Roj: **ATSJ CAT 301/2024** - **ECLI:ES:TSJCAT:2024:301A**

Id Cendoj: **08019310012024200086**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**
Sede: **Barcelona**
Sección: **1**
Fecha: **30/07/2024**
Nº de Recurso: **2/2019**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento sumario ordinario**
Ponente: **JESUS MARIA BARRIENTOS PACHO**
Tipo de Resolución: **Auto**

FONDO DOCUMENTAL CE

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
Sala Civil i Penal
Dirección postal: Passeig ***Lluís*** Companys, 14-16, 2ª planta 08018
Fax: 93 486 60 12
Email: salacivilipenal.tsjcat@xij.gencat.cat
Procedimiento: Sumario Ordinario núm. 2/2019
Partes de acusación:
* Acusación pública: Ministerio Fiscal
(fs.catalunya.unitattramitacio@xij.gencat.cat)
* Acusación particular: Abogacía del Estado
(aecataluna.penal@mjusticia.es)
* Acusación popular: Partido político VOX
o Representado por Procurador: Jorge Belsa Colina
(procurador@jorgebelsa.es)
o Defendido por Letrado: Juan Cremades Gracia
Partes acusadas:
* Sr. Bartolomé
o Representado por Procurador: Montserrat Pallàs García
(mpallas@barcelona.cgpe.net)
o Defendido por Letrado: Ramon Setó Andreu y Andreu van den Eynde
* Sr. Conrado
o Representado por Procurador: Rafael Taulera Salvador
(rafaeltaulera@telefonica.net)
o Defendido por Letrado: Josep Riba Ciurana
* Hble. Sra. Matilde
o Representada por Procurador: Mª Teresa Aznárez Domingo
(mayteaznarez@hotmail.com)

o Defendida por Letrado: Laura Parés i Ravetllat

o

Composición del tribunal. Magistrados:

Excmo. Sr. Jesús María Barrientos Pacho (Ponente)

Ilmo. Sr. Fernando Lacaba Sánchez Ilmo. Sr. Carlos Ramos Rubio

AUTO

En Barcelona, a 30 de julio de 2024.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Se tramita en esta Sala de Justicia el procedimiento Sumario Ordinario 2/2019 dirigido contra D. Bartolomé , contra D. Conrado y contra la Hble. Sra. Matilde . En el referido procedimiento, recayó auto de apertura del juicio oral y fueron calificados los hechos provisionalmente tanto por las acusaciones personas como por las defensas de las tres personas acusadas, encontrándose la causa pendiente de celebración del correspondiente juicio oral.

2.- Está personado en la causa como acusación pública el Ministerio Fiscal quien atribuye tanto al acusado Sr. Bartolomé como al acusado Sr. Conrado , además de otros, la comisión de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 y 2 del Código Penal

-redacción L.O. 14/2022-, e interesa la imposición al Sr. Bartolomé de una pena de siete (7) años de prisión y dieciocho (18) años de inhabilitación absoluta, y al acusado Sr. Conrado la imposición de una pena de seis (6) años y tres (3) meses de prisión y dieciséis (16) años de inhabilitación absoluta, además interesa para ambos que se les condene solidariamente al pago al Erario Público autonómico de la cantidad de 754.920,89 euros por el perjuicio patrimonial causado. La Hble. Sra. Matilde no está acusada de malversación.

3.- La acusación particular del Abogado del Estado dirige una acusación análoga contra el Sr. Bartolomé , y como acusación popular el partido político VOX, que acusa a los dos acusados dichos también por un delito de malversación con peticiones de condena de naturaleza y duración similares.

4.- En las calificaciones provisionales de los hechos, las defensas letradas de acusados Sr. Bartolomé , Sr. Conrado y Hble. Sra. Matilde negaron la comisión de delito alguno y reclamaron la libre absolución de cada uno de ellos por tales delitos.

5.- En el Boletín Oficial del Estado núm. 141, de 11 de junio de 2024, se dio publicidad a la " Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña", con vigencia desde el mismo día de su publicación (Disposición final Tercera).

