informe de fecha 19 de junio de 2019, en el que solicitaba:

1) Que se declare extinguida la responsabilidad criminal de los Sres. JUNQUERAS, ROMEVA y TURULL y de la Sra. BASSA, por los delitos de desobediencia y malversación por los que fueron condenados en el marco de la presente Causa Especial.

Igualmente, que se declare el sobreseimiento libre de las actuaciones respecto a la Sra. PONSATÍ, por el delito de desobediencia por el que ha sido procesada.

2) Que se proceda a dar por finalizada la ejecución de las penas impuestas a los Sres. JUNQUERAS, ROMEVA y TURULL y a la Sra. BASSA.

3) Que se declaren extinguidas las responsabilidades civiles y contables dimanantes de la condena.

4) Que se acuerde la eliminación de los antecedentes penales derivados de la condena impuesta por la Sentencia recaída en la presente Causa Especial.

10.- La Abogada del Estado presentó escrito de fecha 20 de junio de 2024, en el que concluye que:

1) Que a los hechos, por los que han sido condenados los Sres. JUNQUERAS, ROMEVA, TURULL y a la Sra. BASSA y ha sido procesada la SRA. PONSATÍ, que se muestran subsumibles en el delito de desobediencia del artículo 410 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, 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.

2) Que a los hechos, 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 norma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Entre la voluntad política que anima una determinada reforma y los enunciados normativos mediante los que esa voluntad pretende llevarse a efecto ha de existir una coherencia precisa, exacta, que sea fiel reflejo del solvente manejo de las categorías conceptuales que son propias de la dogmática penal. De no ser así, se resienten la previsibilidad y la inderogable seguridad jurídica que han de presidir tanto la redacción de la norma que crea un hecho delictivo, como la de aquella que declara extinguida la responsabilidad criminal por efecto de la amnistía.

La LO 1/2024, 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (en adelante, Ley de Amnistía) no se ajusta a esa premisa que, en todo caso, debería inspirar los procesos de creación normativa. La precipitación con la que este texto legal ha visto la luz, reflejada entre otros aspectos en la visible distancia entre la redacción inicial y la que finalmente ha sido publicada, contribuye de manera decisiva a dificultar la labor interpretativa.

1.1.- Los negativos efectos de ese ritmo de alta velocidad en las tareas legislativas han sido puestos de manifiesto por la Comisión de Venecia.

En efecto, en su *«informe sobre los requisitos del Estado de derecho para decretar una amnistía»*, ya advirtió que *«...los procedimientos legislativos por vía acelerada no son apropiados para la adopción de leyes de amnistía, dadas las consecuencias de largo alcance y la naturaleza a menudo controvertida de dichas leyes»* (apartado 123).

Añadió entre sus conclusiones que *«...la proposición de ley de amnistía se ha presentado en forma de proposición de ley, que es un procedimiento sin consulta al público, a las partes interesadas o a otras instituciones del Estado, y que se ha seguido un procedimiento de urgencia. Sin embargo, la*

proposición de ley de amnistía ha ahondado una profunda y virulenta división en la clase política, en las instituciones, en el poder judicial, en el mundo académico y en la sociedad española» (apartado 127).

Todo indica, pues, que los enunciados de cuya interpretación va a depender la extinción definitiva de la responsabilidad criminal por hechos de especial gravedad deberían haber sido definidos con mayor nitidez y comprensibilidad. El mismo informe de la Comisión de Venecia, en el epígrafe «*seguridad jurídica, previsibilidad de las leyes*», señaló que «*...las leyes de amnistía deben cumplir los requisitos cualitativos de toda ley que afecte a la responsabilidad penal: claridad, determinación, accesibilidad y previsibilidad. Incluso cuando las amnistías se adoptan mediante otro tipo de actos parlamentarios o mediante decisiones gubernamentales, es esencial que sus efectos se formulen con suficiente precisión y claridad de modo que sean previsibles*» (apartado 122).

En su apartado 96, la Comisión recomienda «*... acotar y definir de manera más precisa el alcance material y temporal de la aplicación de la amnistía, de manera que los efectos de la ley sean más previsibles. Como la amnistía afecta el valor de la cosa juzgada, debe respetar la seguridad jurídica, ya que de lo contrario socavaría la confianza pública en la observancia y el respeto de la Constitución y la ley. La Comisión destaca que la ley tendrá que ser interpretada y aplicada por los jueces en cada caso para determinar si cada caso es elegible para la amnistía. La falta de claridad y determinación de su ámbito de aplicación conlleva el riesgo de que surja un gran número de procedimientos y controversias sobre la correcta aplicación de la ley. A su vez, se corre el riesgo de trasladar los conflictos del plano político al judicial. Este resultado no sería coherente con la finalidad de la amnistía como tal*».

1.2.- La denunciada «*falta de claridad y determinación*» en el ámbito aplicativo ha estado presente en nuestra tarea de interpretar y aplicar la ley «*...para determinar si cada uno (de los delitos) es abarcable por la amnistía*».

La definición jurisdiccional del ámbito objetivo de la Ley de Amnistía no puede prescindir de esas advertencias de la Comisión de Venecia en las que se deja constancia de la imperfecta delimitación del alcance material y temporal de la amnistía y en las que se recuerda el efecto radical que su aplicación proyectaría sobre resoluciones ya firmes, dictadas como genuina expresión del principio de exclusividad jurisdiccional.

2.- En la tarea hermenéutica que nos incumbe, la voluntad del legislador adquiere un significado especial. Así lo recuerdan los informes del Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado y así lo impone el art. 3 del Código Civil cuando establece que las normas jurídicas *«...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 aquéllas»*.

Los trabajos preparatorios que condujeron a la redacción final que ha sido publicada en el BOE tienen, por tanto, un valor singular en el momento de abordar la interpretación de la Ley de Amnistía. La voluntad del legislador es inequívoca, a saber, amnistiar todos los actos determinantes de responsabilidad penal ejecutados en la franja temporal que discurre entre el 1 de noviembre de 2011 y el 13 de noviembre de 2023, y que fueron ejecutados *«...en el contexto del denominado proceso independentista catalán»* (art. 1.1). Este es el incuestionable mandato del legislador que, a su vez, se ve reforzado por el extenso preámbulo que abre el contenido de la nueva norma.

Y en lo que afecta a la presente ejecutoria, es también voluntad del legislador no amnistiar la disposición de dinero público que haya supuesto *«...un beneficio personal de carácter patrimonial»* (art. 1.4)

Sin embargo, incurríamos 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.

Indagar la voluntad del legislador es, por consiguiente, indispensable y sirve de pauta hermenéutica de primer orden. Pero esa voluntad no puede imponerse, sin más, al desafío interpretativo, hasta el punto de que el juez *no tenga nada que interpretar* porque el legislador ya ha dicho bien claro lo que quiere. La función jurisdiccional no tiene como única y exclusiva referencia la voluntad del legislador.

Lo que ahora afirmamos respecto de los límites de nuestra tarea y de la insuficiencia de la voluntad del legislador para colmar la interpretación de la norma es también aplicable al poder legislativo.

En efecto, la constitucionalidad de la Ley de Amnistía ha sido, desde los primeros debates parlamentarios, una cuestión controvertida. Y es perfectamente entendible que, en la necesidad de dibujar los límites impuestos por la Constitución, el legislador no se haya limitado a atender a la voluntad del poder constituyente, a lo que quisieron decir los *padres* de la Constitución o los miembros de las Cortes Constituyentes. Esos son materiales útiles, pero no decisivos, como se ha preocupado de destacar muchas veces el Tribunal Constitucional, que no vacila a la hora de apartarse de esa voluntad patente del constituyente, amparándose en el texto vivo de la Constitución; o como demuestra esta misma ley que ahora examinamos.

En los debates que precedieron a la aprobación del texto constitucional de 1978, se rechazaron expresamente dos enmiendas destinadas a abrir la posibilidad de la amnistía, dejando así clara la voluntad del constituyente de cerrar el paso a esta institución por razones que ahora no es del caso exponer. Resulta patente que ese incidente exterioriza la voluntad del constituyente.

Pero no la voluntad de la Constitución, que es un texto que se emancipa de sus autores, como sucede con todo producto legislativo.

Si fuese de otra forma, bastaría con recordar esa incidencia parlamentaria en los debates constituyentes para negar la constitucionalidad de la Ley de Amnistía. Es evidente que no es así. No es un argumento en absoluto decisivo. Puede ser tenido en cuenta, pero de forma muy colateral y accesoria. La controversia sobre la constitucionalidad de una ley de amnistía en absoluto queda zanjada con esa referencia que llevaría a afirmar con mucho fundamento que el constituyente no la quiso. No. Lo importante es qué impide la Constitución. No qué quisieron prohibir los constituyentes.

2.1.- La Sala es consciente de las dificultades de interpretación que suscita el texto del que va a depender la extinción de las responsabilidades criminales que fueron declaradas en nuestra sentencia 459/2019, 14 de octubre. Estas dificultades han estado bien presentes en el momento de la deliberación, hasta el punto de que su desenlace no ha sido ajeno a un intenso y exhaustivo debate acerca de varias cuestiones que han condicionado nuestra aproximación valorativa.

En el plano metodológico, sin perjuicio de las continuas referencias que se irán haciendo a lo largo de la fundamentación jurídica, hemos considerado conveniente apuntarlas en este primer momento, destinado a la exposición de las claves que han determinado nuestra solución.

Son muchas las dudas que plantea un texto que, como ya hemos apuntado, ha sido censurado por la Comisión de Venecia, a la vista de su falta de precisión al definir su ámbito objetivo y subjetivo.

A partir de esta idea, el análisis de la eventual afectación de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), del principio de igualdad (art. 14) o de la exclusividad de la función jurisdiccional (art. 117.3) ha ocupado buena parte de nuestro debate.

Sin embargo, hemos descartado expresar formalmente una duda de constitucionalidad -que se nos antoja fundada- respecto del pretendido archivo de la ejecutoria por el delito de malversación de caudales públicos por una razón básica. Y es que la interpretación que proclamamos de los arts. 1 y 2 de la Ley de Amnistía sitúa el delito de malversación, tal y como fue descrito en el relato de hechos probados de nuestra sentencia, fuera del ámbito de aplicación del nuevo texto legal.

Nos alejamos así del momento en que los arts. 163 de la CE y 35 de la LO 2/1979, 3 de octubre, consideran procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En la medida en que no nos vemos abocados al archivo definitivo de la ejecutoria, la Ley de Amnistía deja de ser «...una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo».

