

NOTA INFORMATIVA

1.- La Sala Penal del Tribunal Supremo integrada por los Magistrados Manuel Marchena -ponente de la resolución- Andrés Martínez Arrieta, Juan Ramón Berdugo, Antonio del Moral, Andrés Palomo y Ana Ferrer- ha declarado no amnistiado el delito de malversación de caudales públicos por el que habían sido condenados Oriol Junqueras, Raül Romeva, Jordi Turull y Dolors Bassa.

El auto notificado hoy pone de manifiesto -se razona- las dificultades interpretativas a las que ha tenido que hacer frente la Sala, a la vista de la del *«ritmo de alta velocidad»* que ha presidido la aprobación de la Ley de Amnistía: *«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 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».*

Algunas de estas objeciones ya habían sido puestas de manifiesto por el dictamen de la Comisión de Venecia.

El auto notificado hoy recuerda los problemas que suscita una técnica legislativa que no llega a ser capaz de expresar en proposiciones legales la genuina voluntad del legislador: *«... 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».*

2.- Los magistrados han señalado el llamativo contraste entre la protección reforzada que la Unión Europea atribuye al delito de malversación de caudales públicos y “la lenidad del legislador español” que no ha dudado en perdonar graves delitos, así como las consecuencias económicas que de ellos se han derivado.

La resolución cita expresamente la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la corrupción, actualmente en trámite, que prohíbe el indulto o la amnistía del delito de malversación. Por eso, *«...en el actual estado de cosas (...) 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 (...). 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».

La Sala entiende -de ahí que el delito no sea amnistiable- que los acusados obtuvieron un beneficio personal de carácter patrimonial, dato que niegan el Fiscal y la Abogacía del Estado: *«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'».*

Según el auto, los condenados *«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».*

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».

Siguen razonando los magistrados que «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».

La conclusión acerca de la existencia de ese beneficio personal de carácter patrimonial, que excluye la aplicación de la Ley de Amnistía, se fortalece a partir de la consideración de los responsables políticos como funcionarios públicos que han de responder de sus decisiones acerca de la administración y disposición de los fondos patrimoniales del Estado, todas ellas adoptadas con desprecio a los requerimientos del Tribunal Constitucional: *«...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».*

2.- Además de la exclusión de la amnistía por la existencia de un beneficio personal de carácter patrimonial en los condenados, la Sala considera que se alza otro obstáculo que impide el perdón de los delitos que fueron objeto de condena. Y es que éstos afectaron potencialmente a los intereses financieros de la Unión Europea: *«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».*

Siguen razonando los magistrados que *«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 afectación de los intereses financieros de la Unión fue potencial, pero no por ello desdeñable a efectos de interpretar el alcance de la ley. La resolución vuelve a apoyarse en la Directiva 2017/2031, que insta a los Estados a proteger esos intereses, incluso, en los casos de tentativa.

La Sala reivindica la coherencia de este criterio, que 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 (...) 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».

La Sala ha descartado acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *«no podemos suscitar una cuestión prejudicial que plantee (...) 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. (...) 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».*

3.- El auto conocido hoy abre el trámite para promover una cuestión de inconstitucionalidad respecto del delito de desobediencia.

VOTO PARTICULAR

El voto particular suscrito por la magistrada Ana Ferrer expresa su discrepancia con el parecer mayoritario de sus compañeros “en cuanto entienden que la interpretación integrada de los artículos 1 y 2 de la Ley (...) 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”.

La magistrada sostiene que *«...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»*.

Estima que la interpretación de la Sala *«...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»*.

Por otro lado, al analizar la exclusión que hace la Ley respecto a delitos que afecten a los intereses financieros de la UE, la juez se muestra partidaria de elevar una cuestión prejudicial al TJUE.