

La Amnistía de la Ley Orgánica 1/2024: su aplicación y su cuestionamiento a la luz del Derecho de la Unión Europea*

The Amnesty of Organic Law 1/2024: application and questioning in light of European Union Law

CARMEN RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO

Magistrada. Profesora Asociada. Universidad Complutense de Madrid

mrodri65@ucm.es

ORCID: 0009-0001-6346-7754

Recibido: 01/10/2024 . Aceptado: 22/11/2024.

Cómo citar: Rodríguez-Medel Nieto, Carmen, “La Amnistía de la Ley Orgánica 1/2024: su aplicación y su cuestionamiento a la luz del Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos* 85 (2025): 200-220.

Artículo de acceso abierto distribuido bajo una [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional \(CC-BY 4.0\)](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.200-220>

Resumen: La Ley Orgánica 1/2024, a través de la amnistía, obliga que los órganos judiciales extingan la responsabilidad penal por determinados hechos delictivos (tipificados como malversación o como terrorismo, por ejemplo) si no concurren las causas de exclusión expresamente previstas en la norma. En aplicación de dicha Ley Orgánica, algunos Tribunales españoles han amnistiado delitos; otros han planteado peticiones de decisión prejudicial por albergar dudas sobre la compatibilidad del Derecho de la Unión Europea con la citada amnistía. El artículo analiza brevemente las razones de dichas resoluciones judiciales, que fueron dictadas desde la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica hasta mediados de septiembre de 2024.

Palabras clave: amnistía; terrorismo; malversación; primacía; armonización

Abstract: Organic Law 1/2024, through the amnesty, requires Courts to extinguish criminal liability for certain criminal acts (categorized as embezzlement or terrorism, for example). In application of said Organic Law, some Spanish Courts have granted amnesty for this type of crimes; Others have filed requests for a preliminary ruling due to doubts about the compatibility of European Union law with the aforementioned amnesty. The article includes an analysis of said judicial resolutions issued since the entry into force of the aforementioned Organic Law until mid-September 2024.

Keywords: amnesty; terrorism; embezzlement; primacy; harmonization

INTRODUCCIÓN

Qué duda cabe que, una de las bellezas del Derecho estriba en sus matices; en las diferentes interpretaciones que permite; en la pluralidad de opiniones que pueden existir, legítima y fundadamente, sobre cómo debe aplicarse, o no, una norma.

Durante este año 2024, la amnistía para los responsables del proceso independentista catalán ha suscitado posturas dispares (en el ámbito político y social, desde luego, pero también en el jurídico).

Desde que el 11 de junio entrara en vigor la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña¹ - en adelante LO 1/2024- ha habido pronunciamientos jurisdiccionales que, sin asomo de duda alguna, han amnistiado hechos delictivos al entender que eran perfectamente enmarcables en la exención de responsabilidad penal que la norma habilita. Otros Tribunales, sin embargo, han cuestionado que tal amnistía sea jurídicamente posible en general – por ejemplo, por razones constitucionales - y, específicamente, en los concretos procedimientos que están bajo su decisión.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, los cuestionamientos se han articulado por vía de cuestiones de inconstitucionalidad y por vía de peticiones de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Constreñidos inevitablemente por la extensión máxima de esta publicación, nos ocuparemos en las próximas líneas de las

*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación nacional “Proceso penal y Unión Europea. Análisis y propuestas” (ref. PID2020-116848GB-100)

¹ BOE de 11 de junio de 2024

ocasiones en las que por nuestros Tribunales se ha aplicado la amnistía prevista en la LO 1/2024; también, por la especialización de esta Revista, de los cuestionamientos prejudiciales planteados a la luz del Derecho de la Unión Europea (DUE). En consecuencia, dejaremos para los constitucionalistas, lo relativo a las cuestiones de inconstitucionalidad, cuestiones que hoy día están ya en trámite ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC).

1. CONTEXTO PREVIO A LA PROMULGACIÓN DE LA AMNISTÍA

En los meses precedentes a la promulgación de la amnistía para los independentistas catalanes, durante su negociación y tramitación parlamentaria, la consternación de un importante sector de la comunidad jurídica llevó a una movilización doctrinal sin precedentes recientes. La doctrina, a la que desde la práctica forense siempre se le achaca pronunciarse *a posteriori* y con unos tiempos incompatibles con los de la respuesta judicial, en esta ocasión se adelantó. Fueron muchas las publicaciones que vieron la luz en un tiempo realmente insólito, analizando, desde distintas perspectivas, si la amnistía se acomodaba o no a nuestros valores constitucionales y a los compromisos adquiridos con la UE². A algunas de estas publicaciones doctrinales nos referiremos en este artículo. La lectura de estas publicaciones, y su comparación con los autos planteando cuestiones prejudiciales, evidencian que los tribunales tuvieron muy en cuenta los razonamientos de la doctrina especializada (en nuestra opinión, pocas veces se aprecia con tanta nitidez esta influencia).

Por el momento merece que nos detengamos en dos informes que, sin ser preceptivos, fueron recabados cuando el texto estaba todavía en trámite parlamentario³. Junto con la doctrina, estos informes han sido esenciales para los Tribunales ante los que se ha invocado la aplicación de la amnistía, motivo por el cual nos detendremos, aunque sea brevemente, en ellos.

1.1 Informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia)

La Comisión de Venecia, en su sesión plenaria de 15 y 16 de marzo de 2024, adoptó su opinión sobre los requisitos del Estado de Derecho para decretar una amnistía, con especial referencia a la proposición de ley Parlamentaria “Proposición de Ley Orgánica de Amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña”⁴. Sus recomendaciones inciden en aspectos técnicos que deberían implementarse para garantizar, entre otras cuestiones, la seguridad jurídica. Y aluden a la necesidad de mayorías cualificadas suficientemente amplias para aprobar la amnistía en el Parlamento, cuestionando que la proposición de ley, en cuanto procedimiento sin consulta pública, y su tramitación por la vía de urgencia, sea el cauce adecuado.

² Por citar un ejemplo, en el correo corporativo del Poder Judicial, todos los jueces y magistrados recibimos la guía elaborada por la Plataforma Cívica por la Independencia Judicial para el planteamiento de cuestionamientos de la Ley de Amnistía. Esta difusión no dejó de generar cierta polémica en los medios y también, por razón de la materia, entre los integrantes de la Carrera Judicial (a pesar de que la difusión de guías orientativas es práctica habitual, por ejemplo, en materia de cooperación penal internacional). La guía ha sido publicada por Colex en 2024.

³ El Consejo Fiscal, sin embargo, tras recibir la petición del Senado para que emitiera informe, no lo hizo, al entender el Fiscal General del Estado que no debían pronunciarse. El sector conservador del Consejo Fiscal difundió entonces un borrador de informe en el que incide en que la amnistía es contraria, además de a la Constitución, al Derecho de la UE. Este borrador, que nunca llegó por tanto a aprobarse formalmente, está disponible en el enlace siguiente: <http://www.asociaciondefiscales.es/index.php/espacio-00/actividades-a-f/comunicados/item/921-borrador-de-informe-de-la-ploa-proposicion-de-ley-de-amnistia> (fecha de consulta 21/09/2024). Del mismo destacaremos que sostiene que la amnistía es contraria a los Tratados internacionales suscritos por España en materia de corrupción y de terrorismo, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como del Consejo de Europa, aspectos éstos novedosos que, sin embargo, no fueron recogidos en las resoluciones judiciales que examinaremos.

⁴ El informe está disponible en <https://www.coe.int/es/web/portal/-/venice-commission-adopts-opinion-on-the-rule-of-law-requirements-of-amnesties-with-particular-reference-to-the-amnesty-bill-in-spain> (fecha de consulta 08/09/2024)

1.2 Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)

El Pleno del CGPJ, en su reunión de 21 de marzo de 2024, aprobó el informe sobre la proposición de Ley Orgánica de Amnistía que nos ocupa⁵. El informe se emite a petición de la Mesa del Senado, pues habiéndose tramitado como proposición de ley – no como proyecto – no es preceptivo recabarlo. En este sentido, desde la perspectiva de la tramitación parlamentaria, el CGPJ llama la atención sobre el hecho de que la proposición sea presentada por el grupo parlamentario mayoritario que sustenta el Gobierno del Estado, con omisión de las garantías que comporta acudir al proyecto de ley y sin que se justifique ni se motive debidamente las razones por las que se prescinde del trámite ordinario, acudiendo al de urgencia.

Destaca el CGPJ la suma importancia de la norma propuesta, la relevancia jurídica, social y política de la amnistía, su incidencia en el ámbito del Poder Judicial y su carácter excepcional, al encontrarnos por primera vez desde la vigencia de la Constitución de 1978, con una ley de amnistía. Enfatiza que una ley semejante requiere una regulación de claridad extrema y que toda incidencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional debe comportar una excepcionalidad; máxime cuando se pretenden privilegios particulares, que deben venir revestidos de garantías para evitar arbitrariedades y discriminaciones.

Para justificar la amnistía, el Preámbulo recurre a un examen histórico que, en opinión del CGPJ, adolece de gran vaguedad, con términos genéricos e inconcretos y ello pese a constituir la originaria fundamentación del privilegio que se pretende conferir. Reprocha, por ejemplo, que no se haga mención a las posiciones políticas y sociales que se oponen al proceso independentista.

Y, entrando en el fondo de la cuestión regulada, reflexiona sobre la amnistía a la luz del principio de igualdad, de seguridad jurídica, de libertad ideológica, planteando la ausencia de una doctrina del TJUE que resuelva la tensión entre principios que forman parte del Derecho de la UE (por ejemplo, el principio de primacía y el de ley penal más favorable).