2.1.1.- Sin perjuicio del extenso razonamiento que dedicamos *infra* al fundamento de esta decisión, son varias las razones que conducen a excluir el delito de malversación del ámbito de las conductas amnistiables.

De una parte, la constatación de que los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa obtuvieron un beneficio personal de carácter patrimonial, presupuesto al que el art. 1.4 de la Ley de Amnistía vincula la exclusión del efecto extintivo de la responsabilidad criminal.

Ese beneficio personal es inobjetable si se tiene en cuenta que todos ellos incurrieron en una responsabilidad contable de la que, conforme a los art. 38.1 y 49.1 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, se deriva una obligación de indemnizar que ha generado, como consecuencia inmediata, un crédito a favor del Estado por el importe de los fondos públicos malversados. Se trata de una responsabilidad proyectada sobre el patrimonio de los condenados que, todavía hoy, no ha sufrido merma alguna después de aplicar fondos públicos a un proyecto político declarado ilícito e impulsado por los deudores frente al Estado.

Por otra parte, llegamos a la misma conclusión acerca de la existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial -que alzaría un obstáculo insuperable para declarar amnistiada la malversación- a partir de la interpretación de los conceptos de ánimo de lucro, enriquecimiento y beneficio personal. Y es que los acusados coadyuvaron al proceso independentista que lideraban con fondos públicos puestos al servicio de un interés político, compartido por muchos conciudadanos, pero que hizo innecesario la aportación de dinero propio. Como razonamos más adelante con el apoyo de la jurisprudencia de esta Sala, en eso consistió precisamente el beneficio personal de carácter patrimonial.

2.1.2.- A las razones expuestas habría que añadir otra que no se vincula con el catálogo de delitos que define el art. 1 cuando enumera lo que ha de quedar amnistiado, sino a los términos en los que la Ley de Amnistía describe el listado de delitos que nunca podrían beneficiarse de la amnistía.

En efecto, el art. 2 de la ley excluye de su ámbito *«los actos tipificados como delitos que afectarán a los intereses financieros de la Unión Europea»* (art. 2.e).

La contumaz oposición mostrada por los Sres. Junquera, Romeva, Turull y la Sra. Bassa a acatar los requerimientos del Tribunal Constitucional durante la tramitación de las Leyes de Transitoriedad y Fundacional de la República y del Referéndum de Autodeterminación permitieron dibujar un marco jurídico en el que, con menoscabo del derecho de representación de las minorías, se sentaron las bases jurídicas de la creación de un Estado independiente que contaría, entre los atributos políticos que definen un espacio de soberanía, con una autoridad fiscal propia que, como se explicaba en el relato de hechos probados de la sentencia que ha abierto la presente ejecutoria, *«...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».

Como explicamos en el FJ 8.3, es difícil admitir que ese proceso de independencia, abortado por una decisión política que frustró su fugaz vigencia, no implicó un riesgo potencial para los ingresos que definen la aportación española a los presupuestos de la Unión Europea.

2.1.3.- La Sala ha descartado también el planteamiento de una cuestión prejudicial, interesada con carácter alternativo por la acusación popular para el caso en que no fuera estimada la inaplicabilidad directa de la Ley de Amnistía.

Como es notoriamente sabido, para la viabilidad de este instrumento preordenado a hacer posible la primacía del derecho europeo es indispensable que la redacción de la norma interna ofrezca al órgano jurisdiccional nacional alguna duda respecto de su compatibilidad con el derecho de la Unión.

Y no advertimos esa incompatibilidad.

Antes al contrario, la ley española se ha preocupado de excluir de su ámbito aplicativo la amnistía de aquellos *«actos tipificados como delito que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea»*. Desde esta perspectiva, no podemos suscitar una cuestión prejudicial que plantee al Tribunal de Justicia si es correcto lo que correctamente ha decidido el legislador nacional al aprobar la Ley de Amnistía, esto es, excluir de todo perdón los delitos que puedan afectar a los intereses financieros de la Unión y que gozan de la reforzada protección dispensada a este bien jurídico.

En suma, excluimos la cuestión prejudicial por la improcedencia de suscitar una interpretación acerca del acierto de la Ley de Amnistía de no perdonar aquellos delitos que afecten a los intereses patrimoniales de la Unión Europea.

Además, carece de sentido promover una duda prejudicial sobre la interpretación de una cuestión fáctica, no jurídica, relacionada con la inferencia a la que llegamos acerca de los efectos que para el presupuesto comunitario tendría la creación de un Estado independiente que rompiera las actuales fronteras de la Unión Europea.

Sólo el Tribunal que entienda aplicable la amnistía al delito de malversación, habrá de plantearse si la secesión -el referéndum no era meramente consultivo, sino el requisito para la proclamación de la independencia- habría afectado, aunque lo fuera en grado de mera tentativa, a la Renta Nacional Bruta Estatal y por ende al presupuesto comunitario. Y, sobre todo, si tras esa afectación la amnistía no entra en directa colisión con el art. 325 del Tratado Funcional de la Unión Europea y la Directiva 2017/1371 de protección de los intereses financieros. Es en este caso cuando el planteamiento de la cuestión prejudicial adquiere pleno sentido, sobre todo, cuando resuelve un Tribunal cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso conforme al derecho interno.

2.1.4.- Los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa fueron inicialmente condenados como autores de un delito de malversación de caudales públicos en concurso ideal con un delito de sedición.

Los Reales Decretos 459/2021 y 460/2021, de 22 de junio, indultaron la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento de los ahora condenados. Con posterioridad, la entrada en vigor de la reforma del Código Penal operada por la LO 14/2022, de 2 de diciembre, que derogó el delito de sedición y modificó el régimen jurídico del delito de malversación, abrió un proceso de revisión de las condenas impuestas.

El auto 20107/2023, 13 de febrero, llevó a esta Sala a entender que la derogación del delito de sedición obligaba a calificar los hechos como constitutivos de un delito de desobediencia del art. 410 del CP.

En el FJ 4.1 de esta resolución señalábamos que «... *la subsunción de los hechos en el delito de desobediencia acarrea como consecuencia que el concurso medial que declaramos en nuestra sentencia entre los delitos de malversación de caudales públicos y sedición quede afectado y haya de ser sustituido por una fórmula concursal adaptada a la derogación de este último. De esta manera, el concurso ideal entre malversación de caudales públicos y sedición se transforma ahora en un concurso real (art. 76 del CP) entre los delitos de desobediencia y malversación de caudales públicos*».

Y si bien es cierto que ninguno de los condenados vio alterada la pena que venían extinguiendo, el Ministerio Fiscal y las defensas interesan la aplicación de la amnistía a este delito y, en definitiva, a todas las responsabilidades que fueron declaradas.

El delito de desobediencia está incuestionablemente abarcado por la Ley de Amnistía. Así se destaca en el art. 1.c), que incluye en su ámbito objetivo «*los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza*».

A diferencia de la técnica legislativa empleada para el delito de malversación, en el que la aplicación de la ley de amnistía se hace depender de un elemento intencional, la desobediencia queda abarcada en su integridad, sin matices, sin distinción entre una u otra modalidad delictiva.

Declarar amnistiado el delito de desobediencia y, por consiguiente, el archivo parcial de la ejecutoria obliga a despejar la duda de constitucionalidad que suscita el mandato legislativo por su posible oposición a los arts. 9.3, 14 y, en su caso, 117.3 de la Constitución.

Y con esa finalidad, en la parte dispositiva de la presente resolución, damos el preceptivo traslado al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado y a la acción popular.

3.- Expuestos así, en apretada síntesis, los elementos que definen la estructura de la presente resolución, el ámbito objetivo de la ley de amnistía ha de obtenerse a partir de la interpretación combinada de los arts. 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 «...*en todo caso, quedan excluidos de la aplicación de la amnistía*».

En el supuesto que nos ocupa, lo que se trata de resolver es si las condenas que cumplen los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa han de ser declaradas extinguidas por el efecto derivado de la entrada en vigor de la citada ley.

Todos ellos fueron condenados en la sentencia núm. 459/2019, 14 de octubre, dictada por esta Sala y que les declaró responsables de un delito de malversación como medio para cometer un delito de sedición. En la actualidad, después del indulto gubernativo con el que fueron beneficiados, siguen cumpliendo la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 12 años, con la consiguiente 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.

La publicación de la Ley de Amnistía obliga a la Sala, de oficio o a petición del Fiscal o de las partes, a resolver sobre la aplicación de la amnistía a los hechos tipificados como delitos y que resulten abarcados por el art. 1 de la ley (cfr. art. 9.1).

El art. 4.d) contiene un mandato de cierre de las ejecutorias que estuvieran tramitándose a su entrada en vigor: «*El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dar por finalizada la ejecución de todas las penas privativas de libertad, privativas de derechos y multa, que hubieran sido impuestas con el carácter de pena principal o de pena accesoria, y que tuvieran su origen en acciones u omisiones que hubieran sido amnistiadas*».

Es evidente que ese mandato de clausura no puede operar como una inmediata causa de archivo de una ejecutoria que se anticiparía, al amparo de su declarada excepcionalidad, a la indispensable tarea jurisdiccional de valoración del ámbito aplicativo de la ley. La entrada en vigor de la ley obliga a esta Sala a verificar, después de oír las alegaciones del Fiscal y las partes, si el juego combinado de los arts. 1 y 2, en los que se definen las inclusiones y exclusiones aplicativas de la Ley de Amnistía, permite declarar extinguida la responsabilidad criminal de quienes se hallan cumpliendo condena, conforme a la nueva redacción del art. 130.1.4 del CP, cuya compatibilidad con algún principio constitucional suscita reparos.

De hecho, el mismo legislador que ordena proceder a *«dar por finalizada la ejecución»* (art. 4.d), aclara que *«solo podrá entenderse amnistiado un acto determinante de responsabilidad penal (...) cuando así haya sido declarado por resolución firme dictada por el órgano competente para ello con arreglo a los preceptos de esta ley»* (art. 9.3).

4.- Conforme al art. 1 de la ley, *«quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal (...), 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».