6.- En auto del pasado 9 de julio de 2024 declaramos la aplicabilidad de la amnistía aprobada en la L.O. 1/2024 a la totalidad de las conductas y delitos objeto de acusación y conferíamos a las partes personadas un trámite de audiencia, por diez días comunes, a fin de que ilustrasen al tribunal sobre las reservas anunciadas de adecuación de la L.O. 1/2024 tanto con la Constitución Española como con los Tratados y el Derecho de la Unión Europea. En la evacuación del trámite de audiencia, y en referencia exclusivamente a la adecuación de la L.O. 1/2024 a los Tratados y Derecho de la Unión Europea, presentaron escrito con las alegaciones interesadas:

- El Ministerio Fiscal o consideró procedente el planteamiento de cuestiones prejudiciales en el momento en que se encuentra la causa.

- El Abogado del Estado se opuso al planteamiento de las prejudiciales anunciadas ante el TJUE.

- La acusación popular ejercida por el partido político VOX reiteró su petición previa de planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE por contradicción con los arts. 2 del TUE, 20 de la CDFUE, 325 del TFUE y 4.3 de la Directiva 2017/1371

- La defensa letrada del acusado Sr. Bartolomé afirmó la compatibilidad de la ley de amnistía con el ordenamiento comunitario.

- La defensa letrada del Sr. Conrado se opuso al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, como también lo hizo la defensa letrada de la Sra. Matilde .

-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto del procedimiento. Extracto de los hechos de acusación.

1.- Según se extrae de la conclusión provisional primera de las formuladas por el Fiscal -en coincidencia con las demás acusaciones- (epígrafe I.4) los acusados D. Bartolomé y D. Conrado eran altos cargos del Govern de la Generalitat constituido a partir de un acuerdo parlamentario de diciembre de 2015, entre las formaciones independentista, que permitió investir en el mes de enero siguiente al Sr. Juan Pablo como President de la Generalitat, en el que fueron nombrados como Secretario General del Departamento de Vicepresidencia, Economía y Hacienda - Bartolomé -, y como Secretario de Hacienda - Conrado -, ambos bajo dependencia jerárquica del Conseller, el Sr. Ángel .

2.- Se desprende también de aquel relato acusatorio que desde el 18 y 20 de julio de 2017 el Departamento de Vicepresidencia, Economía y Hacienda de la Generalitat asumió las competencias sobre administración de los procesos electorales, de modo que toda la actividad de preparación y ejecución del referéndum comprometido para el 1 de octubre de 2017 pasó a ser controlada por el acusado Sr. Bartolomé , como Secretario General, quien, bajo la inmediata dirección del Conseller Sr. Ángel , dispuso de los necesarios recursos económicos y logísticos precisos para su inminente celebración (epígrafe I.13).

3.- En el desarrollo e implementación de unas "estructuras de estado" que permitiesen conseguir suficiente financiación para cuando Cataluña alcanzase la independencia, bajo el marco de las Leyes del Parlament de Cataluña 19/2017 (DOGC de 6 de septiembre de 2017) del "Referéndum de autodeterminación" y 20/2017 (DOGC de 8 de septiembre de 2017) de "transitoriedad jurídica y fundacional de la república", y en ejecución de lo dispuesto en los Decretos 139/2017 de "convocatoria del Referéndum de Autodeterminación de Catalunya para el 1 de octubre de 2017" y 140/2017 de "normas complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña" (epígrafe I.16), los acusados D. Bartolomé y D. Conrado llevaron a cabo la totalidad de las conductas que se les atribuyen como realizadoras de los delitos objeto de acusación, entre ellas la disposición o autorización de disposiciones dinerarias por importe de 754.920,89 € correspondientes al presupuesto anual de la Generalitat de Catalunya, previstas en la Disposición Adicional 40ª de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para 2017 - Ref. DOGC-f-2017-90313- (cuya Disposición Adicional 40ª fue suspendida primero en providencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril y declarada inconstitucional después en STC 90/2017, de 5 julio -ECLI: ES:TC:2017:90-), destinando aquellas cantidades a fines relacionados con publicidad institucional relacionada con el referéndum ilegal de 1 de octubre de 2017, al suministro de papeletas, a la confección de un censo electoral, a la citaciones a personas integrantes de las 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 (Epígrafes II, III y IV de la conclusión 1ª del Fiscal).