En cuanto a la imposibilidad de amnistiar delitos que afecten a los intereses financieros de la UE, plantea si la ley incurre en una discriminación inversa, al no ofrecer un nivel de protección penal equivalente a los fondos públicos de las haciendas españolas, argumento que luego descarta por tratarse de una diferencia de trato de bienes jurídicos colectivos, no personales.

En definitiva, un informe cuya mera lectura evidencia sobradamente la importancia de contar con la cualificada opinión de los órganos constitucionales cuando se está legislando en una materia tan relevante como la amnistía. A este informe seguiremos haciendo referencia en las siguientes páginas.

2. CUESTIONAMIENTOS GENERALES DE LA AMNISTÍA EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La primera cuestión que surge es dilucidar a qué mecanismo cabe acudir para activar la protección del DUE si éste resulta incompatible con una amnistía como la regulada en la LO 1/2024⁶.

⁵ El informe, del que fue ponente el Vocal don Wenceslao Francisco Olea Godoy, se aprobó por mayoría. Se formularon dos votos particulares. Todos ellos están disponibles en el enlace <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-la-proposicion-de-Ley-Organica-de-amnistia-para-la-normalizacion-institucional--politica-y-social-en-Cataluna> (fecha de consulta 08/09/2024)

⁶ Controvertido es también si cabe el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE cuando ya se ha planteado ante el TC su posible inconstitucionalidad. MANGAS recuerda, sin embargo, que tal posibilidad es perfectamente posible, dado que son parámetros de revisión distintos; es más, ni siquiera se vería afectada la cuestión prejudicial por la eventual declaración que en su día podría hacer el TC sobre la constitucionalidad de la LO 1/2024, cfr. Mangas Martín, Araceli (2024), “Una Constitución maltrecha”, número monográfico: La Constitución de 1978 cumple 45 años, en *El Cronista del estado social y democrático de derecho*, número 108-109 (diciembre 2023-enero 2024), p.108-113

Sobre la suficiencia o idoneidad de los mecanismos existentes, BAR recuerda que el concepto “Estado de Derecho” se introdujo por primera vez en el Tratado de Maastricht de 1992 pero que no fue hasta 1997, con el Tratado de Ámsterdam, que se introdujo un procedimiento (actual artículo 7 del Tratado de la Unión Europea⁷ -en adelante TUE- procedimiento que fue ampliado con el Tratado de Niza de 2001) para sancionar a los Estados miembros en el caso de que se produjese una violación grave y persistente, o un riesgo claro de violación grave, de los principios del Estado de Derecho. Destaca el autor que este procedimiento sancionador se ha manifestado inoperable pues esta violación o riesgo debe ser apreciada por el Consejo Europeo por unanimidad. Por eso se han diseñado otros instrumentos, a saber: 1) el informe anual sobre el Estado de Derecho en la Unión, que es preventivo y 2) el Reglamento 2020/2092 de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión⁸, que permite la aplicación de graves sanciones de carácter económico a los Estados que vulneren los principios del Estado de Derecho si bien tiene una importante limitación: tiene que existir un vínculo directo entre la violación del Estado de Derecho y la realización de un daño al presupuesto de la UE, a la integridad de las cuentas de la Unión⁹.

En línea con esta vinculación al DUE, respecto a la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales LOZANO recuerda que no basta con que la ley sea contraria a los principios esenciales recogidos en las normas europeas, sino que tiene que existir una conexión europea adicional que permita acudir al TJUE, bien porque sea de aplicación la norma europea o porque se ponga en peligro los fondos europeos¹⁰.

Por su parte MANGAS reitera que los jueces españoles, en cuanto jueces europeos, pueden examinar de oficio la compatibilidad de la ley de amnistía con el Derecho de la Unión y con la jurisprudencia aclarada del TJUE, dejando inaplicadas por su propia autoridad las disposiciones de la ley nacional que estimen contrarias al Derecho de la UE. Este control difuso no es una opción, sino una obligación si estiman la contradicción, aunque concluye que lo recomendable y adecuado en el contexto de la ley de amnistía es solicitar la cuestión prejudicial¹¹.

Adelantaremos que, al tiempo del cierre de este artículo, se han planteado ya varias peticiones de decisión prejudicial TJUE en relación con la aplicación de la amnistía de la LO 1/2024. Cronológicamente, son las siguientes:

- Auto del Tribunal de Cuentas 1/2024, departamento segundo de enjuiciamiento, de 29 de julio de 2024¹²;
- Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 30 de julio de 2024¹³;
- Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 5 de septiembre de 2024¹⁴;

Las citadas peticiones de decisión prejudicial se refieren, en los dos primeros casos, a delitos de malversación; en el último, a delitos de terrorismo. Pero, como no es de extrañar, en estas resoluciones, en mayor o menor medida, hay un mínimo común denominador al plantear las dudas sobre la aplicación de la LO 1/2024 y su

⁷ Versión consolidada en DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010

⁸ DOUE núm. 433, de 22 de diciembre de 2020

⁹ Bar Cendón, Antonio (2024), “La Constitución, España y Europa” en *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, pp. 242-244

¹⁰ Lozano Ibañez, Jaime (2024), “Ley de Amnistía: el Juez español y la UE” en *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, pp. 250

¹¹ Mangas Martín, Araceli (2024), “¿Europa nos salvará de nosotros mismos?” en *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, pp. 262

¹² Disponible en el enlace <https://www.tcu.es/es/search/alfresco/index.html?entrance=ENJ> (fecha de consulta 08/09/2024)

¹³ ECLI:ES:TSJCAT:2024:301A

¹⁴ ECLI:ES:AN:2024:5750A

compatibilidad con el DUE¹⁵. Veremos a continuación estos aspectos (parcialmente) comunes para luego profundizar, por separado, en la singularidad que plantean los delitos de malversación y de terrorismo y en las resoluciones judiciales que, en relación con la primera de dichas categorías delictivas, han amnistiado a los independentistas catalanes¹⁶.

2.1 Principio de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima

Se invoca la jurisprudencia del TJUE que exige que las normas de Derecho sean claras y precisas y que su aplicación sea previsible para los justiciables¹⁷. La falta de previsibilidad de la LO 1/2024, que crea inseguridad jurídica, se manifiesta tanto en la delimitación de su ámbito de aplicación como en los supuestos de exclusión.

El informe del CGPJ ya apuntó que la exacta delimitación de los sujetos y de los actos que quedan comprendidos en el ámbito de la amnistía se erigía como una de las cuestiones esenciales de su formulación y que, pese a la importancia de asegurar correctamente el ámbito objetivo de aplicación de la norma, la misma adolecía de una redacción confusa. No se explica en el Preámbulo las razones que llevan al legislador a fijar una determinada horquilla temporal y, además, se incluye en la delimitación del ámbito objetivo un elemento subjetivo (un elemento intencional que lleva a cuestionarse quien debe declarar su existencia y en qué momento).

También el ámbito de exclusiones genera dudas en términos de seguridad jurídica. Los Tribunales, en las resoluciones dictadas que comentaremos, objetan a la LO 1/2024 que la exclusión de su aplicación diste mucho de ser clara y precisa. Esta imprecisión concurre tanto en relación con los delitos de malversación como con los delitos de terrorismo.

En relación con la malversación, la amnistía no se aplicará cuando haya existido propósito de enriquecimiento¹⁸, señalando la propia LO 1/2024 que no se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades vinculadas con el proceso independentista catalán cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial¹⁹. Este es el punto neurálgico en materia de malversación, interpretar qué es el propósito de enriquecimiento y cuando hay beneficio patrimonial personal. Que la LO 1/2024 crea inseguridad jurídica por su imprecisión es un hecho hoy día constatable objetivamente: como veremos al abordar específicamente la malversación, algunos órganos judiciales han amnistiado estos delitos y otros no lo han hecho por su diferente interpretación de estos conceptos.

En relación con el terrorismo, la inseguridad jurídica se deriva de la inclusión de un requisito adicional para que opere la cláusula de exclusión: no cabe amnistiar los actos

¹⁵ Sobre todas estas cuestiones comunes, cfr. Ulloa Rubio, Ignacio (2024), “La proposición de Ley de Amnistía española: problemática de derecho de la Unión” en *La Ley*, Unión Europea, nº 123, marzo de 2024. Este artículo es citado expresamente en la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por la sección Tercera de la Audiencia Nacional, que acogió muchos de los razonamientos del autor.

¹⁶ No ha habido amnistía en delitos de terrorismo, pero no sólo las ha habido en malversaciones. Aunque por la extensión máxima de este artículo no podamos detenernos en ellas, conviene recordar que el TSJ Cat, en sentencia de 2 de julio de 2024, amnistió un delito de tenencia de artefactos-sustancias- explosivos en condición de promotor del artículo 568 y 570.1 CP (ECLI:ES:TSJCAT:2024:5846) y en sentencias todas ellas de fecha 25 de julio de 2024, ha amnistiado un delito de atentado (ECLI:ES:TSJCAT:2024:5865), un delito de atentado en concurso con un delito leve de lesiones (ECLI:ES:TSJCAT:2024:5842), incluso delitos de atentado en concurso con delito menos grave de lesiones (ECLI:ES:TSJCAT:2024:5844) – tipología de delitos también amnistiados en sentencia del mismo TSJ Cat de fecha 25 de junio 2024 (ECLI:ES:TSJCAT:2024:5839) - y un delito de prevaricación (ECLI:ES:TSJCAT:2024:5845). Se tiene noticia de otra amnistía acordada por la Audiencia Provincial de Barcelona, por delito de atentado y otros, de 5 de julio de 2024, que en septiembre no está disponible todavía en la base de datos del CENDOJ. Por lo que a órganos unipersonales se refiere, el Juzgado de Instrucción 7 de Barcelona, por auto de 1 de julio de 2024, ha hecho lo propio en relación con un delito de lesiones y contra la integridad moral (ECLI:ES:JI:2024:1A) y el Juzgado de lo Penal número 2 de Figueras en auto de 1 de julio de 2024 por delito de desobediencia (ECLI:ES:JP:2024:2A).

