



### **EXCMO. SR.**

En el BOE de fecha 11 de junio aparece publicada la ley orgánica 1/2024 de 10 de junio de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

Como bien conoce V.E. los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo encargados del despacho de la causa especial 20907/2017 seguida en el Tribunal Supremo desde sus inicios ya le comunicamos el pasado 30 de mayo, mediante la entrega de un informe escrito, que los hechos a los que se refiere este procedimiento eran amnistiables en lo que concierne a los constitutivos de desobediencia y desórdenes públicos, pero no lo eran por el contrario los hechos constitutivos de malversación de fondos públicos en atención a dos razones que, a continuación, pasamos a exponer de forma muy sucinta:

#### **1ª. El art. 1.1. b), párrafo 2º, y 4) de la Ley de amnistía impide la aplicación de tal medida al delito de malversación objeto de esta causa**

En el artículo 1.1.a) y b), párrafo segundo, de la ley se incluyen en la amnistía los delitos de malversación *“siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento”*. Aclarando y precisando ese concepto en su Exposición de Motivos, apartado VI, donde se explica que *“La presente norma específica 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”*. Para concluir en el art. 1.4 de la ley 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 Ley excluye de su aplicación los actos de malversación que implican un enriquecimiento personal o un beneficio patrimonial (vid. Apartado VI del Preámbulo, párrafos 10 y 11; art. 1.1.b), párrafo 2º, y 4).



Pues bien, resulta indudable que los procesados PUIGDEMONT, COMYN y PUIG (en su condición de Presidente y Consejeros de la Generalitat) y los condenados por sentencia firme JUNQUERAS, TURULL, ROMEVA y BASSA, como receptores de los gastos sustrajeron por sí mismos caudales públicos. No recurrieron a la conducta pasiva de comisión por omisión de consentir que otros sustrajesen, sino que ellos mismos sustrajeron caudales públicos en forma de millones de euros para ejecutar contra las decisiones del TC y del TSJ de Cataluña un proyecto inconstitucional de desintegración de España y proclamación de independencia; y esos fondos no han sido restituidos.

La malversación de caudales públicos supuso un beneficio patrimonial para los autores, pues destinaron los mismos a la elaboración, desarrollo y concreción de su ilegal proyecto que les produjo un indudable beneficio patrimonial, pues decididos a toda costa a celebrar el referéndum ilegal conocían perfectamente la magnitud de gastos y la necesidad de obtenerlos recurriendo con clamorosa infracción del deber de custodia a su sustracción del erario público de todos los españoles.

El artículo 432.1 CP aplicado en los autos de 12.1.2023 y 13.2.2023 del Tribunal Supremo descansa sobre la apropiación por parte de funcionarios públicos de fondos públicos con ánimo de lucro. Afirma el TS en esas resoluciones que es perfectamente compatible la desviación de fondos de su destino con la apropiación de fondos no restituidos con ánimo de lucro.

De las dos modalidades de malversación los procesados rebeldes presumiblemente realizaron, como los Consejeros condenados e indultados, la activa de la apropiación, no la pasiva y garante de consentir que otro sustraiga. Fueron ellos quienes se apropiaron de fondos públicos. Cuando se habla de la conducta activa el ánimo de lucro debe existir en quien sustrae, mientras que en la pasiva el ánimo de enriquecimiento se sitúa en quien se apropia de los bienes con consentimiento de los ímprobos gestores públicos.

En nuestro caso, los funcionarios públicos constituidos en autoridad se apropiaron de fondos públicos con ánimo de lucro propio, no de terceros. Ello implica un enriquecimiento personal al poder disponer para sus ilícitos fines de



fondos públicos. No fueron los terceros que recibieron los fondos los que los sustrajeron con la complacencia omisiva de los gestores públicos, sino que fueron éstos quienes se apropiaron del dinero para pagar las contraprestaciones onerosas realizados por encargo de los mismos. Es decir, incorporaron a su ámbito de dominio el dinero ocultado y escondido a los ojos de la Intervención del Estado para sufragar los gastos de su proyecto inconstitucional.

A modo de conclusión, debe indicarse que en el artículo 1.1.b) de la Ley de Amnistía quedan excluidos de la aplicación de la ley los actos constitutivos de delito de malversación siempre que haya existido propósito de enriquecimiento y en la Exposición de Motivos se añade que quedan excluidos los actos de malversación que hubieran implicado enriquecimiento personal o beneficio patrimonial. Pues bien, es claro que en nuestro caso ese beneficio patrimonial existió, pues con ánimo de lucro se apropiaron de los fondos públicos y asumiendo sobre ellos, extraídos de su función pública y legal, facultades de titularidad los destinaron al pago de quienes ellos mismos habían contratado en contratos públicos ilícitos para realizar las actividades que conformaban el procés en su globalidad.