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 se desarrollaron en Cataluña los años 2014 y 2017, por quien careciera de competencias para ello o cuya convocatoria o celebración haya sido declarada ilícita, o aquellos que hubieran contribuido a su consecución, de modo especial *«...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».*

Y el apartado 4 reitera 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».*

La lectura de estos preceptos advierte del inequívoco objetivo 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».*

5.- El relato de hechos probados de la sentencia 459/2019, 14 de octubre, describe con minuciosidad la concertada toma de decisiones por parte

de los cuatro condenados, concretadas en diversas actividades y resoluciones tendentes a la consecución de la *secesión o independencia de Cataluña*, entre las que se encuentra el destino de una relevante cantidad de dinero público para la celebración del referéndum ilegal de octubre de 2017. El Decreto 140/2017, de 6 de septiembre, de normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña, contenía las previsiones sobre administración electoral y la cobertura de esos gastos, que fueron inicialmente asumidos por la Presidencia de la Generalitat, el Departamento de Exterior, el Departamento de Vicepresidencia y Economía y los Departamentos de Trabajo, Salud y Cultura.

Y mediante Acuerdo del Gobierno de la Generalitat de fecha 7 de septiembre de 2017, se autorizó a los diferentes departamentos para que realizaran las acciones y contrataciones necesarias para la realización del referéndum.

La amnistía y consiguiente extinción de la responsabilidad criminal por esa conjunta disposición del patrimonio público se subordina al hecho de que «...no haya existido propósito de enriquecimiento». Esta idea se repite en dos de los apartados del art. 1.1.a) de la Ley de Amnistía.

Pues bien, esta limitación al inicial ámbito extintivo de la Ley de Amnistía no se hallaba recogida en el primer texto de la proposición de ley que abrió el camino de la tramitación parlamentaria. Su incorporación al articulado final autoriza una primera y obvia conclusión, a saber, que el texto finalmente aprobado expresa 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, sin otro matiz que el que introduce el art. 2.e) cuando esos gastos afectan a los intereses financieros de la Unión Europea.

No fue hasta el día 14 de marzo de 2024, cuando un nuevo dictamen de la ponencia del Congreso de los Diputados, con abandono del criterio inicial y con la equívoca cobertura del dictamen de la Comisión de Venecia, restringió el ámbito de los delitos de malversación que podían acogerse a la Ley de Amnistía y excluyó aquellos en los que hubiera mediado el propósito de obtener un *beneficio personal de carácter patrimonial*.

6.- Como ya hemos apuntado *supra*, la existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial, en el presente caso, se advierte a partir de un doble razonamiento, a saber, el que autoriza el significado jurídico de la responsabilidad contable, y el que se desprende de los conceptos de ánimo de lucro, enriquecimiento y beneficio personal.

6.1.- El hecho probado de la sentencia 459/2019, 14 de octubre, que condenó a los acusados como autores de un delito de malversación, describe las maniobras jurídicas y contables que fueron ejecutadas para desviar los fondos públicos de la Generalitat con el objetivo de hacer viable la celebración del referéndum del 1 de octubre.

Las defensas de los condenados -también el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado- instan a que se declare amnistiado este delito a la vista de la ausencia de cualquier beneficio personal derivado de la ilícita aplicación de los fondos públicos.

La Sala no puede identificarse con esta línea de razonamiento.

Sin perjuicio de lo que luego precisamos sobre el concepto mismo de enriquecimiento, lo cierto es que quienes ahora reivindican el perdón definitivo de sus delitos prescinden de un dato clave: todos ellos son -siguen siendo- deudores del Estado por los importes de los que dispusieron del erario público. Incluso, en la hipótesis de pagos pendientes o revertidos por la anulación de los diversos contratos autorizados, se convertirían en deudores de las contrapartes contratantes (empresas y particulares).

Los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa tuvieron un conocimiento preciso y claro acerca de su deber de acatamiento del sistema constitucional y de las consecuencias económicas que asumían. Los requerimientos del Tribunal Constitucional, en una iniciativa de alcance histórico, advirtieron a los condenados, en su calidad de funcionarios públicos, de los efectos personales y económicos derivados de su contumaz desobediencia.

En el apartado 9 de la parte dispositiva de nuestra sentencia ordenábamos lo siguiente: *«remítase testimonio de esta resolución al Tribunal de Cuentas a los efectos de reclamación de la responsabilidad civil a aquellos acusados que han resultado condenados por un delito de malversación de caudales públicos»*.

Esta resolución fue justificada, en el pasaje de la fundamentación jurídica destinada a resolver sobre la responsabilidad civil de los condenados, en los siguientes términos: *«...el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado no ejercen la acción civil, pero sí interesan -y la Sala así lo acuerda- la remisión de particulares y de la sentencia al Tribunal de Cuentas, de conformidad con el art. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, art. 20 (sobre el Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas) y 16, 17 y 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril, para el establecimiento y reclamación definitiva de las cantidades totales desviadas. Al ser los hechos desleales en la administración de fondos constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia»*.

En cumplimiento de esta decisión, el Tribunal de Cuentas ha abierto los correspondientes procedimientos para la reclamación del crédito que asiste al Estado para la recuperación de las cantidades dispuestas.

Los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa son deudores frente al Estado y responden con su propio patrimonio. Así lo impone el art. 1911 del Código Civil y así se deriva de los arts. 38.1 de la LO 2/1982, 12 de mayo y 49.1 de la ley 7/1988, de 5 de abril, reguladora del funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Más allá del debate acerca de la naturaleza de la responsabilidad contable -para muchos, una especie dentro del género de la responsabilidad civil- esta deuda sólo sería posible por la existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial obtenido por una conducta dolosa, ejecutada en detrimento de las cuentas públicas, y que engrosó el patrimonio de los condenados en el importe que está siendo reclamado por el Tribunal de Cuentas, coincidente con la cuantía que aquéllos ahorraron al no afectar a su propio patrimonio. El crédito que el Estado reivindica, de aceptar la tesis de la ausencia de un beneficio personal, representaría un enriquecimiento sin causa para el acreedor, que estaría intentando incrementar las arcas públicas a costa del patrimonio de quienes no obtuvieron un beneficio personal.

La coherencia de este razonamiento no se ve afectada por el hecho de que la Ley de Amnistía declare también extinguidos los actos determinantes de responsabilidad contable que fueron ejecutados en el marco del proceso encaminado a la independencia de Cataluña. Antes al contrario, refuerza la idea de que la realidad de ese crédito del Estado frente a quienes no aportaron fondos propios ha obligado al legislador a poner término a los procedimientos abiertos en el Tribunal de Cuentas, dirigido contra el patrimonio personal de los condenados para hacerles abonar el dinero que ahorraron gracias a la disponibilidad de importantes partidas presupuestarias que fueron ilícitamente desviadas.

6.2.- Como ya hemos puntualizado con anterioridad, la conclusión acerca de la existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial obtenido por los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa no sólo se obtiene por el análisis de la responsabilidad contable en que estos han

incurrido -y que la ley también declara amnistiada- sino por la extensión que la Sala atribuye a la excepción introducida por el legislador, consistente en excluir el efecto extintivo de la responsabilidad criminal en aquellos casos en los que el acto delictivo haya traído consigo un beneficio personal de carácter patrimonial (art. 1.4)

Se impone la necesidad de ahondar en el desafío interpretativo que representa redefinir el concepto histórico de enriquecimiento para desgajar de su contenido material aquellos que no conllevaron, en atención a los fines, *«un beneficio personal de carácter patrimonial»*.

6.2.1.- Esta tarea, por cierto, puede verse facilitada por el propio dictamen de la Comisión de Venecia que, en el apartado 22, al describir el contexto, recuerda lo siguiente: *«...mediante la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre de 2022, el legislador español suprimió el delito de sedición y modificó el delito de malversación (introduciendo la necesidad de enriquecimiento personal en el artículo 432 del Código Penal). Como resultado, la Corte Suprema revisó de oficio las sentencias de inhabilitación para ejercer cargos públicos, que eran las únicas sentencias revisables después de los indultos (individuales) otorgados por el gobierno. En una sentencia del 13 de febrero de 2023, el Tribunal Supremo anuló la inhabilitación de los condenados únicamente por sedición, mientras que confirmó la inhabilitación de los condenados tanto por sedición como por malversación de fondos»* (apartado 22).

El texto transcrito proviene sin alteración -sólo varía el número del apartado, entonces el 20-, del proyecto de dictamen fechado el 1 de marzo de 2024. Es decir, más allá de la precisión con la que la Comisión de Venecia se aproxima al régimen jurídico del delito de malversación y la jurisprudencia que lo ha venido interpretando, la Comisión entendía que la malversación implicaba un enriquecimiento personal y que éste había concurrido en los hechos que determinaron la condena. 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.

Ningún obstáculo, pues, al otorgamiento de la amnistía se sugería inicialmente por la Comisión de Venecia. Ha sido el legislador quien ha procedido, con el exclusivo objetivo de perdonar el delito por el que cumplen condena los responsables políticos del *procés*, a desgajar del concepto global de lo que hemos venido entendiendo como «*ánimo de lucro*» aquellas acciones apropiatorias de fondos públicos cuando se hayan desarrollado durante «*...el proceso independentista catalán*», siempre que el autor, «*...independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial*».

A la vista de los hechos probados de nuestra sentencia, es incontrovertible que la disposición de caudales públicos por la que han sido condenados los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa tuvo lugar en el marco temporal que acota el art. 1 de la ley y que fueron ejecutados para reivindicar, sufragar, financiar, «*...promover, o procurar la secesión o independencia de Cataluña*».

Sin embargo, colmar esta exigencia cronológica y tendencial es un presupuesto necesario, pero no suficiente para extinguir la responsabilidad criminal que fue declarada en la STS 459/2019, 14 de octubre. Es indispensable también que esas acciones hayan sido ejecutadas sin «*...el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial*».

En palabras del Preámbulo de la ley, «*la presente norma especifica que sólo los actos de malversación dirigidos a los fines mencionados en la ley pueden acogerse a ella, excluyendo expresamente aquellos que implican un enriquecimiento personal o beneficio patrimonial*».

6.2.2.- La Ley de Amnistía, pese a los esfuerzos de su Preámbulo en demostrar la supuesta normalidad de un articulado coherente con exigencias del derecho europeo, representa una excepcionalidad que no puede pasar desapercibida.

La Resolución núm. 2381 (2021) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 21 de junio de 2021, acogió con satisfacción – *“L’Assemblée salue vivement”*- el hecho de que los delitos de rebelión y sedición hayan sido objeto de un intenso debate político y jurídico en nuestro país, *«...en particular por lo que se refiere a la necesidad de actualizar y restringir la definición del delito de sedición»* (apartado 9.5).