¹⁷ STJUE de 30 de abril de 2020, Hecta Viticol SRL y Agentia Nationala de Administrare Fiscala, C-184/19, EU: C:2020:337

¹⁸ Art.1.a) LO 1/2024

¹⁹ Art.1.4 LO 1/2024

encuadrables en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo²⁰ – en adelante, la Directiva de terrorismo – que, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho internacional humanitario²¹. Los términos en que viene redactada esta exclusión fueron fuertemente criticados por el CGPJ. Sostiene que no se entiende por qué no se refiere al Código Penal (norma en la que se implementó la Directiva) y sí lo hace a la Directiva en sí. Recuerda que las Directivas tienen como destinatarios los Estados miembros, no siendo técnicamente correcto el objetivo de que los Tribunales apliquen la Directiva en lugar del CP. El CGPJ plantea también la duda de cómo debe precisarse el umbral mínimo de gravedad que permite la aplicación de la amnistía, ya que ello exige en todo caso que se desarrolle un proceso penal y se fijen unos hechos que se declaren probados. Además, concluye que se estaría avalando la existencia de un delito de terrorismo que no suponga una violación grave de derechos humanos, lo cual puede suponer una vulneración de la normativa europea e internacional. En esta línea, siguiendo la estela de este informe, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional apunta que no se señala cuál es el límite en el que ha de establecerse la gravedad de la violación del derecho a la vida, o a la integridad física. Los supuestos que permiten exceptuar el *ius puniendi* no se configuran de forma taxativa, generando con ello una importante inseguridad jurídica.

2.2 Principio de primacía del Derecho de la Unión y cooperación leal

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al plantear la cuestión prejudicial, nos recuerda que el terrorismo es un delito armonizado y que los hechos que se detallan en los escritos de acusación de la Fiscalía y de la Acusación Popular se corresponden perfectamente con hechos que, por mor de la Directiva de terrorismo, deben no sólo estar tipificados como delictivos en los Estados miembros, sino que debe garantizarse para ellos una sanción eficaz. La amnistía, en cuanto causa de extinción de responsabilidad penal, impide dicha sanción, pudiendo ser contraria al DUE al no respetar la primacía de éste.

La base jurídica de la Directiva de terrorismo es el artículo 83 apartado 1 del Tratado de la UE, que permite al Parlamento Europeo y al Consejo establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en determinados ámbitos delictivos, entre los que se encuentra el terrorismo. De este modo, siendo el espacio de libertad, seguridad y justicia una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros²², una vez que la UE ha legislado en esa materia, los Estados miembros deberán respetar esos mínimos, con sujeción a unos objetivos y finalidades comunes²³.

La Audiencia Nacional expone que, si el legislador nacional no respeta estos límites mínimos, que es lo que hace la LO 1/2024 al dejar sin sanción penal hechos encuadrables en la directiva, se conculca el principio de primacía del DUE (que impone la obligación de garantizar la eficacia de las normas de la Unión, en este caso, de la Directiva de terrorismo).

En similar línea, recuerda la Sala que el principio de cooperación leal supone que los Estados miembros deberán promover el cumplimiento de la misión de la UE, absteniéndose de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la UE, en este caso, la creación de un espacio europeo seguro frente a la amenaza terrorista. Es claro que, si quedan sin sanción penal hechos encuadrables en la Directiva de terrorismo, la UE no estaría logrando su misión de crear un espacio libre de dicha amenaza. En este sentido, el legislador español habría quebrantado, con la LO 1/2024, esta cooperación leal con la UE.

²⁰ DOUE L 88 de 31.3.2017

²¹ Art. 2.c LO 1/2024

²² Art. 4.2 TFUE

²³ Ulloa Rubio, Ignacio (2024), “la proposición..” *cit.ut supra*

2.3 Principio de igualdad y derecho a la libertad ideológica

La amnistía se aplica no a todos los que hayan cometido un delito de malversación o de terrorismo. Sólo a aquellos que lo hicieran en determinadas fechas y, sobre todo, he aquí lo relevante, a los que lo hicieran con una determinada finalidad: promover el proceso independentista catalán. Esto es fuertemente criticado por el CGPJ en su informe, dado que se está incluyendo en la delimitación del ámbito objetivo un elemento subjetivo, un elemento intencional, cuando el CP penaliza hechos, con independencia del móvil o intencionalidad política que impulse al sujeto a su comisión. No es el delito objetivamente considerado el que pudiera servir al fin secesionista, sino que la relevante es que la intención del sujeto fuera esa, por muy alejado que pudiera estar el objeto del delito de dicha intencionalidad.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁴ consagra el principio de igualdad de trato²⁵ y el principio de no discriminación²⁶. Ambos están reconocidos en el TUE como valores que sirven de fundamento a la propia UE²⁷. A colación de esto, la Sala de lo Penal cita abundante jurisprudencia del TJUE donde se destaca que no resulta ajustado a Derecho que se traten de modo diferente situaciones comparables, salvo que este trato distinto esté justificado objetivamente. Lo está cuando hay un criterio objetivo, razonable, que, existiendo un interés general, persiga un fin legalmente admisible, debiendo resultar siempre proporcionado.

En relación con el terrorismo, la Sala cita doctrina y jurisprudencia del TJUE que sostienen que las circunstancias políticas o sociales no amparan el interés general que requiere la justificación de un trato diferenciado. Además, siendo la finalidad ideológica (promover la independencia de Cataluña) otras ideologías resultarían discriminadas²⁸, cuestionando la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que esto resulte justificado, razonable, objetivo o proporcionado (pone como ejemplo la discriminación que supondría para la ideología yihadista, por ejemplo, pero también para la pretensión separatista de cualquier otro territorio que hoy día forme parte de España).

En lo que a la malversación concierne, el informe de la Comisión de Venecia destaca que los actos malversadores amparados por la amnistía deben estar intrínsecamente conectados, evitando la arbitrariedad. Entiende que el nexo causal entre 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 y los actos de malversación y corrupción amnistiados tiene que ser estrecho. De otro modo, si la definición de los actos amnistiados es amplia, menos precisa, sería difícilmente conciliable con el principio de igualdad ante la ley²⁹.

2.4 La integridad territorial y financiera europea

Este contexto, esta ideología que sirve de criterio para la amnistía promueve, como objetivo último, la segregación de una parte del territorio de la UE. Los Tribunales que han planteado cuestiones prejudiciales aprecian que ello puede condicionar el ejercicio del derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (en cuanto que una parte de dicho territorio se promueve que deje de serlo de España) y también las finanzas de la UE (en cuanto que la UE se empobrecería al dejar de recibir las aportaciones derivadas de ese territorio, como el IVA de las operaciones que allí se realizasen).

²⁴ DOUE C 202 de 7.6.2016

²⁵ Art. 20

²⁶ Art. 21

²⁷ Art.2

²⁸ Fernández-Fontecha Torres, Manuel (2024), “La Amnistía y el Derecho europeo” en *Diario La Ley*, número 10472, 22 de marzo de 2024

²⁹ Apartado 102

3. AMNISTÍA Y MALVERSACIÓN

3.1 La malversación como delito armonizado

A los efectos que aquí interesan, es especialmente relevante recordar que el artículo 325 TFUE establece unas obligaciones para los Estados miembros relación con los intereses financieros de la UE, en el siguiente sentido: 1) se debe combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz; 2) los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. De este modo se anuda la protección de los intereses financieros de la UE a la protección de los intereses financieros de los Estados miembros, en tanto que ambos deberán dotarse de las mismas medidas para combatir el fraude.

Además, es obligado traer a colación que, en materia de malversación, la UE ha promulgado la Directiva (UE) 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 penal³⁰ - en adelante, Directiva PIF-. En ella encontramos una armonización de malversación en lo que a los intereses financieros de la Unión Europea se refiere, puesto que define qué debemos entender por malversación (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, art.4.3), y porque obliga a los Estados miembros a tipificarla como delito siempre que sea cometida intencionadamente.

Expuesto este contexto normativo podríamos destacar que, en esencia, lo que en relación con la LO 1/2024 subyace es el cuestionamiento de si una medida como la amnistía, en cuanto que extingue la responsabilidad penal por delitos de malversación, es contraria al Derecho de la Unión Europea por un triple motivo 1) por estar este delito armonizado en lo que a los intereses financieros de la UE se refiere; 2) por estar equiparadas las medidas de protección de los intereses financieros comunitarios y nacionales y, finalmente, 3) al no ser fácilmente deslindable lo que afecta a los intereses financieros de la UE de lo que sólo afecta a los nacionales, y ello a la vista de la interpretación amplia realizada por la jurisprudencia del TJUE sobre el propio concepto de “intereses financieros de la UE”.

3.2. Breve referencia a la nueva tipificación española de la malversación: el TS declara improcedente la revisión de la condena de malversación en el proceso independentista catalán

En aras a facilitar un contexto, conviene recordar que al tiempo de los hechos delictivos vinculados al proceso independentista catalán, el CP castigaba tanto a la autoridad o al funcionario público que administrara deslealmente el patrimonio público, como al que se apropiara de él.

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso³¹, dio una nueva redacción, entre otros, a los delitos de malversación.