**2ª. Los hechos objeto de esta causa tampoco pueden ser amnistiados al estar excluidos de la aplicación de la ley conforme al art. 2.e) de la misma por afectar a los intereses financieros de la Unión Europea.**

Un análisis integrado de la legislación penal vigente y de la normativa europea representada fundamentalmente por 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 UE a través del Derecho Penal nos conduce a concluir en primer término que el delito de malversación es uno de los tipos penales que el art. 4 de la mencionada Directiva incluye entre los delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión junto al blanqueo de capitales, el cohecho activo y el cohecho pasivo.



En el art. 4 de la citada Directiva 2017/1371, bajo el título “Otras infracciones penales que afectan a los intereses financieros de la Unión”, se establece literalmente en su apartado 3 que:

*“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la malversación, cuando se cometa intencionadamente, constituya una infracción penal.*

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

La malversación de fondos públicos para financiar un proceso secesionista dentro de un Estado que forma parte de la Unión Europea, con el consiguiente riesgo de fractura territorial de la UE y la consiguiente disminución de los ingresos y fondos que forman parte de su presupuesto, repercute negativamente en los propios intereses financieros de la Unión. No solo se consideran como tales aquellas infracciones penales que directamente afectan al presupuesto de la Unión (como sucede en el caso de los fraudes según dispone su art. 3), sino también todas aquellas infracciones que directa o indirectamente puedan tener incidencia o repercusión “**de cualquier manera**” en los intereses de la Unión (incluyendo el cohecho activo, el cohecho pasivo, la malversación y el blanqueo de capitales).

Es evidente que la ley de Amnistía afecta directamente a los intereses de la UE por cuanto la finalidad de todo el proceso fue la desintegración de España y la declaración de independencia de Cataluña. En efecto, las Leyes 19 y 20 de 2017 aprobadas por el Parlamento de Cataluña llamadas del Referéndum y de Transitoriedad Jurídica declaraban la independencia automática de Cataluña de producirse una votación favorable en el referéndum ilegal que se celebró el 1 de



octubre. Existió además una Declaración formal e institucional de la independencia. La Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, fue declarada inconstitucional y nula en su integridad, por la STC 124/2017, de 8 de noviembre.

Todas las actuaciones relacionadas con el delito de malversación de caudales públicos relativas a urnas, papeletas, publicidad física o institucional, observadores europeos, registros de votantes en el extranjero, embajadas de Cataluña estaban encaminadas al único objeto y fin de proclamar la independencia de Cataluña.

**En resumen, la ley de amnistía es aplicable a las procesadas MARTA ROVIRA VERGES y CLARA PONSATI OBIOLS al amparo del art. 1.1.c) de la norma ya que su procesamiento lo ha sido exclusivamente por el delito de desobediencia, y al resto de procesados y condenados por este delito. No es aplicable a los procesados PUIGDEMONT, COMYN y PUIG, y a los condenados JUNQUERAS, TURULL, ROMEVA y BASSA por el delito de malversación de fondos públicos.**

**Por otra parte, en cuanto a los efectos sobre las medidas cautelares reguladas en el art. 4 de la Ley,** deben lógicamente distinguirse los efectos en el caso de que la Ley no sea aplicable a un determinado delito del caso en que sí sea aplicable y se plantee una cuestión prejudicial o de inconstitucionalidad.

El art. 4.a), párrafo 2º de la ley establece que el órgano judicial que esté conociendo de la causa acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieran sido adoptadas por las acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley, con la única salvedad de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2.

El apartado b) dispone que el órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en



prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención.

El apartado c) establece que la suspensión del procedimiento penal por cualquier causa no impedirá el alzamiento de aquellas medidas cautelares que hubieran sido acordadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley y que implicasen la privación del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.

Por último, el apartado d) dispone que 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.

Los criterios a seguir sobre esta cuestión son los siguientes:

a) Es obvio que, en lo que concierne a los procesados rebeldes, PUIGDEMONT CASAMAJÓ, COMYN OLIVERES y PUIG GORDI, el alzamiento o levantamiento de las medidas cautelares, y de las órdenes de detención, de busca y captura e ingreso en prisión solo puede acordarse en el caso de que el órgano judicial competente estime que las conductas imputables a los procesados y que son objeto de la causa se hallen comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley, lo que no sucede en el presente caso en relación al delito de malversación. El alzamiento de las mismas está condicionado, a tenor del art. 4.a), párrafo 2º, a que las acciones cometidas estén comprendidas en el ámbito objetivo de aplicación de la presente ley.