La entrada en vigor de la LO 14/2022, 2 de diciembre, que derogó el delito de sedición con los efectos que fueron definidos en nuestro auto 20107/2023, 13 de febrero, supuso la derogación de los arts. 544 a 549 del CP, que tipificaban el delito de sedición, alineándose, por tanto, con las sugerencias del Consejo de Europa.

Pero esa Resolución -por cierto, silenciada en el extenso Preámbulo de la ley de amnistía- también acogía una serie de indicaciones en relación con otros delitos, entre ellos, el de malversación de caudales públicos. Y en el apartado 10.3.4 invitaba a las autoridades españolas a *«...garantizar que el precepto penal sobre malversación de fondos públicos se aplique de tal manera que la responsabilidad sólo surja cuando puedan establecerse pérdidas reales y cuantificadas para el presupuesto o los activos del Estado»*.

Es más que probable que esta afirmación referida al delito de malversación de caudales públicos derivara del peculiar entendimiento de su redactor acerca del total origen de la financiación de los gastos del referéndum con fondos provenientes de la diáspora catalana. Pero lo relevante es que la misma resolución que invitaba a restringir la definición del delito de sedición y que sirvió de cobertura al legislador español para su derogación mediante la LO 14/2022, 2 de diciembre, sugería que la responsabilidad penal por el delito

de malversación fuera proclamada «...*cuando puedan establecerse pérdidas reales y cuantificadas para el presupuesto o los activos del Estado*».

La voluntad legislativa de amnistiar los delitos de malversación que se hubieran cometido en el contexto del proceso independentista catalán ha prescindido de la invitación del Consejo de Europa que, al tiempo que postulaba la restricción del delito de sedición, recomendaba que el régimen jurídico del delito de malversación vinculara la responsabilidad penal a la existencia de pérdidas reales y cuantificadas para el presupuesto o los activos del Estado, no a la existencia de un «*beneficio personal de carácter patrimonial*».

Los apartados 1.a), b) y 4 del art. 1 de la Ley de Amnistía se apartan de esta sugerencia y consideran amnistiables los delitos de malversación que fueron declarados probados en nuestra sentencia 459/2019, pese a que implicaron cuantiosas pérdidas en el presupuesto y los activos del Estado. Todo ello gracias a la singularidad de una decisión legislativa que desarma el concepto centenario de ánimo de lucro y desvincula el beneficio personal de carácter patrimonial del propósito de enriquecimiento.

El desbordamiento por el legislador español de una resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no tiene, desde luego, trascendencia jurídica, incluso en aquellos casos en los que haya acatado otros contenidos de ese mismo texto que invitaban, por ejemplo, a la derogación de la sedición. Esas resoluciones no son vinculantes y forman parte de lo que de forma bien plástica se ha denominado «*soft law*».

Ninguna duda abriga la Sala acerca de la capacidad del legislativo para interpretar y moldear los mensajes jurídicos que se derivan de las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria y de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Pero su existencia misma y la desatención del legislador a su propuesta de que la vigencia del delito de malversación no se haga depender del beneficio personal que el desvío de fondos pueda haber

reportado a su autor, sino de la constatación de pérdidas presupuestarias reales y cuantificables, introduce un factor de indudable influencia en la definición de los límites aplicativos de la Ley de Amnistía.

6.2.3.- La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, es otro ejemplo de la relevancia axiológica que Europa atribuye al delito de malversación de caudales públicos y que, en el presente caso, el legislador español ha pretendido trivializar o relativizar, acordando la extinción de la responsabilidad criminal de quienes resultaron condenados. Quizás sin llegar a lograrlo.

Es importante destacar que, a diferencia de la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, que restringe su ámbito a la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión, la propuesta de directiva que ahora se tramita busca fijar las pautas para una eficaz lucha contra la corrupción en general, no necesariamente vinculada a la protección de los intereses financieros de la UE y que alcanza, incluso, a la corrupción privada. De hecho, en el primero de sus considerandos se señala que *«...para prevenir y combatir eficazmente la corrupción, es necesario aplicar un enfoque integral y multidisciplinar»*.

Desde esta perspectiva, el *considerando* 15 aporta una idea que el legislador español ha considerado conveniente orillar en la Ley de Amnistía. Y es que, a diferencia de lo que ésta previene en su art. 1.4, que descompone el delito de malversación para bendecir aquellos actos dilapidadores del patrimonio público que no hayan implicado un beneficio personal, la propuesta de directiva señala que *«...la corrupción se alimenta de la motivación para obtener ventajas indebidas, tanto económicas como de otra naturaleza»*.

Del mismo modo, la condescendiente lenidad del legislador español frente a malversadores condenados en sentencia firme se encuentra en llamativo contraste con la enmienda al art. 15, incorporada a instancia de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, según la cual, *«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir cualquier indulto o amnistía en beneficio de personas que hayan sido consideradas responsables de cualquiera de las infracciones penales a que se refieren los artículos 7 a 14»* (enmienda núm. 126).

En el actual estado de cosas -más allá del trabajo pendiente hasta la redacción definitiva del texto- es especialmente difícil conciliar el esfuerzo de la Unión Europea por eliminar márgenes de impunidad para los malversadores con la voluntad del legislador español de dispensar un tratamiento excepcional y personalizado a unos delitos de especial gravedad, por el simple hecho de haber sido cometidos por unos concretos responsables políticos y en una determinada franja histórica que alcanza desde el día 1 de noviembre del año 2011 hasta el día 13 del mismo mes del año 2023.

Los hechos declarados por esta Sala constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos conforme al art. 432 del CP, que generaron una declaración de responsabilidad criminal que ahora se pretende considerar extinguida, tienen también pleno encaje en la definición como punible de ese mismo delito en el art. 9 de la repetida Propuesta de Directiva. En efecto, *«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, cuando se cometan intencionadamente, las siguientes conductas sean punibles como infracción penal: a) el compromiso, el desembolso, la apropiación o la utilización por un funcionario, de forma contraria a los fines para los que estaban previstos, de bienes cuya gestión se le haya encomendado directa o indirectamente»*.

La Directiva 2017/1371, 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, incluye en el concepto de malversación «... *utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos*». Y en su art. 7 proclama el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el delito de malversación que afecte a los fondos comunitarios sea punible, en algunos casos, con una pena máxima de, al menos, 4 años de prisión y, con carácter general, «...*con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias*».

El Informe anual de la Comisión Europea del año 2023 sobre el Estado de derecho se refiere expresamente al compromiso de los poderes públicos de asumir una clara voluntad política de perseguir los delitos relacionados con la corrupción: «*la lucha contra la corrupción es esencial para mantener el Estado de Derecho y preservar la confianza de los ciudadanos y las empresas en las instituciones públicas. Un enfoque integral de lucha contra la corrupción debe basarse en una combinación de medidas preventivas y punitivas. Esto requiere un marco jurídico e institucional sólido, una capacidad administrativa y judicial suficiente, investigaciones y enjuiciamientos eficaces y una clara voluntad política de aplicar el marco de lucha contra la corrupción. También requiere medidas de integridad fiables y eficaces para minimizar el espacio para la corrupción*».

7.- Lo que ahora decidimos es consecuencia de la estricta aplicación del ámbito de inclusiones (art. 1) y exclusiones (art. 2) que define la propia ley. Es la interpretación combinada de ambos preceptos la que nos lleva a concluir que el delito de malversación no puede ser amnistiado. Descartamos así la necesidad y procedencia de promover una cuestión de inconstitucionalidad o de carácter prejudicial respecto de este delito, como ya hemos apuntado en los FFJJ 2.1 y 2.1.3 de esta resolución.

Y no llegamos a esta conclusión anclándonos en el concepto histórico que ha venido definiendo -y seguirá definiendo- el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales. Es incuestionable que el legislador puede rectificar mediante la oportuna reforma una interpretación jurisprudencial que considere contraria a las decisiones de política criminal que el Gobierno quiera, en cada caso y en

cada momento, hacer realidad. Así lo ha proclamado en distintos precedentes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 185/2016, 3 de noviembre; 167/2023, 22 de noviembre; 159/2021, 16 de septiembre y 19/2023, 22 de marzo).

7.1.- La experiencia muestra numerosos procesos legislativos en los que una norma se hace eco de una línea jurisprudencial y convierte en ley lo que antes sólo era un criterio jurisprudencial. Y muestra también numerosos casos en los que sucede lo contrario. El legislador estima que una interpretación jurisprudencial puede ser contraria a una decisión de política criminal y da nueva redacción a los preceptos que sirven de apoyo a esa exégesis judicial con la que no está de acuerdo. Tampoco faltan ejemplos de reformas que aspiraban de forma explícita a modificar una interpretación jurisprudencial y no lo lograron pues el texto legal producido no alcanzó a perfilar con claridad ese legítimo objetivo y la jurisprudencia ha de guardar fidelidad a la legalidad, no a la etérea figura de un legislador resultante de la confluencia de aspiraciones distintas y a veces contrapuestas. El texto legal cobra vida propia al margen de sus plurales coautores.

Es más que evidente, por tanto, que la jurisprudencia no puede aspirar a un estancamiento que impida su avance y que anquilose su progreso. Esta idea es compartida por todos los que, con una u otra responsabilidad, asumimos la labor jurisdiccional que el art. 117.3 de la CE atribuye a los jueces y magistrados.

Es esta perspectiva la que debe condicionar el análisis de la decisión que ahora adoptamos. No antepone una jurisprudencia sobre el concepto de ánimo de lucro, consolidada desde los albores del derecho codificado, a la voluntad política de amnistiar los hechos que fueron enjuiciados por la Sala. Lo que determina la exclusión del delito de malversación de caudales públicos del ámbito aplicativo de la Ley de Amnistía es la imposibilidad de entender que los condenados por aplicar fondos públicos -no los propios- a los gastos del *procés* no obtuvieron ningún «*beneficio personal de carácter patrimonial*».