Tras dicha reforma, nuestro CP castiga, en orden decreciente de gravedad, 1) a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, *se apropiare* de patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, o consienta que un tercero con igual ánimo se apropie del mismo; 2) también a quién, sin ánimo de apropiárselo, *destinare a usos privados* el patrimonio público puesto a su cargo

³⁰ DOUE L 198 de 28/07/2017

³¹ BOE de 23/12/2022

y, finalmente, 3) a la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una *aplicación pública diferente* de aquella a la que estuviera destinado. Por tanto, de la mera síntesis de la nueva tipificación se desprende ya, con toda claridad, que el ánimo de lucro resulta un elemento del tipo sobre el que pivotan las diferentes conductas delictivas, en cuanto que, si concurre, la malversación está penada en su modalidad más grave.

Esta reforma operada por la LO 14/2022 motivó que el Tribunal Supremo analizara la procedencia de revisar, en sus diferentes pronunciamientos condenatorios, la sentencia condenatoria 459/2019 de 14 de octubre³² dictada frente a determinados responsables políticos del proceso independentista catalán.

En lo que ahora nos ocupa (la malversación), en el auto 20107/2023 de 13 de febrero³³ el TS concluyó que no era procedente la revisión de las condenas impuestas. El uso de los caudales públicos para las consultas no supuso un mero desvío para otra finalidad pública y sí tuvo ánimo de lucro. De este modo, en el auto se expone con rotundidad que “aplicar los fondos públicos de la Generalitat para la financiación de una consulta popular que desbordaba el marco competencial de quienes la promovían, desarrollada después de reiterados requerimientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia para evitarla y, en fin, orientada a un proceso secesionista que no llegó a tener virtualidad, nunca podrá considerarse una aplicación pública diferente de aquella a que estaban presupuestariamente adscritos esos fondos. Y, lo que es más evidente, nunca podrá entenderse que se trató de una actuación ausente de ánimo de lucro”. Especialmente importante, a los efectos que luego se dirán en relación con la amnistía, es tener en cuenta que aquel auto recordaba que “el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento”. Asimismo, dice que “el voluntario desvío del patrimonio público implicó la asunción de unos gastos ajenos a cualquier fin público lícito”.

Esta interpretación, como es obvio deducir, no satisfizo a las Defensas. El TS, por auto de fecha 26 de junio de 2023³⁴, desestima los incidentes de nulidad promovidos contra el auto que denegaba la revisión de la condena por delitos de malversación. Se argumentaba por las Defensas que se había vulnerado el derecho a la legalidad penal porque, tras la reforma operada, resulta necesario distinguir entre conductas en las que el autor pretende lucrarse a nivel individual de otras en que se hace un uso o disposición de los fondos públicos fuera de los cauces y/o finalidades legalmente admitidas. También que la interpretación que se hace del ánimo de lucro no se corresponde con la jurisprudencia ni con la opinión de la doctrina, que el ánimo de lucro conlleva la incorporación del patrimonio al dominio del autor y la generación de una ventaja económica. El TS reitera “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”.

3.3. La malversación amnistiable

La LO 1/2024 dedica su Título I al ámbito objetivo y exclusiones de la amnistía:

a) Ámbito objetivo

Para la aplicabilidad de la amnistía, fija un margen temporal (actos ejecutados entre el 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023) y dos ejes en torno a los cuales resultan amnistiables los delitos: bien que se hayan cometido con ocasión de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, su preparación o de sus consecuencias; bien que hayan sido realizados en el contexto del denominado proceso independentista catalán.

³² ECLI: ES:TS:2019:2997

³³ ECLI:ES:TS:2023:1228A

³⁴ ECLI:ES:TS:2023:8998A

Entre esos actos que el artículo 1 LO 1/2024 enumera se encuentran, en lo que ahora nos interesa, los actos tipificados como delitos de malversación si se dan dos condiciones, una positiva y otra negativa, vinculadas ambas a sus finalidades:

○ Condición positiva:

que los actos estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de actos cometidos con las siguientes finalidades: reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos.

○ Condición negativa:

que no haya existido propósito de enriquecimiento.

La propia norma especifica que no se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades descritas cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial.

Por tanto, al margen de la finalidad, cuya problemática ya analizamos con ocasión del tratamiento del principio de igualdad, no discriminación y libertad ideológica, en lo que la malversación concierne, el aspecto neurálgico determinante de la aplicación de la amnistía, como ya adelantábamos, será la ausencia en estos actos de propósito de enriquecimiento, vinculado éste al beneficio personal de carácter patrimonial.

b) Exclusiones

El art. 2 se refiere a las exclusiones de la norma, siendo relevante, en relación con la malversación, la prevista en el apartado e) los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea.

3.4. Malversaciones amnistiadas

Realizada ya una breve aproximación a la malversación en el DUE, en el CP español, a su interpretación por el TS con ocasión de la reforma penal de estos tipos, así como a la delimitación de la aplicación de la amnistía y sus exclusiones conforme a la LO 1/2024, procede analizar las resoluciones judiciales que han entendido amnistiadas las malversaciones vinculadas al proceso independentista catalán.

3.4.1. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

La sentencia de 25 de junio de 2024 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³⁵ (en adelante, TSJ Cat), al resolver el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 14 de septiembre de 2023³⁶, declaró la extinción de responsabilidad criminal de dos condenados en primera instancia por (entre otros) sendos delitos de malversación, entendiendo que quedaban amnistiados tras la entrada en vigor de la LO 1/2024.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, haciéndose eco de la interpretación del TS de la reforma de la malversación operada por la LO 14/2022, condenaba por malversación a dos acusados. Por una parte a quien, prevaliéndose de su condición de Consejero de Interior, nombró al otro acusado como asesor eventual en materia de sistemas de seguridad del Departamento de Interior del Gobierno de la Generalitat con efectos de 30 de julio de 2018 teniendo dicho nombramiento, como objeto real, dar cobertura remuneratoria a la función de protección personal y de seguridad por parte del segundo acusado de quien había ostentado el cargo de President. Por otra parte, el segundo acusado es condenado por percibir una retribución correspondiente a una serie de servicios prestados de apoyo, protección y seguridad del exPresident. Concretamente, literalmente señala que “bajo la cobertura de dicho nombramiento, vino desarrollando funciones ajenas a aquellas para las que, formalmente, había sido designado y en concreto, funciones de protección y seguridad, fuera de Territorio Nacional, de quien

³⁵ ECLI:ES:TSJCAT:2024:3767

³⁶ ECLI:ES:APB:2023:9083

había ostentado el cargo de President de la Generalitat, una vez, éste, había abandonado el mismo.”

La condena por malversación tiene lugar “en la medida en que se procedió al nombramiento del acusado, desde el ámbito público, al que se remunera, con fondos de la misma naturaleza, por una actividad que, realmente, no realiza y de lo que, ambos, eran, plenamente conscientes”. Continúa diciendo la sentencia que el caudal público se utilizó “para remunerar una función, absolutamente, ajena, a aquella a la que, en definitiva, estaría asignado. Un gasto que refleja el quebrantamiento de las más elementales reglas de lealtad en el manejo de fondos públicos y que, en ningún caso, podían haber sido aplicados al desarrollo de una función que, en modo alguno, ni había, ni habría sido autorizada. En suma, se desviaron fondos públicos, se apartaron de su destino y se facilitó que el acusado cobrara una remuneración o salario prevista para el puesto de "asesor en sistemas de seguridad" sin desempeñar, en modo alguno, ninguna de las funciones descritas para dicha plaza y así continuar desarrollando una función de protección y/o seguridad de quien había ostentado el cargo de President de la Generalitat, para la que, legalmente, no estaba autorizado; existiendo un perjuicio real para los presupuestos de la Generalitat de Catalunya”.

Al aplicar la amnistía, la sentencia del TSJ Cat se limita casi exclusivamente a reproducir literalmente los preceptos de la LO 1/2024. Apunta que el propio relato de hechos determina cual es la *ratio* de la conducta delictiva atribuida a los mismos, que no es otra que dar funciones de apoyo, protección y seguridad al exPresident. Y justifica la aplicación de la amnistía en lo siguiente “si el destino del caudal público malversado lo es exclusivamente a los fines a que se refiere el apartado a) habrá de reputarse como malversación comprendida en el ámbito objetivo de la amnistía y si por el contrario el destino del caudal publico malversado excede de dichos fines habrá de reputarse como extramuros de la amnistía. Otra interpretación dejaría sin contenido la amnistía en los casos de malversación de caudales públicos no deduciéndose del tenor de la ley una exclusión general". Para el TSJ Cat lo decisivo, en definitiva, es exclusivamente *los fines perseguidos por el sujeto activo*. Nada dice de la causa de exclusión prevista en la propia LO 1/2024, el beneficio personal de carácter patrimonial.

Ya hemos señalado como, con ocasión de la reforma de los delitos de malversación, en un auto del TS dictado más de un año antes, el Alto Tribunal recordó que el ánimo de lucro no es equiparable al enriquecimiento, al aumento numérico del patrimonio. En opinión del TS, el no tener que afrontar unos gastos, que se abonan con erario público, colma el ánimo de lucro, es, en definitiva, un beneficio personal de carácter patrimonial en cuanto no hay que acudir al peculio propio para sufragar esos gastos.