En consecuencia, no estando incluidas las acciones constitutivas de malversación que son imputables a los procesados rebeldes en los supuestos que establece el art. 1.1.b) para que sea aplicable la amnistía, y siendo además aplicable la exclusión que contempla el art. 2.e) de la ley por afectar a los intereses financieros de la Unión Europea, no es procedente acordar el



alzamiento de las medidas cautelares y órdenes de detención actualmente vigentes.

Únicamente si el órgano judicial estimara que tales procesados pueden considerarse beneficiarios de la ley de amnistía y que les es aplicable la norma respecto a este delito, debería procederse al alzamiento de todas las medidas cautelares y órdenes de detención acordadas, incluso aunque el procedimiento fuera suspendido por el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE o de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, en cuanto a la procesada rebelde ROVIRA VERGÉS deben alzarse todas las medidas cautelares y órdenes de detención (art. 4.a) y b) de la ley) remitiendo las actuaciones a la Sala de lo Penal como tribunal de enjuiciamiento en cuanto órgano competente para resolver definitivamente sobre su aplicación.

b) No estando incluidas las acciones constitutivas de malversación por las cuales han resultado condenados JUNQUERAS, TURULL, ROMEVA y BASSA entre los actos susceptibles de ser amnistiados, las penas de inhabilitación absoluta impuestas por el delito de malversación en la sentencia 459/2019 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no pueden considerarse finalizadas y extinguidas ya que las acciones por las que fueron condenados no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley de amnistía.

En cuanto a la procesada CLARA PONSATI OBIOLS al estarlo únicamente por el delito de desobediencia, incluido entre las conductas amparadas por el art. 1.1.c) de la ley, la aplicación de la amnistía conllevará la extinción de la responsabilidad criminal (arts. 130.1.4º CP y 666.4º LECriminal), siendo el órgano judicial competente para acordarla la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como tribunal de enjuiciamiento.



Por último, se considera que es necesario plantear en los términos que se exponen la cuestión prejudicial ante el TJUE y la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional:

1º. En cuanto al delito de desobediencia, y subsidiariamente en el delito de malversación, para el caso de que el órgano judicial al que nos dirigimos considerase que la ley es aplicable, teniendo en cuenta que la norma en cuestión es contraria al Derecho de la Unión Europea conforme al art. 267 TFUE y 4 bis de la LOPJ procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE en los términos expuestos en el apartado III de este informe acordando la suspensión del procedimiento hasta que se dicte resolución por el TJUE, sin que se pueda resolver definitivamente sobre la extinción de la responsabilidad criminal.

2º. Igualmente, teniendo en cuenta que la citada norma puede ser inconstitucional al vulnerar principios, valores y derechos constitucionalmente reconocidos, en cuanto al delito de desobediencia, y subsidiariamente en el delito de malversación, para el caso de que el órgano judicial al que nos dirigimos considerase que la ley es aplicable, procede plantear cuestión de inconstitucionalidad de la citada ley ante el Tribunal Constitucional conforme a los arts. 163 CE, 5.3 LOPJ y 35 LOTC 3/1979, de 3 de octubre, acordando la suspensión del procedimiento hasta que se dicte resolución por el Tribunal Constitucional, sin que se pueda resolver definitivamente sobre la extinción de la responsabilidad criminal.

En consecuencia, si considera V.E. que debe aplicarse en todo caso la ley, prescindiendo del análisis del hecho concreto y de los argumentos jurídicos expuestos en los informes que se adjuntan, deberá ordenarlo por escrito de manera motivada y fundada, y a continuación proceder conforme a lo dispuesto en el art. 27 EOMF -convocando la audiencia preceptiva de la Junta de Fiscales de Sala- ya que estimamos que su aplicación en lo que concierne al delito de malversación de fondos públicos es improcedente y contraria a las leyes por no



ajustarse a los criterios más elementales de lógica jurídica y de legalidad penal exigibles en la interpretación y aplicación de la norma.

En el caso de que V.E. mantenga finalmente la decisión sobre la aplicación de la ley a los hechos constitutivos de malversación, en aplicación del art. 25 EOMF será necesario dictar un decreto motivado que acuerde la avocación de la causa para ser despachada por V.E. o quien designe a tales efectos.

Adjuntamos a tales efectos los informes justificativos de nuestra posición y que deben presentarse a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y al Magistrado del Tribunal Supremo instructor de la presente causa para dar cumplimiento a los traslados acordados por sendas providencias de 11 de junio de 2024.

Madrid, a 12 de junio de 2024

LOS FISCALES DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fdo.: Javier A. Zaragoza Aguado  
Pereda

Fdo.: Consuelo Madrigal Martínez-

Fdo.: Jaime Moreno Verdejo

Fdo.: Fidel A. Cadena Serrano