La decisión de la Sala no puede entenderse como una defensa del concepto de ánimo de lucro que, hasta ahora, ha servido para explicar y fundamentar la condena de los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa, así como la de tantos otros ciudadanos que cometieron su delito sin compartir el ámbito geográfico, temporal y motivacional que define la Ley de Amnistía. El rechazo al archivo definitivo de la ejecutoria tiene que ver con la propia voluntad de la ley, que ha querido, mediante la redacción del art. 1.4, excluir de su ámbito a quienes obtuvieron un beneficio personal de carácter patrimonial. A nuestro juicio, quien dilapida los fondos públicos que ha de administrar con lealtad y los dedica a financiar el proceso independentista obtiene el incuestionable beneficio personal que se deriva de no aportar dinero procedente de su peculio. Un proyecto, en suma, que para el resto de los ciudadanos que quisieron contribuir a hacerlo realidad y sumaron grandes o modestas cantidades sí representó, desde luego, un desembolso que afectó a su patrimonio.

Asociar el propósito de enriquecimiento -en eso consiste el ánimo de lucro- a la concurrencia de un acto de sustracción o de apoderamiento en beneficio personal del autor no es, desde luego, coherente con la jurisprudencia de esta Sala ni, por supuesto, con el tratamiento dogmático del delito de malversación de caudales públicos.

7.2.- El Ministerio Fiscal incorpora en su informe una relación detallada de precedentes en los que esta Sala ha rechazado la identificación entre ánimo de lucro y propósito de enriquecimiento.

Ninguno de ellos se opone a lo que venimos ahora sosteniendo.

En anteriores resoluciones hemos expresado -y ahora reiteramos- que no son identificables el ánimo de lucro y el enriquecimiento. De ahí que suponga una errónea línea argumental, para defender el archivo definitivo de la presente causa, afirmar que en el hecho probado de la sentencia que abre

la ejecutoria y en el auto de revisión dictado para adaptar las penas a la reforma operada por la LO 14/2022, 22 de diciembre, esta Sala descartara que los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa hubieran obrado con propósito de enriquecimiento. Se olvida que en la tarea nomofiláctica que nos incumbe y en el momento de determinar el efecto de la nueva ley respecto de los delitos de malversación que habían sido objeto de condena, nos limitábamos a señalar que la conducta prevista en el art. 432 CP quedaba colmada con el ánimo de lucro, sin que fuera preciso el enriquecimiento personal. Y en la medida que no era necesario constatar el enriquecimiento, y sí el ánimo de lucro, dábamos éste por acreditado. 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.

En el presente caso, la literalidad de un precepto añadido a la proposición que abrió el trámite parlamentario de la Ley de Amnistía ha intentado apartarse de esta forma histórica de entender el delito de malversación de caudales públicos y el concepto de ánimo de lucro. Desde los primeros momentos del derecho codificado, el ánimo de lucro se ha considerado perfectamente compatible con cualquier otra finalidad. El que se apodera de bienes ajenos -en este caso, patrimonio público- comete un delito aunque el metálico obtenido se destine a regalos a terceros, a limosna o a cualquier otra causa altruista. El castigo en los delitos patrimoniales no se justifica por *quedarse con las cosas de otro*, sino por *quitarle a otro las cosas*.

Sin embargo, con la publicación de la Ley de Amnistía el legislador ha considerado oportuno, en el legítimo ejercicio del espacio funcional que le incumbe, rectificar una línea jurisprudencial más que centenaria en lo que ha de entenderse por ánimo de lucro. Este mensaje legislativo de ruptura es perfectamente legítimo. Las leyes no pueden considerarse un vehículo para la fosilización de una jurisprudencia que, por razones de política criminal o vinculadas a una coyuntural estrategia política, se considera un obstáculo necesitado de superación.

El legislador ha estimado necesario abrir un paréntesis a cien años de jurisprudencia y hacerlo para unos hechos y unos protagonistas muy concretos. Un paréntesis que volverá a cerrarse para todos los demás ciudadanos que han sido condenados por un delito de la misma naturaleza.

Y eso es lo que hace en el art. 1.4 de la Ley de Amnistía al restringir el concepto de enriquecimiento mediante la exclusión de todas aquellas acciones de apoderamiento o distracción que, dirigidas a lograr la independencia de Cataluña, no hayan estado filtradas por «...*por el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial*».

Para ello descompone y fragmenta la tipicidad del delito previsto en el art. 432 del CP. Crea una malversación *ad hoc* que no considera punible y selecciona, entre todos los fines que pueden animar el autor, uno que santifica el acto de desapoderamiento -«*el contexto denominado proceso independentista catalán*»- y libera de toda responsabilidad criminal.

Una precisión resulta obligada. Y es que, frente a lo que alegan el Fiscal y la Abogacía del Estado, en el sentido de que la interpretación que proclamamos cerraría la posibilidad de aplicación de la amnistía a toda clase de malversación, son perfectamente imaginables supuestos que sí quedarían amparados por la ley y, por consiguiente, serían susceptibles de ver extinguida la responsabilidad criminal. Así acontecería, por ejemplo, con otros acusados que, sin tener disponibilidad de esos fondos, participaron en la ejecución y materialización del gasto. En la realización de tales mandatos o encargos derivados de esa inicial disposición, el propósito de enriquecimiento no podría ser afirmado.

Lo que, sin embargo, sí se hace difícil imaginar es qué delitos de malversación que hubieran estado animados por los propósitos que discriminan los actos susceptibles de amnistía de otros, podrían justificar la expresa cláusula de exclusión. Esta no se entiende y carece de sentido si no es porque acota unos específicos supuestos de todos los comprendidos en la

ley, para separarlos y excluirlos de la extinción. Eso hace concluir que para la ley existen conductas que estaban alentadas por esos objetivos políticos, pero en las que confluía al mismo tiempo un propósito de enriquecimiento concebido como obtención de un beneficio personal de carácter patrimonial. Sobrarían esas matizaciones a las que es obligado darles contenido.

7.3.- La Sala entiende, en definitiva, que los hechos declarados probados implicaron un beneficio personal de carácter patrimonial para los condenados. La lectura del art. 1.4 de la Ley de Amnistía y su aplicación a los hechos que fueron enjuiciados en la sentencia 459/2019 ponen de manifiesto que los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa obtuvieron un beneficio personal de carácter patrimonial.

Que la disposición de fondos estuvo orientada a hacer realidad el proyecto independentista catalán es incuestionable. 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 de apoderamiento con pleno encaje en el art. 432.1 y 2 del CP es también incontrovertible. Así lo declaramos en el auto 20107/2023, 13 de febrero, dictado por esta Sala en aplicación de la reforma del delito de malversación operada por la LO 14/2022, 2 de diciembre, resolución que ya adquirió firmeza.

En principio, la locución «*beneficio personal de carácter patrimonial*» no es la más apropiada para operar el efecto excluyente. Cuando el legislador alude al «*beneficio personal*» no puntualiza si éste ha de proyectarse sólo respecto del autor que malversa los fondos o también puede afectar a un tercero. Sea como fuere, la Sala entiende que incluso cuando el caudal de fondos públicos se destina a algunos de los fines a los que se refiere el art. 1 de la ley, ligados a promover la independencia de Cataluña, el beneficio personal de carácter patrimonial es innegable. El dinero destinado a ese objetivo fue el resultado de un doble acto. Uno de carácter apoderativo y otro de naturaleza dispositiva. Entre ambos momentos el patrimonio de los acusados se había enriquecido con una capacidad de disposición de la que

carecían hasta ese instante. La transferencia de esos fondos requería de modo indefectible un acto de apropiación que, en sí mismo, implicaba ya un beneficio personal de carácter patrimonial.

Hicieron con el patrimonio ajeno que les estaba confiado lo que no pudieron o no quisieron hacer con su patrimonio. Destinaron aquél a sus propios objetivos personales, que no por ser políticos, dejan de tener esa vertiente también particular o sectaria. Fondos públicos puestos al servicio de sus fines que eran también particulares, aunque pudiesen estar compartidos por un número mayor o menor de personas. La financiación de campañas electorales, de metas con significación política, de propaganda o la implementación de las propias ideas políticas, incluso aunque tenga una vertiente idealista, no deja de reportar también un beneficio personalísimo que adquiere carácter patrimonial cuando ha reportado un ahorro significativo.

A este respecto no puede dejar de llamarse la atención sobre el concepto que en nuestro ordenamiento penal tiene en los delitos patrimoniales la noción de enriquecimiento. La jurisprudencia no ha vacilado al considerar como tal el evitar desembolsos patrimoniales- Piénsese, por ejemplo, en el delito de fraude tributario como base del blanqueo de capitales o en las estafas en las que el acto de disposición es omisivo y por tanto el enriquecimiento proviene de un no pagar lo que debía pagarse.

Dicho en otros términos, la única alternativa al alcance de los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa, si querían coadyuvar al proyecto independentista, era disponer de los fondos públicos de la Generalitat o pagar de su bolsillo. Y optaron por la primera de las opciones, lo que no se ve ensombrecido por el hecho -que ahora no interesa- de que también empeñaran fondos propios y esfuerzos personales Todos los ciudadanos que consideraron conveniente hacer una aportación económica, mayor o menor, al proceso de independencia vieron recortado su patrimonio. Así lo entendieron y así lo aceptaron. Quienes eran ajenos al desempeño de funciones públicas y, por tanto, no custodiaban fondos públicos, aportaron las cantidades que

consideraron oportunas para hacer realidad lo que luego resultó un frustrado proceso político. Pero todos ellos sufrieron un decrecimiento de su patrimonio. Por el contrario, los responsables políticos que disponían de ingentes partidas presupuestarias y dispusieron de ellas para favorecer los mismos fines no vieron alterado su patrimonio en esas cuantías porque no les hizo falta. El dinero de todos sirvió para no minorar el dinero de unos pocos. En definitiva, obtuvieron *un beneficio personal de carácter patrimonial*. Los líderes que actualmente sufren condena contribuyeron a los fines descritos en el art. 1 de la Ley de Amnistía pero, a diferencia del resto de ciudadanos que extraía de su patrimonio la aportación personal al proceso político secesionista y que vio por ello mermado su patrimonio, aquellos no sufrieron igual merma en tanto echaron mano del patrimonio público, más allá de que -es indiferente- pudieran también -o no- haber destinado fondos personales. Su aportación principal merma alguna. Su aportación fue del dinero público que debían custodiar y administrar con lealtad.

Seguramente muchas personas, algunas con gran poder económico, contribuyeron con donaciones, incluso cuantiosas, a ese proceso ilegal que daría lugar a la causa origen de esa ejecutoria. Dispusieron de su dinero para fines que asumieron como propios por las razones que sean, incluso motivaciones nobles. Era su voluntad y su decisión dedicar su dinero, poner su economía al servicio de ese proyecto. Sin duda hicieron actos de disposición manejando su dinero e invirtiendo en lo que les pareció oportuno.