Pues bien, en nuestra opinión, la aplicación del criterio del TS por parte del TSJ Cat hubiera llevado a la siguiente conclusión: el hecho de que el entonces Consejero de Interior del Gobierno de la Generalitat quisiera que el exPresident estuviera protegido, apoyado y seguro generaba unos gastos. La decisión de no pagarlos con su propio dinero, haciéndolo por el contrario con dinero público, fue constitutiva de malversación y le arrojó un beneficio personal, pues su patrimonio no se vio disminuido. Asimismo, el hecho de que el otro acusado (que sería partícipe de la malversación) recibiera una remuneración (un beneficio patrimonial personal) a pesar de no estar desempeñando las funciones para las que había sido contratado, le reportó también un enriquecimiento conforme a la definición que de dicho concepto ofrece la LO 1/2024. Esta opinión que aquí expresamos puede no ser compartida³⁷ pero lo que más sorprende es que nada diga el STJ Cat sobre el juego o no de las causas de exclusión de la aplicación de la amnistía ni sobre la doctrina del TS – que había sido establecida un año antes - en relación con el concepto de enriquecimiento, una ausencia de motivación y razonamiento que, en una materia de tanta trascendencia, echamos en falta.

³⁷ De hecho, en los autos dictados como Instructor por el Magistrado Excmo. Sr. Llarena, autos a que luego nos referiremos, se concluye que en esta causa del TSJ Cat la malversación sí sería amnistiable

3.4.2. Sección Quinta, Audiencia Provincial de Barcelona

La sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en resolución de fecha 25 de julio de 2024³⁸, ha aplicado la amnistía en relación con el delito de malversación por el que se ejercitaba acusación. El citado auto resume de este modo los hechos pendientes de enjuiciamiento: “la comisión, por parte del acusado, de presuntos delitos de malversación de caudales públicos y de prevaricación, por haber realizado, siendo Responsable de la Oficina del expresidente, un viaje a Nueva Caledonia como observador del referéndum de autodeterminación. En las fechas señaladas, entre las funciones del acusado destacaba la de dar soporte al expresidente en los asuntos y materias que éste dispusiera y otras funciones que se le encargara”.

En cuanto al razonamiento jurídico, la resolución entiende que la amnistía es aplicable en atención a los fines del dinero malversado. Al hacerlo, se remite a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de junio de 2024 antes citada. De nuevo, por tanto, nos enfrentamos al criterio de la *finalidad de la malversación*. Ahora bien, no explica la Audiencia por qué el viaje a Nueva Caledonia estaba vinculado al proceso independentista de Cataluña, o a su líder en el marco de dicho proceso, o cómo este viaje reivindicaba, promovía o procuraba la secesión o independencia de Cataluña o hubiera contribuido a este propósito. Si atendemos al escrito de acusación en su día presentado por la Fiscalía y que viene extractado en el auto, lo cierto es que “el vuelo fue contratado por el acusado tras haber recibido en fecha 24 de octubre de 2018 un correo electrónico dirigido a su nombre por parte de Mirko en nombre de la Unidad de Relaciones Externas del Frente de Liberación Nacional Canaco y Socialista (FLNKS) de Nueva Caledonia, para que a título personal y del Movimiento Independentista Catalán participara en la promoción del proyecto de plena soberanía del FLNKS durante la semana previa al referéndum que se iba a celebrar el día 4 de noviembre de 2018”. La finalidad, por tanto, sería promover la plena soberanía de Nueva Caledonia, no la catalana.

Es pacífico que el sujeto activo del delito imputado en el escrito de acusación tenía la condición de Responsable de la Oficina del expresidente en aquel momento, literalmente, “de forma manifiesta y constatada, llevaba a cabo funciones de asistencia, colaboración, asesoramiento y representación en cuanto responsable de su oficina”. Pero, lógicamente, la mera condición de asesor o responsable de la oficina no hace, *per se*, que se le aplique la amnistía a cualquier hecho delictivo por el que se le acuse. No se le puede exonerar de responsabilidad penal en un delito contra la seguridad vial, por ejemplo, por el mero hecho de ser asesor del expresidente, aunque dicho delito se cometiera en las fechas y contexto del proceso independentista. De hecho, al asesor en cuestión en el escrito de acusación se le imputa que, faltando a la verdad sobre la condición en la que era invitado (a título personal, no como responsable de la oficina del expresidente) cargara al erario público unos gastos que, de haber indicado que la invitación era a título personal, no estarían cubiertos. Concretamente, según el escrito de acusación “teniendo en cuenta las funciones y actividades que como Responsable de la Oficina del Expresidente tenía encomendadas, cuando el acusado reclamó los importes indicados como gastos de su viaje a Nueva Caledonia, lo hizo a sabiendas de que se trataba de un viaje personal y ajeno a sus funciones como Responsable de aquella Oficina y de que no existía razón alguna que justificara el pago con cargo a su dotación presupuestaria pública de la que él mismo tenía el control y la gestión. A pesar de ello y como Responsable de aquella unidad administrativa presentó la propuesta indicada sabiendo que se trataba de documentación indispensable para que se autorizara el desplazamiento y aprobara el gasto, haciendo constar expresamente que se trataba de una actividad propia de la Oficina en cuestión con el único propósito de ocultar que se trataba de una actividad personal y ajena a sus funciones, ocasionando con ello una errónea valoración del contenido de la resolución que correspondía haber dictado”. Esto está íntimamente vinculado con el beneficio personal de carácter patrimonial del que nos ocuparemos a continuación.

La resolución de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona no entra a analizar si deben aplicarse o no exclusiones a la amnistía, dicho de otro modo, si en el

³⁸ ECLI:ES:APB:2024:4689A

caso de autos existe o no beneficio personal de carácter patrimonial que, de existir, debería haber conllevado la exclusión contemplada en la LO 1/2024. Creemos que no parece difícil argumentar que el hecho de viajar gratis (vuelo y gastos de estancia) ocasiona un beneficio personal de carácter patrimonial, ciertamente no en forma de dinero líquido, sino de un viaje y estancia que no se pagan con fondos propios. Pero es más, el escrito de acusación, que cita el propio auto, sostenía “que el importe del billete se abonó definitivamente a la agencia de viajes y el resto de gastos se abonaron directamente al acusado, consiguiendo de ese modo un claro beneficio económico particular”. En consecuencia, la resolución judicial que comentamos, que tuvo como resultado, nada más ni nada menos, la extinción de la responsabilidad penal en un caso de malversación, nos resulta parca de argumentos y ciertamente contradictoria.

3.5. Malversaciones no amnistiadas

3.5.1. Sala Segunda del Tribunal Supremo

El TS, en Auto de su Sala Segunda, de 1 de julio de 2024³⁹, dictado como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 1/2024, se ha visto en la necesidad de pronunciarse sobre si son amniables las condenas por malversación dictadas en la sentencia 459/2019 de 14 de octubre en relación con los responsables del proceso independentista catalán. Concluye que no⁴⁰, por dos razones:

- a) porque entiende que sí hubo un beneficio personal de carácter patrimonial y, por tanto, entraría en juego la causa de exclusión de la amnistía prevista en la propia LO 1/2024 (lo que nosotros hemos llamado condición negativa);
- b) porque se verían afectados intereses financieros de la UE, lo que conlleva también la aplicación de otra causa de exclusión.

Aunque sea brevemente, nos detendremos en la justificación dada por el Alto Tribunal sobre ambas exclusiones.

En esencia, en relación con el *beneficio personal de carácter patrimonial*, el TS incide en lo que ya dijo en el auto de 13 de febrero 2023 con ocasión de la entrada en vigor de la reforma del delito de malversación operada por la LO 14/2022, a saber: que el ánimo de lucro no puede equipararse con el enriquecimiento entendiendo como aumento cuantitativo del patrimonio; que el no haber tenido que sufragar unos gastos supone también, *per se*, un lucro, un beneficio patrimonial, en cuanto que se logra hacer frente a esos gastos sin detrimento o resta del patrimonio propio. Que el fin sea el proceso independentista no obsta que haya habido un beneficio patrimonial del malversador, por mucho que este beneficio haya redundado en el citado proceso o se haya revertido en financiación de sus gastos.

La doctrina se muestra discrepante sobre este argumento. Así, LASCURAÍN⁴¹ critica que se interprete tan restrictivamente una ley despenalizadora; entiende que resulta difícil hablar de acto apropiativo cuando la sentencia recoge como los acusados destinaron de modo transparente fondos públicos a su ilegal estrategia y, finalmente, en materia de gastos, en cuanto al ahorro que supuso disponer de fondos públicos frente a la financiación con sus propios recursos, tacha el razonamiento de hipotético en cuanto dudoso que hubieran recurrido a su propio peculio para la causa independentista. Cuestiona, en definitiva, que sea lo mismo no empobrecerse que enriquecerse y destaca que el fallo del TS es opuesto a la voluntad del legislador. Se pregunta qué malversación amniable queda y no le satisface la respuesta, que el propio TS apunta, de los partícipes, al considerar que la voluntad del legislador no era amnistiar a estos condenados, pocos y

³⁹ ECLI:ES:TS:2024:8322A

⁴⁰ La resolución cuenta con un voto particular, de la Magistrada Excm. Sra. Ana Ferrer, que es rebatido por el Magistrado-Juez de la misma Sala Segunda, Excmo. Sr. Llarena, en las resoluciones dictadas como Instructor, que analizaremos con posterioridad.