SEGUNDO.- Derecho nacional español al que se refiere al cuestión prejudicial.

4.- La Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2024), en particular sus artículos 1, 2, 3 y 4, 9, 10 y 11, que se transcriben a continuación, sin perjuicio de resaltar en negrita los aspectos que se consideran especialmente relacionados con la cuestión prejudicial formulada:

Artículo 1. Ámbito objetivo.

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

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

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

También se entenderán comprendidas en este supuesto aquellas actuaciones desarrolladas, a título personal o institucional, con el fin de divulgar el proyecto independentista, recabar información y adquirir conocimiento

sobre experiencias similares o lograr que otras entidades públicas o privadas prestaran su apoyo a la consecución de la independencia de Cataluña.

Asimismo, se entenderán comprendidos aquellos actos, vinculados directa o indirectamente al denominado proceso independentista desarrollado en Cataluña o a sus líderes en el marco de ese proceso, y realizados por quienes, de forma manifiesta o constatada, hubieran prestado asistencia, colaboración, asesoramiento de cualquier tipo, representación, protección o seguridad a los responsables de las conductas a las que se refiere el primer párrafo de esta letra, o hubieran recabado información a estos efectos.

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

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

...

2. Los actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable amnistiados en virtud del apartado 1 de este artículo lo serán cualquiera que sea su grado de ejecución, incluidos los actos preparatorios, y cualquiera que fuera la forma de autoría o participación.

3. Los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del día 1 de noviembre de 2011 únicamente se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley cuando su ejecución finalizase con posterioridad a esa fecha.

Los actos cuya realización se hubiera iniciado antes del día 13 de noviembre de 2023 también se entenderán comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley aunque su ejecución finalizase con posterioridad a esa fecha.

4. No se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial.

Artículo 2. Exclusiones.

En todo caso, quedan excluidos de la aplicación de la amnistía prevista en el artículo 1:

...

e) Los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses finan-cieros de la Unión Europea.

...

Artículo 3. Extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable.

La amnistía declarada en virtud de la presente ley produce la extinción de la responsabilidad penal, administrativa o contable, en los términos previstos en este Título.

Artículo 9. Competencia para la aplicación de la amnistía.

1. La amnistía de actos tipificados como delitos será aplicada por los órganos judiciales determinados en el artículo 11 de esta ley, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal y, en todo caso, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes.

2. La amnistía de las conductas que constituyan infracciones de naturaleza administrativa o que sean determinantes de responsabilidad contable corresponderá aplicarla a los órganos competentes para el inicio, tramitación o resolución de los procedimientos que se sigan por tales conductas, según el estado en que se encuentren, previa audiencia del interesado.

3. Solo podrá entenderse amnistiado un acto determinante de responsabilidad penal, administrativa o contable concreto cuando así haya sido declarado por resolución firme dictada por el órgano competente para ello con arreglo a los preceptos de esta ley.

Artículo 10. Tramitación preferente y urgente.

La aplicación de la amnistía en cada caso corresponderá a los órganos judiciales, administrativos o contables determinados en la presente ley, quienes adoptarán, con carácter preferente y urgente, las decisiones

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

pertinentes en cumplimiento de esta ley, cualquiera que fuera el estado de tramitación del procedimiento administrativo o del proceso judicial o contable de que se trate.

Las decisiones se adoptarán en el plazo máximo de dos meses, sin perjuicio de los ulteriores recursos, que no tendrán efectos suspensivos.

Artículo 11. Procedimiento en el ámbito penal.

1. La amnistía se aplicará por los órganos judiciales en cualquier fase del proceso penal.

...