No es descartable que los procesados y sentenciados realizaran donaciones similares. Pero esto es indiferente e irrelevante. Lo relevante es que, en un momento dado, los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa resolvieron -y lo plasmaron documentalmente- dedicar los fondos públicos a finalidades ajenas a lo público. Si se quiere al servicio de un proyecto que no era suyo exclusivamente, sino colectivo, pero que de ningún modo estaba vinculado a los intereses generales o públicos. Y tomada esa decisión dispusieron de esos fondos como si fueran propios. Es decir, tras apropiárselos -que esa es la traducción o equivalencia de la conducta- hicieron

lo mismo que otros muchos, pero eludiendo su empobrecimiento. No puede obviarse que eso significó un beneficio económico.

Este entendimiento es coherente con la forma histórica en que la dogmática y la jurisprudencia de esta Sala han abordado el concepto mismo de enriquecimiento. En efecto, siempre hubo un debate, muchas veces infecundo, sobre los términos «*distraer*» y «*apropiarse*» que usaba el antiguo art. 535 y su heredero, el primigenio art. 252 del CP. Pero siempre se consideró que tanto se apropiaba en beneficio propio quien se hacía con los fondos a su disposición depositándolos, por ejemplo, en una cuenta de su titularidad, como quien autorizaba pagos de gastos particulares, de gastos que no correspondían al principal (podían ser propios, o de un familiar o de un tercero); con cargo a esos fondos del principal, aunque en este segundo caso no hubiese un estricto acto de apoderamiento físico o material. Había apropiación de fondos ajenos y había enriquecimiento personal, aunque el dinero ajeno fuese directamente a manos de un tercero.

Y en eso consiste el ánimo de lucro, el enriquecimiento y, por supuesto, el beneficio personal de carácter patrimonial que opera como elemento excluyente de la amnistía.

La Sala no ve razonable descartar el beneficio personal cuando ha existido un desplazamiento patrimonial de fondos públicos, tendencialmente dirigido a un fin político que el legislador considera ahora irrelevante a efectos de integrar el delito de malversación, pero que permite a unos frente a otros mantener incólume su equilibrio patrimonial, al no asumir la obligación derivada del gasto. El apoderamiento de fondos públicos y su posterior disposición a favor del ideal secesionista perturbó la equivalencia de la situación posesoria existente con anterioridad y lo hizo aliviando a los responsables públicos de todo gasto personal. Alteró un elemental sentido de la justicia conmutativa y protegió a los dirigentes políticos de cualquier afectación de su propio patrimonio. La disposición de los caudales públicos

que integraban los presupuestos de la Generalitat desequilibró a su favor la balanza de la igualdad, la que impide obtener algo sin dar nada a cambio.

El propósito de enriquecimiento y la obtención de un beneficio personal no pueden entenderse de forma tan reduccionista que sólo pueda afirmarse su concurrencia cuando, tras el acto de apoderamiento, el autor tiene más patrimonio que antes en términos puramente contables. Evitar el gasto personal imputando la aportación propia a los fondos públicos de los que se dispone es una inequívoca forma de beneficio personal de carácter patrimonial. Y esto es lo que hicieron los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa. Quebrantaron sus deberes de custodia respecto del patrimonio público que administraban y aplicaron los fondos a un fin que la Ley de Amnistía considera irrelevante, pero lo hicieron con el indudable beneficio personal que representa dejar a salvo su patrimonio ahorrando cualquier contribución personal a ese ideal ahora despenalizado.

Los argumentos con los que venimos respaldando nuestra decisión no alumbran una inédita línea jurisprudencial que ahora se adapte a la excepcionalidad de la Ley de Amnistía.

En efecto, en nuestra sentencia 749/2022, 13 de septiembre (caso ERES) ya precisábamos que, según el Diccionario de la RAE, el término «*sustraer*» que utiliza el precepto entonces aplicado no sólo se refiere a la acción apropiatoria, sino a «*apartar o separar*», por lo que la acción de sustraer abarca también la acción de disponer de los bienes de forma definitiva. Son numerosos los pasajes, de innecesaria cita, en los que subrayábamos que en eso consistió la acción malversadora, en disponer de los fondos públicos como si fueran propios, en contra de la ley, al margen de todo procedimiento y sorteando cualquier medida de control.

El enriquecimiento personal -aunque en la sentencia que abre la presente ejecutoria coincidan el acto apropiatorio y el dispositivo- se observa de forma bien plástica en otros precedentes en los que la malversación ha sido

declarada respecto de la autoridad o funcionario que con fondos públicos abona un banquete familiar o los de boda de una hija. También en el del alcalde que paga con fondos municipales la contratación de un grupo musical que actuó en un mitin del partido al que pertenece (STS 600/2024, de 13 de junio) o la concesión de una beca de estudios fuera de todo cauce y de manera desviada respecto del cumplimiento de los fines de la entidad pública (Cfr. STS 685/2021, 15 de septiembre) Y, por supuesto, en quien dispone de fondos públicos para un acto de varios grupos parlamentarios o asociaciones políticas, un referéndum o consulta ilícita, sin competencia, sin previsión presupuestaria y hecho posible con vulneración de los derechos del resto de los grupos parlamentarios, con un interés particular ligado a un proyecto político del que los condenados fueron sus principales ejecutores.

Esta forma de entender el concepto de enriquecimiento y de interpretar el mensaje de la Ley de Amnistía, que excluye de esta noción aquellos casos en los que no se haya obtenido un beneficio personal de carácter patrimonial, ha sido aplicada recientemente por esta Sala. En nuestra sentencia núm. 600/2024, 13 de junio, abordábamos el enjuiciamiento de un alcalde y el concejal-tesorero de una entidad local que durante el periodo de su mandato habían autorizado gastos con la opacidad suficiente para destinarlos a finalidades injustificadas, sin otra competencia que su exclusiva voluntad.

7.4.- En la ejecutoria que ahora centra nuestro interés, derivada de la sentencia núm. 459/2019, 14 de octubre, los gastos en relación con la consulta y el denominado *procés*, habían sido expresamente prohibidos por el Tribunal Constitucional y eran, en consecuencia, manifiestamente ilícitos (cfr. STC 259/2015, de 2 de diciembre; ATC 141/2016, de 19 julio; ATC 170/2016, de 6 de octubre; ATC 24/2017, de 14 de febrero; providencia de 4 de abril de 2017; y dictamen CDL-AD (2017)003, de la Comisión de Venecia sobre la Ley de 16 de octubre de 2015 por la que se modifica la LO 2/1979 del Tribunal Constitucional). Todos y cada uno de los condenados habían sido notificados y advertidos personalmente de las consecuencias de su inobservancia.

Como se desprende de la literalidad de la Ley de Amnistía, la mera ilicitud no impide la aplicación de la amnistía, siempre que no vaya acompañada de *beneficio personal de carácter patrimonial*. Pero en el caso que centra nuestro interés, además de esa ilegalidad y falta de competencia, se trataba de gastos para los que los responsables políticos carecían de cualquier previsión presupuestaria y no se vinculaban a una finalidad pública, sino de índole particular, su particular proyecto independentista. Y ello pese a que los condenados pretendieron arrogarse esa competencia mediante la Ley 19/2017, de 6 de septiembre de 2017, relativa al referéndum de autodeterminación que, como se describe en el *factum*, fue tramitada con clamorosas irregularidades en su procedimiento, sin respetar los derechos y funciones de los diputados que representaban una minoría parlamentaria, como así tuvo ocasión de declarar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cfr. Decisión de 28 de mayo de 2109, demanda núm. 75147/17).

Ese vacío competencial fue también puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional, al declarar que aquella ley se había dictado «...*sin soporte competencial alguno y que resulta por ello inconstitucional en su conjunto, pues toda ella se ordena a la regulación y convocatoria de un referéndum singular que resulta ajeno a las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma*» (STC 114/2017, de 14 de octubre).

En definitiva, resulta inviable presentar esos gastos como expresión del ejercicio propio de la función atribuida a la autoridad o funcionario que los ordenó, ni tampoco como vinculados a un destino público. Son gastos no conciliables con cualquier finalidad presupuestaria, en la medida en que no existía cobertura de ningún tipo. Por consiguiente, para la disposición efectiva de esos fondos se precisó un apoderamiento que desgajó de su partida inicial el dinero público para usarlo como propio. En esas circunstancias, pues, las conductas malversadoras objeto de condena eran inherentes a la idea de enriquecimiento personal. Y esta conclusión no resulta incompatible con el hecho de que, después del acto de apoderamiento, los fondos públicos fueran destinados al referéndum secesionista o a cualesquiera otras finalidades que

tuvieran por conveniente. Dicho de otro modo, que el destino fuera el referéndum de secesión no evita el enriquecimiento personal, al tratarse de una actividad no sólo ilícita en cuanto contraria al ordenamiento jurídico y a la prohibición expresa del Tribunal Constitucional, además de ajena a la esfera competencial de los condenados, sino también absolutamente carente de previsión presupuestaria y destinada a la esfera particular de los acusados. Tal destino sólo era viable porque los fondos públicos se empleaban como propios, como privados, lo que implicaba la separación y desgajamiento de su origen presupuestario.

Una decisión personal de los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa alteró la naturaleza de los fondos y su finalidad contable. El dinero de todos se convirtió así en patrimonio propio, generó un patente enriquecimiento, un beneficio personal inherente al acto de apropiación que -insistimos- permitió a los condenados hacer realidad su objetivo sin afectación alguna de su propio patrimonio. El extravagante destino dado a las partidas presupuestarias hizo posible a los condenados sustituir lo que habría sido una aportación personal a esos objetivos por una contribución con cargo al dinero de todos. Es decir, más allá de su falta de adecuación al ordenamiento jurídico, las conductas aquí sancionadas transmutaron la naturaleza pública de los fondos para su disposición como propios. Y ello a diferencia de otras conductas malversadoras, donde la ilicitud no muta los fondos a dominio y disposición privada.