⁴¹ Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (2024), “Renglones torcidos” en *Diario del Derecho*, edición de 20 de agosto de 2024

secundarios. No es de la misma opinión GIMBERNAT⁴², que recuerda que no fueron los condenados por el TS los que materialmente realizaron los abonos de los gastos del referéndum. Estos pagos tienen que ser aprobados por el interventor y realizados materialmente por las personas de la oficina presupuestaria habilitadas para ello. Son estas personas intermedias las que, en su caso, habrían cometido el delito de malversación amniable. Muy crítico se muestra también GONZÁLEZ⁴³ que critica que se aprecie el propósito de enriquecimiento no en el momento de realizar la conducta (que tenía finalidad política) sino con posterioridad a su consumación; que el impago de la responsabilidad civil convierta, retroactiva y automáticamente, la acción consumada en una acción con el elemento subjetivo de enriquecerse y, en definitiva, que se excluya la aplicación de la ley de amnistía (posterior y obviamente más favorable) resucitando hechos y argumentos que no fueron sometidos a contradicción en el proceso penal en el que recayó la sentencia condenatoria, arrojando con ello serias dudas de inconstitucionalidad. Otros autores, como ALFARO⁴⁴, sostienen que la ley es irremisiblemente contradictoria, pues amnistía todas las malversaciones con finalidad de contribuir a la secesión de Cataluña y a las consultas soberanistas y, simultáneamente, excluye las malversaciones que, realizadas con esa finalidad, tengan el propósito de obtener un beneficio patrimonial. Si el propósito del malversador era contribuir a la consecución de la independencia, su propósito no era enriquecerse, ambos son incompatibles. Y si el propósito era enriquecerse la malversación ni siquiera entra dentro del ámbito de la ley. El legislador confunde propósito con resultado. Aduce que hay dos maneras de salvar esta contradicción: entender amniables todas las malversaciones que persigan finalidad independentista o, como segunda opción, no amnistiar las que generen beneficio patrimonial al malversador. Esta segunda postura es la que adopta el TS, siendo, con ello, más respetuoso con el tenor literal de la ley.

En estas páginas lo que más interesa es el segundo de los argumentos, la afectación de los intereses financieros de la UE. En relación con este motivo, el TS sostiene que no puede suscitar una cuestión prejudicial ante el TJUE porque precisamente cuando se afectan los intereses de la UE la exclusión impide amnistiar. Así, “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”. A ello dedica el fundamento de derecho octavo, donde parte de dos premisas: 1) la “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”; 2) no existe en la sentencia vínculo entre el dinero malbaratado y subvenciones o ayudas de la UE. Ante la rotundidad de estos razonamientos nos preguntamos, por tanto, en qué radica según el TS la afección a los intereses financieros de la UE. Pues bien, a pesar de lo sentado en estas premisas, el TS considera que es *desde la perspectiva del ingreso* donde se ve la afección a los intereses financieros de la UE. Lo dice en varios fundamentos, así, en el fundamento de derecho segundo apunta que los hechos por los que recayó condena implicaron “un riesgo potencial para los ingresos que definen la aportación española a los presupuestos de la Unión Europea”. Señala también que “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 TFUE y la Directiva 2017/1371 de protección de

⁴² Gimbernat Ordeig, Enrique (2024) “¿Es amniable la malversación?”, *Diario del Derecho*, edición de 24 de junio de 2024

⁴³ González Cussac, José Luis (2024), “¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?”, disponible en <https://almacendderecho.org/por-que-el-tribunal-supremo-no-aplica-la-ley-de-amnista-al-delito-de-malversacion> (consultado el 21/09/2024).

⁴⁴ Alfaro Águila-Real, Jesús (2024), en “El Auto del Tribunal Supremo sobre la malversación en la ley de Amnistía: el Supremo tiene razón” disponible en <https://almacendderecho.org/el-auto-del-tribunal-supremo-sobre-la-malversacion-en-la-ley-de-amnista-el-supremo-tiene-razon> (fecha de consulta 21/09/2024)

los intereses financieros”. Más adelante, en el fundamento octavo, el TS apunta que “no es difícil aventurar que la ruptura de la integridad territorial del Estado – esa desconexión existió, aunque durara sólo unos pocos segundos – encerró un grave peligro de afectación a los intereses financieros “de la UE. “Y son más 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 – que podía llegar a representar la descomposición territorial de España y la consiguiente ruptura de los límites territoriales y políticos de la Unión”. El hecho de que la desconexión no se produjera efectivamente resulta irrelevante a estos efectos, pues el TS nos recuerda que la Directiva PIF castiga también la tentativa de cometer las infracciones penales que los Estados miembros se comprometen a criminalizar.

De nuevo parte de la doctrina se ha mostrado crítica con esta argumentación. Al respecto, LASCURAÍN⁴⁵ señala que la norma exige afectación real de los intereses financieros de la UE, no la potencial a la que alude el auto. Destaca también que son sólo los efectos de la malversación los que deberían importar, no los de la independencia de Cataluña que tal malversación pretendía impulsar y que, en palabras de la sentencia, fue una mera ensoñación.

3.5.2. Autos del Magistrado instructor, Excmo. Sr. Llarena, Tribunal Supremo

En muy similar sentido encontramos un segundo auto dictado por el TS si bien en sus funciones de instrucción ante investigados aforados. Nos referimos al auto del Magistrado de la Sala Segunda, Excmo. Sr. Llarena, de fecha 1 de julio de 2024⁴⁶. El Magistrado-instructor recuerda que el propósito de enriquecimiento que la LO 1/2024 emplea para denegar la amnistía “es un concepto que no se maneja en la tipificación del delito de malversación”. Es el ánimo de lucro lo determinante de la concurrencia del elemento subjetivo del injusto en el delito de malversación y ambos conceptos jurisprudencialmente tienen un diferente contenido semántico y jurídico. Continúa diciendo que “el aumento de la riqueza (enriquecimiento) hace referencia a la mayor abundancia de recursos para acceder a bienes y servicios. Y cuando se logra merced al patrimonio ajeno, no solo abarca la apropiación del dinero para pagar con él los bienes y servicios que se ambicionan, sino también cuando estos se obtienen endosando fraudulentamente a un tercero los costes de lo logrado”. Sostiene que no puede asumirse la limitación del planteamiento sobre el beneficio personal y su naturaleza patrimonial. “Por beneficio debe entenderse cualquier aprovechamiento, rendimiento o ventaja”, el “beneficio personal de naturaleza patrimonial se alcanza cuando el sujeto activo ve realizada una pretensión particular y propia mediante la adquisición de bienes o servicios, siempre que la contraprestación ofrecida a cambio del bien o servicio sea económica y se traslade indebidamente a la Administración”.

En relación con la afectación de intereses financieros de la UE, el auto recuerda que, si estos intereses se ven afectados, no hay amnistía posible, por surtir efecto la propia exclusión de la amnistía prevista en la LO 1/2024. Señala (fundamento de derecho 11.6.A) que asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando subraya que en el procedimiento no existe ninguna acreditación de que los gastos del referéndum se realizaran con fondos europeos. Pero ello obedece, dice, e a que, hasta el momento, era jurídicamente irrelevante este dato. Su relevancia nace precisamente de la LO 1/2024 y por ello concluye que procede ahora investigar el origen de los fondos aplicados a los gastos de la consulta ilegal.

Además, en línea con lo expuesto por la Sala Segunda, sostiene que en todo caso los intereses financieros se verían afectados desde la perspectiva del ingreso, pues el presupuesto de la Unión se nutre de ingresos puestos a su disposición conforme a la normativa de la UE. El resultado del referéndum (fundamento 12.2) derivaba en una ineludible y legalmente obligada declaración de independencia, con la constitución de un

⁴⁵ Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (2024) “Renglones torcidos”, cit.ut supra.

⁴⁶ ECLI:ES:TS:2024:8378A

Estado nuevo, que tendría un reflejo directo en los ingresos comprometidos por España en el presupuesto de la UE. Las dificultades para la independencia eran notables, pero la protección de los intereses financieros de la UE debe también dispensarse ante comportamientos de puesta en riesgo. Concluye por ello que los gastos de naturaleza delictiva directamente empleados en la realización del referéndum quedan expresamente excluidos, no puede ser amnistiados (fundamento 12.3): la ejecución material del referéndum afectó a los intereses financieros de la UE en la medida en que comportó un riesgo efectivo para los ingresos previstos. Y finaliza con cita de jurisprudencia del TJUE que recuerda que los intereses financieros de la UE deben protegerse de igual manera frente a conductas defraudatorias que frente a cualquier otra actividad ilegal que los perjudique.

Finalmente, y ya en otro orden de cosas, apunta el posible planteamiento de una cuestión prejudicial en relación con el perentorio plazo de dos meses que contempla la LO 1/2024 para amnistiar los delitos. De este modo señala que “vista la obligación de protección eficaz (...) resulta cuestionable que la Ley Orgánica 1/2024 pueda obligar a la autoridad judicial a sobreseer la causa en un plazo máximo de dos meses sin que haya abordado una investigación de la procedencia de los fondos y sin haberse agotado el tiempo ofrecido por el Derecho interno para llevar a término cualquier investigación penal”.

Este auto, como era previsible, fue recurrido en reforma. En lo que la malversación se refiere, se alegaba, entre otras razones, que el propósito de enriquecimiento no es predicable de los gastos que autorizaron los acusados; que el auto rehuía aplicar la literalidad de la norma y realizaba una interpretación voluntarista y excéntrica; que quedaba vacía de contenido la amnistía de la malversación. El auto que la desestima, de fecha 10 de septiembre de 2024⁴⁷, enfatiza que la LO 1/2024 ha dado una definición auténtica del término enriquecimiento, equiparándolo a cualquier beneficio personal de carácter patrimonial, es decir, ampliando su sentido etimológico; consecuentemente, al venir así dispuesto por la ley, es necesario atenerse a dicha acepción. Ante la invocación del voto particular (de la magistrada de la Sala Segunda Excma. Sra. Ana Ferrer) dictado en el Auto de la Sala que declaró no amnistiable la malversación, el Magistrado Instructor desarrolla las razones por las que se aparta del mismo, incidiendo de nuevo en la propia definición recogida en la amnistía de enriquecimiento y en la jurisprudencia de los delitos de malversación. Finalmente, en lo que se refiere a los intereses financieros de la UE, el argumento de los recurrentes, basado en los hechos probados de la sentencia del Alto Tribunal que condenó a los responsables del proceso independentista - que calificaba de ensoñación la independencia, es decir, que la consulta no podría dar lugar a un espacio de soberanía, por lo que la afección a la UE nunca podría haberse producido - es combatido aduciendo que no resulta factible que los recurrentes pretendan regir la instrucción de la causa, no con el material sumarial, sino con las conclusiones fácticas de otro juicio.