3. De aplicarse durante la fase de juicio oral el órgano judicial que estuviera conociendo del enjuicia-miento dictará auto de sobreseimiento libre o, en su caso, sentencia absolutoria, previo cumplimiento de los siguientes trámites:

a) Las partes y el Ministerio Fiscal podrán proponer la aplicación de la amnistía como artículo de previo pronunciamiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 666.4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo a lo establecido en el Título II del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o, en su caso, en el artículo 786 de la misma ley.

b) También podrán las partes y el Ministerio Fiscal interesar su aplicación en cualquier momento del juicio oral o al formular sus conclusiones definitivas.

c) Cuando las partes o el Ministerio Fiscal no interesaran la aplicación de la amnistía, el órgano judicial deberá hacerlo de oficio, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, si concurrieran los presupuestos para ello, dictando a tal efecto auto de sobreseimiento libre o, en su caso, sentencia absolutoria.

...

5.- El artículo 432 del Código Penal español, estando por determinar qué versión de las dos posibles en atención a la fecha de los hechos puede considerarse más beneficiosa para los acusados, si la resultante de redacción introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, o la conferida por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 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 uso.

La primera de ellas decidió configurar la malversación de caudales públicos como una suerte de administración desleal, incluyendo dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público y modulando la pena en función de la cuantía del perjuicio, de la siguiente forma:

"1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

La segunda, según se explica en su Preámbulo la L.O. 14/2022, supuso "un regreso al modelo tradicional español, es decir, al anterior a la reforma de 2015", construyendo un delito pluriofensivo con tres niveles, que incluye en el primero, la apropiación de fondos por parte del autor o que este consienta su apropiación por terceras personas, que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones (art. 432); el uso temporal de bienes públicos sin animus rem sibi habendi y con su posterior reintegro (art. 432 bis) y un desvío presupuestario o los gastos de difícil justificación (art. 433), a los que se imponen penas más leves. Por lo demás, se reintroduce una modalidad atenuada consistente en el uso temporal de bienes o efectos públicos, como existía también antes de 2015 y como se da en otros países, quedando la redacción del art. 432, por el que se formula la acusación, de la siguiente forma:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,

b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,

c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.

TERCERO: Derecho europeo relativo a la cuestión prejudicial.

6.- Los artículos 1, 2.1, 3.1 y 4.3 y 4.a) ii) de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 julio 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (Directiva PIF), que no se transcriben en este apartado por ser perfectamente conocidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ante el que se plantea esta cuestión prejudicial, sin perjuicio de aludir a su contenido en la parte argumentativa.

7.- Los artículos 83.1, 310.6 y 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que, al igual que en el caso de los anteriores, no se transcriben aquí por la misma razón que aquellos, sin perjuicio de aludir a su contenido en la argumentación de la presente cuestión.

8.- Los artículos 2 y 19.1 y 3.b) del Tratado de la Unión Europea (TUE), que no se transcriben en este momento como en el caso de los anteriores, por las mismas razones y con idénticas salvedades.

9.- El artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de los ciudadanos de la UE (CDDFFUE) en relación con el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), en las mismas circunstancias que los anteriores.

CUARTO: Necesidad y oportunidad de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

10.- La presente cuestión prejudicial se considera imprescindible para que este tribunal nacional español pueda decidir si es obligado aplicar la amnistía declarada en la Ley Orgánica 1/2024 de 10 de junio al caso sometido a su enjuiciamiento y disponer, en consecuencia, el sobreseimiento libre y el archivo de la causa, como preceptúa su art. 11, en relación con el art. 130.1. 4º del Código Penal (CP) -modificado para la ocasión por la Disposición Final 2ª de la L.O. 1/2024 de 10 junio-, así como el art. 666.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), o si, por el contrario, atendidas las dudas que alberga este tribunal acerca de la adecuación al Derecho Europeo de la citada Ley de Amnistía -que seguidamente se expondrán-, debe continuar el procedimiento citando a Juicio Oral a los acusados y a las acusaciones y, tras su celebración, dictando la sentencia que proceda tras la valoración ponderada de la prueba practicada, dependiendo de lo que pueda decidir al respecto el TJUE, al que según el art. 19 del TUE le corresponde garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados, para lo cual se pronunciará "con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión".