Basta considerar el patrimonio neto -la diferencia entre los valores económicos y las deudas u obligaciones contraídas- para comprobar que la cifra de éste se incrementa en el importe de la obligación contraída cuando no se contabiliza en el pasivo. Pues bien, el hecho probado de la ejecutoria reseña un acto celebrado en el Teatro Nacional de Cataluña el día 4 de julio de 2017, con presencia en el escenario de los diputados del grupo *Junts pel Sí* y todos los miembros del Gobierno de la Generalitat, en el que se proclamó la voluntad de realizar el referéndum de autodeterminación. Sin embargo, la facturación del evento no fue cargada al presupuesto de la Generalitat. Fueron

otros los que asumieron ese gasto. Es obvio que la búsqueda, en este importe concreto, de otra fuente de financiación es bien expresiva del deseo de los condenados de no contribuir con su propio peculio al objetivo político de la independencia de Cataluña, ni siquiera en aquellos gastos que, por una u otra razón, no llegaron a ser cargados al presupuesto de la Generalitat.

Allí donde no llegó el presupuesto del que arbitrariamente disponían los condenados se buscó una fuente de pago alternativa. Si se actuó tal como describen los hechos probados lo fue con la intención de que los gastos del referéndum los afrontase la Generalitat -o un tercero- y no personalmente los responsables políticos que comprometieron el gasto. Este propósito fue concurrente con el compartido deseo de los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa de intentar *oficializar* el referéndum. Pero de ningún modo esta finalidad, no fácilmente detectable a la vista de las maniobras de ocultación de las partidas aplicadas a la celebración del referéndum, desplazó la evidente intención de evitar a toda costa cualquier gasto que minusvalorara su patrimonio personal. En esto consiste, sin duda alguna, el ánimo de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial.

Dijimos entonces -cfr. STS 600/2024, 13 de junio- que no se trataba de una mera desviación presupuestaria, sino que al margen de cualquier resquicio de adecuación normativa y funcionalidad, incluso abstracta, de los fondos públicos, se había operado materialmente un desgajamiento o sustracción del patrimonio corporativo para ulteriormente disponer del mismo como propio. Hacíamos nuestro el razonamiento del órgano sentenciador, en cuya fundamentación jurídica se apuntaba que «...*la situación de la ELA del punto de vista económico, al término del mandato de los acusados, dejaba mucho que desear, ya que se había dispuesto de los fondos públicos de forma caprichosa y arbitraria, para la propia proyección personal o de terceras personas*».

Que el beneficiario fuera el peculio individual de la familia -nuclear, extensa o política- no evita el carácter y contenido patrimonial del beneficio;

especialmente cuando ningún fin público es identificable. Se dispone de fondos públicos, como si fueran propios, para fines privados. Se genera así necesariamente un enriquecimiento por parte de quien sustrae, apropia o desgaja, esos fondos a tales fines, es decir, por parte de quien realiza los actos de disposición, en este caso, los acusados que cumplen condena por malversación en esta ejecutoria.

8.- Como venimos razonando, el rechazo de la Sala a la petición del Fiscal y las defensas de declarar amnistiado el delito de malversación es consecuencia de la definición que la propia Ley de Amnistía hace de su ámbito objetivo de aplicación, al ligar la existencia de un delito de malversación no amniable al hecho de que los autores, además del ilegal destino dado a los fondos presupuestados, hayan obtenido un beneficio personal de carácter patrimonial.

Pero más allá de las inferencias que autoriza la literalidad del art. 1 cuando enumera lo que ha de quedar amnistiado, los términos en los que la ley describe el listado de delitos que nunca podrían beneficiarse de la amnistía (art. 2) refuerza nuestra conclusión.

8.1.- En efecto, el art. 2 de la ley excluye de su ámbito «*los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea*» (art. 2.e).

Para el legislador, pues, malversar fondos comunitarios no será nunca amniable, sea cual sea el fin para el que se haya aplicado el dinero y haya o no habido propósito de enriquecimiento personal. La amnistía se concede sólo respecto de aquellos hechos delictivos que, aunque hubieran supuesto una vulneración de la lealtad en la administración de fondos públicos, se destinaron a promover y hacer posible la independencia de Cataluña.

Sin embargo, llegar a una conclusión acerca de si las cantidades malversadas comprometieron los intereses financieros exige una reflexión más detenida.

De entrada, la idea de fungibilidad del dinero, interpretando que todo menoscabo de los presupuestos del Estado o de algunas de las comunidades autónomas afecta indirectamente a la UE, puede no ser suficiente para activar la cláusula de exclusión. La sentencia que abre esta ejecutoria no contiene -no podía contener- una descripción del origen contable del dinero que fue malbaratado y del vínculo entre ese dinero y eventuales partidas procedentes de subvenciones y ayudas de la Unión Europea.

8.2.- Para constatar la afectación de los intereses financieros de la Unión Europea, es cierto que el relato de hechos probados no permite afirmar un enlace contable entre las partidas malversadas y los eventuales fondos procedentes, por uno u otro concepto, de ayudas europeas.

Este dato no resultó acreditado en la fase de investigación ni en la prueba desarrollada en el plenario porque no era indispensable para respaldar la acusación que entonces promovían el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular. Adquiere ahora todo su significado porque la afectación de los fondos europeos representa una cláusula de exclusión de la amnistía. Decidir si la desobediencia en la que incurrieron los condenados y la consecuente dilapidación de los fondos de la Generalitat pudieron afectar a los intereses financieros se hace ahora indispensable.

En su tarea jurisdiccional dirigida a dar respuesta a este interrogante, la Sala ha valorado varias cuestiones.

8.3.- De una parte, el hecho de que esos intereses financieros de la Unión Europea se contemplan tanto desde el momento del ingreso como desde el momento del gasto.

Así se desprende de la literalidad de 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, que establece en su art. 2.1.a) que por intereses financieros de la Unión deben entenderse: «... *todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, ii) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados, u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos*».

Es difícil concluir que no existió una afectación potencial del presupuesto de la Unión Europea si se conecta, desde la perspectiva del ingreso, el concepto de intereses financieros con otros pasajes del factum de la sentencia de esta Sala en la que declaramos probado 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.

Así mismo, los 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».

En ese escenario político de ruptura, en el que una zona del territorio nacional se desvincula por la vía de hecho de todo compromiso presupuestario no sólo con España, sino con la Unión Europea, es legítimo preguntarse si los intereses financieros se vieron dañados o, al menos, en inminente riesgo de sufrir un menoscabo. Este peligro, es cierto, no llegó a hacerse efectivo pues el entonces Presidente de la Generalitat dejó en suspenso la declaración de independencia.

No es difícil aventurar que la ruptura de la integridad territorial de Europa -esa desconexión existió, aunque durara sólo unos pocos segundos- encerró un grave peligro de afectación de los intereses financieros a los que se refiere el art. 2.e) de la Ley de Amnistía. Y son más que evidentes las consecuencias que para el presupuesto de la Unión Europea -formado entre otras aportaciones por una proporción de la renta nacional bruta de cada país, en función de su nivel de riqueza, y un porcentaje sobre la recaudación del IVA de cada Estado- podía llegar a representar la descomposición territorial de España y la consiguiente ruptura de los límites territoriales y políticos de la Unión.

La reciente experiencia advierte de las radicales consecuencias presupuestarias que la desconexión de un Estado con la Unión Europea -nuestro particular *Brexit* habría afectado sólo a una parte del territorio nacional- ha implicado en el equilibrio financiero comunitario.

La coherencia de esta afirmación no se debilita por el dato de que el último apartado del relato de hechos probados de nuestra sentencia atribuya a los condenados el pleno conocimiento de la inviabilidad jurídica de un referéndum de autodeterminación que se presentaba como la vía para la construcción de la República de Cataluña: *«...sabían que la simple aprobación de enunciados jurídicos, en abierta contradicción con las reglas democráticas*

previstas para la reforma del texto constitucional, no podría conducir a un espacio de soberanía».

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´.

De hecho, la ya citada Directiva 2017/1371 insta a los Estados a equiparar, en la protección reforzada de los intereses financieros de la Unión Europea «...*la tentativa de cometer cualquiera de las infracciones penales*» que los Estados se comprometen a criminalizar.

Puede ser muy relevante la transcripción del apartado 31 del informe de 2 de marzo de 2023, aprobado por la Comisión Europea y en el que se contienen las Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom)

2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

Con inspiración en la jurisprudencia del TJUE, la Comisión subraya que para afirmar ese menoscabo es suficiente con que exista cierto riesgo o que el control de los actos desleales no llegue a ser efectivo:

«Puede determinarse la existencia de una ‘amenaza grave’ en los casos en que los efectos de la vulneración correspondiente de los principios del Estado de Derecho, si bien no demostrados aún, puedan no obstante preverse razonablemente en vista de la alta probabilidad de que sucedan. Por tanto, debe demostrarse que el riesgo tiene una alta probabilidad de materializarse, en relación con las situaciones o con las formas de actuación de las autoridades a que se refiere el artículo 4, apartado 2, del Reglamento sobre condicionalidad. Por ejemplo, si determinados actos de las autoridades nacionales que ejecutan los fondos de la Unión a través de la contratación pública, o recaudan los recursos propios de la Unión, o llevan a cabo el control financiero, la supervisión o las auditorías de fondos de la Unión, o investigan acusaciones de fraude, corrupción u otras vulneraciones del Derecho de la Unión en la ejecución de los fondos o los ingresos de la Unión, no pueden ser controlados de manera efectiva por órganos jurisdiccionales totalmente independientes, puede generarse una amenaza grave en la medida que afecte a los fondos de la Unión y a sus intereses financieros».

En la misma línea de intolerancia comunitaria con aquellos delitos de los que se derive un perjuicio para los intereses financieros de la Unión Europea, el artículo 325.1 del Tratado de Funcionamiento dispone que *«La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión».*

Este pasaje, enlazado con los hechos probados que venimos glosando, adquiere un valor interpretativo singular. Es evidente que todos los gastos que se describen con minuciosidad en nuestra sentencia 459/2019 estuvieron tendencialmente dirigidos a hacer posible la consulta popular del 1 de octubre, a cuyo resultado positivo las leyes de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República y del Referéndum de Autodeterminación, vinculaban la declaración de independencia y la constitución de la República Catalana. Pero algunas de las partidas malversadas –de modo especial, las que hicieron posible la elaboración del censo, la distribución de las papeletas y la colocación de las urnas- se pusieron al servicio de un evidente riesgo de ruptura de las fronteras de la Unión Europea, por más que la proclamada independencia de Cataluña tuviera una fugaz duración.

9.- La Sala considera, por tanto, que los hechos que fueron declarados probados en nuestra sentencia 459/2019, 14 de octubre, y calificados como constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos no han sido abarcados por la Ley de Amnistía.