3.6. Cuestión prejudicial en relación con la malversación

Hasta el momento, en materia de malversación, sólo el TSJ Cat y el Tribunal de Cuentas han planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la amnistía (auto TSJ Cat de 30 de julio de 2024 y Auto del Tribunal de Cuentas de 29 de julio de 2024 previamente citados). Veamos ambos por separado:

3.6.1. Auto del TSJ CAT de 30 de julio de 2024

El TSJ Cat conoce del Sumario 2/2019 en el que se ha abierto juicio oral, se han presentado los correspondientes escritos de calificación provisional, tanto de las Acusaciones como de las Defensas, encontrándose el procedimiento pendiente de enjuiciamiento.

⁴⁷ ECLI:ES:TS:2024:10532A

Los hechos objeto del procedimiento se refieren a la preparación y ejecución del referéndum de 1 de octubre de 2017. En los escritos de acusación se sostiene que los acusados llevaron a cabo la disposición de cantidades - o autorización de disposiciones dinerarias- destinadas a fines relacionados con la publicidad institucional del referéndum ilegal; al suministro de papeletas; a la confección de un censo electoral; a las citaciones a personas integrantes de mesas electorales; así como a la creación de una Hacienda pública como nueva “estructura de estado” y herramienta de financiación inmediata de la pretendida república. Por ello, la Fiscalía, ejercitando la acusación pública; la Abogacía del Estado, como acusación particular, y el partido político VOX, como acusación popular, ejercitaron acusación por delito de malversación (entre otros).

El Tribunal señala (apartado 16) que “en principio las conductas de malversación se refieren a fondos propios del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de su Generalitat, sin aparente relación con los intereses financieros de la UE”. Sin embargo, se plantea la cuestión prejudicial relativa a si amnistiar estos delitos afecta al Derecho de la UE, por los siguientes motivos:

- a) la amnistía como mecanismo de desprotección de los intereses financieros nacionales que puede repercutir en la desprotección de los intereses financieros de la UE

La desprotección de los fondos nacionales (por una destipificación de conductas, por la extinción de responsabilidad criminal) incide en el compromiso de los Estados miembros frente a la UE, derivado del art. 325 TFUE, de proteger análogamente los fondos europeos. De este modo, según el auto que plantea la cuestión prejudicial, esta desprotección nacional puede poner en riesgo la protección de los intereses financieros de la UE.

En este sentido, el TSJ Cat sostiene (apartado 20) que “la UE no puede desentenderse de cómo se afrontan por los diferentes Estados miembros la protección de sus propios intereses financieros, puesto que su comportamiento al respecto constituye un elemento necesario de evaluación del compromiso que han adquirido cada uno de dichos Estados para proteger de la misma forma los fondos financieros comunitarios”.

- b) La comunicabilidad entre el presupuesto de la UE y los distintos presupuestos de sus Estados miembros

Esta comunicabilidad presupuestaria se evidencia, según el auto (apartado 21) de la asunción por parte de los Estados miembros de los objetivos de déficit y de disciplina presupuestaria, art. 126 TFUE. Por ello “las conductas de malversación de fondos públicos propios de los Estados miembros de la UE poseen en todo caso la virtualidad de afectar de cualquier manera a los intereses financieros de ésta” y ello es precisamente lo que proscribe la Directiva PIF, la afectación *de cualquier manera*.

Esta misma postura defiende ROLDÁN que apunta que la delimitación, presuntamente impecable, entre el dinero estatal y el dinero europeo no resulta viable en la práctica, dada la cofinanciación que preside la actuación de los fondos europeos⁴⁸

- c) La integridad territorial de la UE y la afección de sus presupuestos anuales

El auto incide en que la motivación de las conductas (que determinan la aplicación de la amnistía) era el propósito de promover y hacer realidad la secesión de Cataluña del Reino de España, proclamándola como república independiente. A ello se aplicaron los fondos públicos malversados. Pues bien, de haberse alcanzado aquel objetivo se habría modificado la configuración territorial de la Unión Europea, “en lógica coherencia, también la disminución de las contribuciones del reino de España al presupuesto de la Unión (calculadas en proporción a la renta nacional bruta y sobre las cantidades recaudadas por el IVA de cada Estado) con claro influjo en los intereses financieros de la

⁴⁸ Roldán Barbero, Javier (2024), “La amnistía económica y el Derecho europeo” *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex, pp. 275

Unión (apartado 28). Se aduce que, aunque la aplicación del art. 155 CE impidió la segregación, “no puede pasarse por alto el nivel de riesgo al que llegó a exponerse la integridad del presupuesto de la Unión” (apartado 29) y se cuestiona “si el nivel de peligro concreto y real al que fueron efectivamente expuestos los intereses financieros de la Unión Europea tolera la eliminación de toda consecuencia penal para aquel tipo de conductas” oponiéndose a ello el art. 325 TFUE y la Directiva PIF.

d) El riesgo sistemático de impunidad

En opinión del TSJ Cat, apartado 31, la amnistía sobre la malversación de fondos públicos “colocaría a la legislación penal española en materia de lucha contra las infracciones de corrupción en general, en posición de claro riesgo sistemático de impunidad” invocando la doctrina recogida en las SSTJUE de 21 de diciembre de 2021, C-357/19 y 24 de julio de 2023 C-107/2023, “con simultáneo deterioro de la confianza de los ciudadanos en el sistema institucional de la Unión Europea y de los Estados Miembros”.

3.6.2. Tribunal de Cuentas

En el Tribunal de Cuentas se sigue un procedimiento de reintegro por alcance en el seno del cual se plantea la cuestión prejudicial que nos ocupa en el Auto de 29 julio de 2024⁴⁹.

Constituyen el objeto del procedimiento por una parte los gastos destinados a la realización del referéndum ilegal sobre la independencia de Cataluña de 1 de octubre de 2017 y, por otra, los gastos destinados a desarrollar la denominada acción exterior de la Generalitat durante los ejercicios 2011 a 2017, promoviendo fuera de España la independencia de Cataluña.

En relación con los primeros, la sentencia 459/2019 de 14 de octubre del TS ordenó remitir testimonio 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. Nos vamos pues a limitar a las cuestiones que tienen que ver precisamente con esta responsabilidad derivada del delito de malversación.

Se sostiene por el Tribunal de Cuentas que la amnistía de la LO 1/2024 podría ser contraria a la jurisprudencia el TJUE en varios aspectos, singularmente, en lo que a la responsabilidad derivada de la malversación, por los siguientes motivos:

-por resultar contraria a la interpretación amplia del concepto *protección de los intereses financieros de la UE*. El auto del Tribunal de Cuentas alude a la tutela eficaz ante cualquier actuación ilegal que causara daño al patrimonio público, con independencia de cuál sea el origen o el destino de los fondos defraudados.

- porque el concepto de *irregularidad* incluye tanto el perjuicio actual como el perjuicio potencial al presupuesto de la UE. Se sostiene que, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, un incumplimiento de las normas aplicables constituye una irregularidad siempre que no pueda excluirse la posibilidad de que tal incumplimiento haya incidido en el presupuesto del fondo de que se trate.

Subsidiariamente, se sostiene que, si fuera relevante para entender que hay un perjuicio a los intereses financieros de la UE *determinar el origen de los fondos malversados* en los gastos en los que se incurrió como consecuencia de las consultas y otras actividades enmarcadas en el proceso independista, podría ser contrario al Derecho de la Unión la exigencia legal de que en el preteritorio plazo de dos meses se dictara resolución en relación con la aplicación de la amnistía (plazo de dos meses que viene exigido en el art. 10 de la LO 1/2024, apartado 56). Al hilo de esto conviene traer a colación que ULLOA recuerda que en la persecución de la malversación, más que la naturaleza o el origen comunitario de los fondos, o el destino final del dinero malversado, lo que la UE exige es la sanción efectiva de la conducta potencialmente lesiva para sus

⁴⁹ La cuestión controvertida es si el TJUE considerará que el Tribunal de Cuentas es órgano judicial a los efectos de la petición de decisión prejudicial. El auto detalla por qué si está legitimado para tal planteamiento, cuestión distinta es aventurar si el TJUE admitirá estos razonamientos.

intereses, sin que sea preciso demostrar la existencia de una incidencia financiera concreta siempre que no pueda excluirse la posibilidad de que tal incumplimiento haya incidido en el presupuesto⁵⁰.

4. AMNISTÍA Y TERRORISMO

El auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de septiembre de 2024 al que venimos haciendo referencia, único que por el momento ha planteado la cuestión prejudicial en relación con delitos de terrorismo, desde el punto de vista procesal expone con detalle que la amnistía se ha planteado en el Sumario 7/2021 por las Defensas como artículo de previo pronunciamiento, tras la presentación de los escritos de calificaciones provisionales de las acusaciones pública y popular, con carácter previo a la presentación de los escritos de defensa. Tras la invocación, el Ministerio Fiscal, en la vista celebrada, solicitó el archivo al quedar los hechos amnistiados, de modo que sólo la Acusación Popular entiende que los hechos objeto de ese Sumario no son amniables. La Sala considera, sin embargo, que sí lo serían y, por ello, le surgen dudas en relación con la interpretación del Derecho de la UE en ese procedimiento en concreto.