QUINTO. - El contexto y las circunstancias de la aprobación de la Ley de Amnistía relacionadas con el fundamento de la presente cuestión prejudicial.

11.- Con el fin de plantear esta cuestión prejudicial al TJUE en base a elementos de convicción lo más asépticos y objetivos posibles, nos remitimos, en primer lugar, a la Opinión sobre los requisitos del Estado de Derecho para decretar una amnistía adoptada por la Comisión de Venecia en su 138ª Sesión Plenaria (Venecia, 15-16 marzo 2024), referida a la proposición de ley parlamentaria que dio lugar a la aprobación de la L.O. 1/2024, de 10 junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña.

Es cierto que las observaciones en que se funda la citada Opinión fueron realizadas in situ entre los días 7 y 9 febrero 2024, y que su aprobación se concluyó en los días ya mencionados -15/16 marzo 2024-, por tanto, dos meses y medio antes de que la citada Ley Orgánica fuera definitivamente aprobada en Sesión plenaria del Congreso de los Diputados del día 30 mayo 2024 por una ajustada mayoría -177 votos a favor y 172 votos en contra-, después de que fuera rechazada mayoritariamente -149 a 113- en Sesión plenaria del Senado del 14 mayo 2024. Hemos visto ya que la publicación oficial de la ley se hozo en el BOE de 11 de junio de 2024.

De todas formas, se considera que las observaciones de la Comisión de Venecia, en especial las transcritas en los apartados 8, 12 a 24 y 25 a 38 del documento final, son de extraordinario valor para que se pueda emitir una opinión informada en este caso.

El hecho de que la Opinión del referido organismo del Consejo de Europa haya sido ampliamente difundida en diversos idiomas y constituya un documento plenamente accesible para el TJUE y para las partes

-Estrasburgo, 18 marzo 2024, CDL-AD(2024)003 1 - nos exime de transcribir las observaciones aludidas, limitándonos, por tanto, a hacer referencia a ellas por el número de sus párrafos, sin perjuicio de destacarlas como se merecen en la parte argumentativa.

SEXTO: Cuestión prejudicial. Delito de malversación de fondos públicos como forma de corrupción que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea.

12.- El art. 325 TFUE dispone que:

"1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

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.

...

1 https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)003-e.

5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo."

13.- 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 Europea a través del Derecho penal (Directiva PIF), establece en su art. 4.3 que:

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

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

14.- La L.O. 1/2024 declara en su art. 1.1 a) que amnistía los delitos de malversación de caudales públicos "únicamente cuando estén dirigidos a financiar, sufragar o facilitar la realización de cualesquiera de las conductas descritas en el primer párrafo de esta letra, directamente o a través de cualquier entidad pública o privada, siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento...".

Por su parte, el art. 1.4 señala que "No se considerará enriquecimiento la aplicación de fondos públicos a las finalidades previstas en los apartados

a) y b) cuando, independientemente de su adecuación al ordenamiento jurídico, no haya tenido el propósito de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial".

Y, finalmente, el art. 2.e de la Ley de Amnistía indica que esta no se aplicará a "Los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea".

15.- La interpretación auténtica de lo que debe entenderse por intereses financieros de la UE se encuentra en el art. 2.1 a) de la Directiva PIF y en el art. 2.1) del Reglamento (UE, Euratom) del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 883/2013 de 11 septiembre 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Según la Directiva PIF incluye "todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, ii) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados, u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos"; y, según el Reglamento de las OLAF, comprende resumidamente

"los ingresos, gastos y activos cubiertos por el presupuesto de la Unión Europea así como los cubiertos, gestionados o supervisados por los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos".

16.- En principio, las conductas de malversación que deberían ser enjuiciadas por este tribunal en el procedimiento en el que se plantea la presente cuestión prejudicial se refieren a fondos propios del presupuesto público de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de su Generalitat, sin aparente relación con los intereses financieros de la UE.