Llegamos a esta conclusión después de la interpretación del art. 1 que define las inclusiones y exclusiones que permiten delimitar el ámbito objetivo de la ley.

A este obstáculo normativo sumamos el que se deriva del listado de hechos no amnistiables, entre los que el art. 2.e) incluye *«los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea»*.

10.- Los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa fueron inicialmente condenados como autores de un delito de malversación de caudales públicos en concurso ideal con un delito de sedición.

El delito de desobediencia, como hemos señalado en el FJ 2.1.4, está incuestionablemente abarcado por la Ley de Amnistía. Así se destaca en el art.

1.c), que incluye en su ámbito objetivo «*los actos de desobediencia, cualquiera que sea su naturaleza*».

A diferencia de la técnica legislativa empleada para el delito de malversación, en el que la aplicación de la ley de amnistía se hace depender de un elemento intencional, la desobediencia queda abarcada en su integridad, sin matices, sin distinción entre una u otra modalidad delictiva.

Declarar amnistiado el delito de desobediencia y, por consiguiente, el archivo parcial de la ejecutoria obliga a despejar la duda de constitucionalidad que suscita el mandato legislativo por su posible oposición a los arts. 9.3, 14 y, en su caso, 117.3 de la Constitución. De ahí que en cumplimiento del art. 35 de la LO 2/1979, 3 de octubre, procede dar traslado al Fiscal, 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.

PARTE DISPOSITIVA

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.

Contra este auto cabe recurso de súplica.

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

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

1. Este voto particular se va a centrar en lo que integra la esencia de la discrepancia que lo justifica, que no es otra que la que mantengo con el 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, tal y como fue descrito en el relato de hechos probados de 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.

El parecer mayoritario asienta esa exclusión en un doble eje. De un lado, la constatación de que los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa obtuvieron un beneficio personal de carácter patrimonial, presupuesto al

que el artículo 1.4 de la Ley de Amnistía vincula la exclusión del efecto extintivo de la responsabilidad criminal.

Beneficio personal que califican de inobjetable a partir de la constatación de que todos ellos incurrieron en una responsabilidad contable de la que, conforme a los artículos 38.1 y 49.1 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, se deriva una obligación de indemnizar que ha generado, como consecuencia inmediata, un crédito a favor del Estado por el importe de los fondos públicos malversados. Una responsabilidad proyectada sobre el patrimonio de los condenados que, todavía hoy, no ha sufrido merma alguna después de aplicar fondos públicos a un proyecto político declarado ilícito e impulsado por los deudores frente al Estado.

De otro porque el delito de malversación por el que los arriba citados resultaron condenados, encaja de plano en la causa de exclusión que la Ley amnistía incorpora en el apartado e) de su artículo 2 «los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea».

2. 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, orienta mi exégesis hacia el análisis de los presupuestos de aplicación que la misma incorpora, y no la tipicidad de unos hechos que ya hemos proclamado. Tipicidad que he refrendado con mi participación sin discrepancias no solo en la STS 459/2019, sino también 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.

Resulta incontrovertido que los afectados cometieron un delito de malversación cuando aplicaron los fondos que tenían bajo su custodia a fines distintos de los que estaban destinados, y que además 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 amnistiabiles, quedan fuera de nuestro ámbito competencial al estar depurándose ante el Tribunal de Cuentas.

2.1. 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 prestarán 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».

2.2 La lectura de estos 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 de distracción 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, 13 de febrero, dictado por esta Sala en aplicación de la citada reforma, resolución que ya adquirió firmeza.

Y a partir de esa afirmación que comparto con mis compañeros, mi discrepancia se centra en entender que el beneficio personal que ahora se explica experimentaron los condenados en la medida en que no se vieron obligados a efectuar desembolsos patrimoniales para culminar el que era su proyecto político, y que hasta el momento no habíamos analizado, opera como detonante de exclusión de la amnistía. Porque ya adelanto, en mi opinión, 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, excluyendo solo los casos en los que en el curso del mismo 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, 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, porque si se pretende un desvío sobre el desvío, o un apoderamiento definitivo una vez los fondos han sido apartados de su finalidad legal, ya no se puede decir que los fondos iban destinados al proyecto secesionista. Pero esa afirmación implica una deducción tan artificiosa que no solo encaja mal con el texto de la norma y frontalmente con el que es su espíritu, sino que resquebraja los diques de la lógica. Y desde luego es contraria a cualquier posible orientación *pro reo*, que, pese a la excepcionalidad de la amnistía, siempre debe conjugarse cuando de leyes con efectos penales se trata.

El principio de determinación en el ámbito penal, derivado del de legalidad, exige también 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.

2.3. Ni en la sentencia 459/2019, de 14 de octubre, ni tampoco en el auto 20107/2023, 13 de febrero, hicimos mención a ningún posible beneficio personal de carácter patrimonial de quienes en la causa del proceso resultaron condenados como autores de un delito de malversación. Se podrá argumentar que ello se debió a que en aquel momento no resultó necesaria tal y como se había planteado el debate, porque lo cierto es que, ni la versión del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, ni la actualmente en vigor por efecto de la LO 14/2022, hacen expresa alusión a tan debatido beneficio exponente de enriquecimiento. Tampoco se ejercitaron acciones civiles, derivándose la cuestión al Tribunal de Cuentas.

Lo que sí explicamos hasta la saciedad es la amplitud con que la jurisprudencia de esta Sala ha configurado el ánimo de lucro, que no reclama necesariamente enriquecimiento, abarcando incluso actos de liberalidad o el propósito de generar mejoras públicas. Pero con todo, en ningún caso hemos apreciado un ánimo de enriquecimiento personal en los condenados Sra. Bassa y Sres. Junqueras, Romeva y Turull, entendido como mejora de su situación patrimonial o de evitación de su disminución. Un ánimo tendencial, tal y como lo describe el apartado 4 del artículo 1 de la Ley de Amnistía, que guiara los actos de aquellos con *«el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial»*.

Es más, en el ATS 26 de junio de 2023 que resolvió el incidente de nulidad contra el ATS de 13 de febrero 2023 se dijo «el interés público no se identifica con el de la autoridad o funcionario público que en cada momento detente el poder. De la misma manera que el simple hecho de que sea una autoridad o funcionario quien decida dar una aplicación concreta a unos fondos públicos no convierte a esa aplicación en legítima. Menos aún si ha sido declarada delictiva o antijurídica.

Si una autoridad o funcionario público destina fondos públicos a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- lo que existe, sencillamente, es una distracción de fondos públicos por parte de aquellos que son los encargados de definir su destino y que, al actuar de la manera expuesta se apropian de estos fondos. Y como tal acto apropiativo implica ánimo de lucro.

Este ánimo de lucro, como venía sosteniendo una jurisprudencia reiterada de esta Sala, no se identifica exclusivamente con el propósito de enriquecimiento y está comprendido

en el comportamiento de aquellos que, como los acusados, quebrantan su deber de lealtad con la Administración y deciden dar a los fondos públicos una finalidad inequívocamente ilegal. Como decíamos en nuestro auto, no puede sostenerse una interpretación del artículo 433 del CP. que premie a la autoridad o funcionario público que excede los márgenes de la habilitación que le ha sido concedida para definir el destino de fondos públicos».

2.4. 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 del a STS 459/2019, de 14 de octubre, que permite 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. 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 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).

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.

3. Entiende la resolución mayoritaria que el delito de malversación que nos ocupa pudo comprometer los intereses de la Unión Europea, lo que avalaría su exclusión de la amnistía en aplicación de lo previsto en el apartado e) de su artículo 2 que excluye de su ámbito *«los actos tipificados como delitos que afectarían a los intereses financieros de la Unión Europea»*.

En realidad, no afirma contundente la afectación. Reconoce, en buena lógica, que el relato de hechos probados de la STS 459/2019, de 14 de octubre, no describe el origen contable del dinero que fue malbaratado y del vínculo entre ese dinero y eventuales partidas procedentes de subvenciones y ayudas de la Unión Europea. No fue objeto de debate en el juicio.

Sí constata, con fiel reflejo fáctico, el entramado jurídico que diseñaba un escenario de ruptura en el que *«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»*. Y aventura la posibilidad de que *«que la ruptura de la integridad territorial de Europa -esa desconexión existió, aunque durara sólo unos pocos segundos- encerró un grave peligro de afectación de los intereses financieros a los que se refiere el art. 2.e) de la Ley de Amnistía. Y son más que evidentes las consecuencias que para el presupuesto de la Unión Europea -formado entre otras aportaciones por una proporción de la renta nacional bruta de cada país, en función de su nivel de riqueza, y un porcentaje sobre la recaudación del IVA de cada Estado- podía llegar a representar la descomposición territorial de España y la consiguiente ruptura de los límites territoriales y políticos de la Unión»*.

Podríamos discutir si ese peligro potencial de escasa duración, derivado de un proyecto que declaramos inviable, revistió la suficiente intensidad para integrar una amenaza grave para los intereses financieros de la Unión, tal y como se sugiere. Pero, si el propio auto plantea dudas sobre la

relevancia lesiva de la conducta en su día sediciosa -hoy desobediente- y malversadora que determinó las condenas en la causa del procés para afectar a los intereses financieros de la Unión Europea, el artículo 267 TFUE obliga al 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. Así lo viene a admitir la resolución de la que discrepo en cuanto afirma «Sólo el Tribunal que entienda aplicable la amnistía al delito de malversación, habrá de plantearse si la secesión -el referéndum no era meramente consultivo, sino el requisito para la proclamación de la independencia- habría afectado, aunque lo fuera en grado de mera tentativa, a la Renta Nacional Bruta Estatal y por ende al presupuesto comunitario. Y, sobre todo, si esa afectación no entra en directa colisión con el art. 325 del Tratado Funcional de la Unión Europea y la Directiva 2017/1371 de protección de los intereses financieros. Es en este caso cuando el planteamiento de la cuestión prejudicial adquiere pleno sentido, sobre todo, cuando resuelve un Tribunal cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso conforme al derecho interno».

En la medida que en mi opinión ese debía ser nuestro caso, avalo tal propuesta. Sin embargo, entiendo que igualmente debería hacerse extensiva en su planteamiento al delito de desobediencia, pues la desatención a los requerimientos del Tribunal Constitucional que el mismo castiga, es la que dio pie a todo el entramado normativo que diseñó el tan mencionado escenario de ruptura.

Fdo. Ana María Ferrer García