Como premisa sobre la que plantear sus dudas al TJUE, resuelve la cuestión de si los hechos recogidos en los escritos de acusaciones tienen encaje en las conductas recogidas en la Directiva de terrorismo. Es decir, si los hechos objeto de los escritos de la acusación se encuadran, no sólo en el CP, sino en las conductas previstas en la Directiva, concluyendo que, de hacerlo, la extinción de responsabilidad penal que conlleva la amnistía podría resultar incompatible con el derecho comunitario. Esta labor que se impone a los Tribunales españoles de aplicar directamente la Directiva y no el CP fue lo que el CGPJ adelantó en su informe que inevitablemente ocurriría, criticándolo por las razones que hemos expuesto más arriba. Lo cierto es que cabe imaginar conductas que puedan ser calificadas como delito de terrorismo en el CP y no en la Directiva. Por ello pareciera que el legislador ha querido blindar únicamente aquello que podría generar problemas con la Unión, haciendo amniables el terrorismo que viniese calificado como tal por el CP, pero no por la Directiva. Por tanto, a la hora de plantear la cuestión prejudicial resultaba necesario que el Tribunal explicitase por qué la amnistía de unos determinados hechos era contraria no sólo al CP español, sino también a la Directiva de terrorismo. Al hacerlo, explica la Sala que se basa precisamente en eso, en los hechos, confrontándolos con los que la Directiva obliga a tipificar y sancionar. Acoge con ello, además, una petición en tal sentido de las Defensas, que sostenían, con acierto, que no cabía partir, sin más, de las meras calificaciones jurídicas de las acusaciones.

Pues bien, realizado el análisis de los citados hechos, tal y como vienen recogidos en los escritos de acusación (que especifica con cierto detalle, adelantado que lo hace sin ánimo de prejuzgar, a los solos efectos de plantear la cuestión prejudicial) la Sala concluye que pueden encuadrarse en conductas que la Directiva de terrorismo obliga a tipificar como delito, específicamente, delitos de 1) pertenencia a grupo terrorista; 2) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivo de carácter terrorista y 3) tentativa de estragos. Concluye también que estas conductas que también están efectivamente recogidas en el CP español, que contempla una sanción penal para dichos actos, concretando además la pena solicitada por las acusaciones al amparo de dichos preceptos.

A continuación la Sala combate el argumento de las Defensas de que la amnistía no sería contraria al Derecho de la Unión porque no excluye la tipificación de las conductas, esto es, que por la amnistía de los delitos vinculados al proceso independentista catalán no se deroga la tipificación como delito de terrorismo de ninguna conducta. Para rebatirlo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recuerda que la Directiva no sólo exige la tipificación, también que se adopten las medidas necesarias para la sanción penal eficaz, proporcionada y disuasoria de estas conductas delictivas. Por mucho que las conductas sigan siendo delito, la exención de responsabilidad penal que conlleva la amnistía implica

⁵⁰ Ulloa Rubio, Ignacio (2024), “la proposición..” *cit.ut supra*

una excepción contraria a la Directiva de terrorismo. También esto lo había apuntado ya el informe del CGPJ, cuando literalmente señalaba que “perdonar mediante amnistía la aplicación de tales sanciones implica la despenalización de las conductas, siquiera de forma selectiva y limitada a un tiempo e intencionalidad determinados, sin que la normativa europea parezca amparar semejantes excepciones”.

La Sala enfatiza además que, como consecuencia de la aplicación de la amnistía, esta Directiva dejaría de tener efecto disuasorio; no tendría lugar la función de prevención general⁵¹, incluso, sostiene el auto, puede conllevar un efecto favorecedor de que dichos actos de segregación territorial por cauces terroristas se repitan o generalicen. Ello incide en el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo y en el derecho de los ciudadanos europeos al libre ejercicio de los derechos de residencia y circulación en el territorio UE.

Como colofón final, cabe señalar que la Sala de lo Penal de la AN, con carácter previo al planteamiento de la cuestión prejudicial, dejó sin efecto las medidas cautelares que pesaban sobre los investigados. Lo hizo en aplicación del correspondiente precepto de la LO 1/2024 que exigía el levantamiento de las citadas cautelares tras la entrada en vigor de la ley⁵², pero al hacerlo desaprovechó la oportunidad de cuestionar la adecuación al Derecho de la Unión Europea de esta obligación automática de levantamiento de lo cautelar. No pocos autores han escrito al respecto, también lo apuntaba el CGPJ en su informe⁵³. En fin, una línea argumental que, sin que consten las razones para ello, la Sala de lo Penal prefirió no plantear al TJUE.

CONCLUSIONES

Es mucho lo que está en juego con las cuestiones prejudiciales planteadas con ocasión de la amnistía a los responsables del proceso independentista catalán. En clave nacional, pero también en clave europea. Si el TJUE avala que, a través de la amnistía, el Derecho de la Unión - cuando exige que determinadas conductas obtengan un reproche penal eficaz y disuasorio - pueda quedar sin efecto, la crisis de confianza en la Unión se acrecentará. Sobre todo, creemos que avalar el olvido penal basado únicamente en haberse cometido los delitos con una determinada finalidad ideológica, la de promover la independencia de Cataluña, hará que se resientan pilares básicos del Estado de Derecho, como la primacía del Derecho de la Unión, la seguridad jurídica, la igualdad y la prohibición de no discriminación.

Platón sostuvo que el legislador no debe proponerse la felicidad de cierto orden de ciudadanos con exclusión de los demás, sino la felicidad de todos. Pues bien, con las anteriores líneas concluimos que la amnistía aprobada por el legislador español no logra la satisfacción ni de unos ni de otros pues, además de importantes cuestionamientos técnicos-jurídicos, que han motivado la suspensión de los procedimientos en que fue invocada, su aplicación hasta el momento está siendo muy limitada y con resoluciones judiciales parcas en razonamientos: resoluciones que amnistían, sí, pero que adolecen, muchas de ellas, de un extraordinario automatismo, *ergo*, resultan poco convincentes.

El tiempo, pero sobre todo las resoluciones del TJUE, dirán hasta qué punto el legislador español atinó (o no) con la promulgación de la LO 1/2024. También la condición en la que las amnistías decretadas pasarán a la historia jurídica de nuestro país.

⁵¹ En ese sentido, cfr. Lozano Ibañez, Jaime, *cit.ut supra*, pp.251-252. Considera el autor que, desde una perspectiva europea, en el caso de que no se hubieran visto afectados fondos europeos se podría hacer admisible la amnistía desde el punto de vista de la prevención especial; pero seguiría siendo inadmisibles desde el punto de vista de la prevención general, pues se estaría enviando el mensaje de que los delitos de malversación pueden ser perdonados por razones de interés político coyuntural, poniendo en peligro para el futuro todos los fondos públicos, incluidos los europeos.

⁵² Art.4 LO 1/2024

⁵³ El hecho de que la LO 1/2024 disponga que tras su entrada en vigor, “a) el órgano judicial que esté conociendo de la causa (...) acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real”, implica, en opinión del CGPJ, que pudieran tener que adoptarse automáticamente, en cuanto se invocara o se apreciara de oficio, es decir, sin que pudieran llevarse a cabo las complejas actuaciones que permitirían determinar si un delito es o no amnistiable, imposibilitando que el órgano judicial pueda valorar, prima facie, la previsión de decisión que adoptará sobre la concesión o no de la amnistía. Este automatismo, apunta el CGPJ, pudiera ser contrario al principio de reserva de jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, Jesús (2024), “El Auto del Tribunal Supremo sobre la malversación en la ley de Amnistía: el Supremo tiene razón” disponible en <https://almacenederecho.org/el-auto-del-tribunal-supremo-sobre-la-malversacion-en-la-ley-de-ammistia-el-supremo-tiene-razon> (fecha de consulta 21/09/2024).
- Bar Cendón, Antonio (2024), “La Constitución, España y Europa” en *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex.
- Fernández-Fontecha Torres, Manuel (2024), “La Amnistía y el Derecho europeo” en *Diario La Ley*, número 10472, 22 de marzo de 2024.
- Gimbernat Ordeig, Enrique (2024) “¿Es amnistiable la malversación?”, *Diario del Derecho*, edición de 24 de junio de 2024
- González Cussac, José Luis (2024), “¿Por qué el Tribunal Supremo no aplica la Ley de Amnistía al delito de malversación?”, disponible en <https://almacenederecho.org/por-que-el-tribunal-supremo-no-aplica-la-ley-de-ammistia-al-delito-de-malversacion> (fecha de consulta 21/09/2024).
- Lascuráin Sánchez, Juan Antonio (2024), “Renglones torcidos” en *Diario del Derecho*, edición de 20 de agosto de 2024.
- Lozano Ibañez, Jaime (2024), “Ley de Amnistía: el Juez español y la UE” en *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex.
- Mangas Martín, Araceli (2024), “¿Europa nos salvará de nosotros mismos?” en *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex.
- Mangas Martín, Araceli (2024), “Una Constitución maltrecha”, número monográfico: La Constitución de 1978 cumple 45 años, en *El Cronista del estado social y democrático de derecho*, número 108-109 (diciembre 2023-enero 2024).
- Roldán Barbero, Javier (2024), “La amnistía económica y el Derecho europeo” *La amnistía en España. Constitución y Estado de Derecho*, A Coruña, Colex.
- Ulloa Rubio, Ignacio (2024), “La proposición de Ley de Amnistía española: problemática de derecho de la Unión” en *La Ley, Unión Europea*, nº 123, marzo de 2024.