17.- Ninguna de las acusaciones ha planteado como tesis acusatoria que los acusados se hubieren beneficiado personalmente de dichas conductas.

Tampoco parece posible imputar a los acusados en esta causa la obtención de un eventual beneficio personal por la vía descrita por nuestro Tribunal Supremo en su auto de 1 julio 2024 (Causa núm. 20907/2017 - ECLI:ES:TS:2024:8322A-), para otros acusados que actuaron como máximos responsables de gobierno de la Generalitat de Catalunya en el mismo contexto.

18.- Por estas razones entendimos en nuestro auto del pasado 9 julio 2024, previa audiencia a las partes en esta causa, que la amnistía aprobada en la L.O. 1/2024 era, en principio, aplicable a la totalidad de las conductas y delitos por los que están siendo acusados los Sres. Bartolomé y Conrado y la Sra. Matilde , a reserva de lo que pudiera resultar de la presente cuestión prejudicial o, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad a plantear ante nuestro Tribunal Constitucional.

19.- Por tanto, pese a la calculada cautela introducida por el legislador español en el art. 2.e) de la Ley de Amnistía, el planteamiento de la presente cuestión prejudicial ante el TJUE se justifica plenamente, porque la amplitud con la que el art. 4.3 de la Directiva PIF concibe la eventual afectación de los intereses financieros de la UE -"de cualquier manera"- permite concluir que dichos intereses puedan verse expuestos o en peligro cuando un Estado miembro de la UE incumpla el mandato contenido en el propio precepto de adoptar las "medidas necesarias" para garantizar que no quede impune ninguna malversación intencionada de fondos públicos llevada a cabo por cualquier funcionario -el art. 4.4. de la Directiva PIF se refiere tanto a funcionarios de la UE como a funcionarios nacionales de los Estados miembros- a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, consistente en comprometer o desembolsar fondos, en 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 UE.

20.- A este respecto, téngase en cuenta que el art. 325.2 TFUE exige a todos los Estados miembros de la UE, para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la UE que adopten "las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros".

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.

Por lo tanto, de la misma manera que a la UE no puede serle indiferente que un Estado miembro decidiera no incluir en su legislación penal las conductas que en la Directiva PIF se consideran constitutivas de malversación, aunque se limite a las que afecten a sus fondos propios, tampoco debe serle indiferente que, incluyendo unas y otras, actuando de común acuerdo con los autores convictos o simplemente presuntos de la malversación a cambio de un favor político, otorgar la impunidad a dicha

conducta, aunque recaiga solo sobre fondos nacionales del Estado miembro.

21.- De hecho, la comunicabilidad entre el presupuesto de la UE y los distintos presupuestos de sus Estados miembros, que está implícita, entre otras situaciones, en la asunción por estos últimos de los objetivos de déficit y de disciplina presupuestaria marcados por aquella - art. 126 TFUE-, permite afirmar que 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 esta, aunque solo fuera porque el mensaje que se envía con la despenalización o infrapenalización de dichas conductas o con el favorecimiento de su impunidad, bien sea a los ciudadanos, en general, bien sea a las autoridades y funcionarios que se encargan de gestionar los ingresos y los gastos de cualquier organismo público nacional, en particular, es

que la malversación que afecte a los presupuestos nacionales puede llegar a ser perdonada por simples y coyunturales razones políticas.

22.- La malversación es constitutiva de "corrupción". Como se dice en la

Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO sobre la lucha contra la corrupción, por la que se sustituyen la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo (Bruselas, 3.5.2023 COM(2023) 234 final 2023/0135 (COD), "No existe una definición única de corrupción, ya que esta conducta reviste diferentes formas que involucran a diferentes participantes. La corrupción es, en efecto, un fenómeno endémico que adopta múltiples formas en todos los sectores de la sociedad, por ejemplo, el cohecho y el soborno, la malversación y la apropiación indebida, el tráfico de influencias, la revelación de información privilegiada, el abuso en el ejercicio de funciones y el enriquecimiento".

23.- A este respecto, el art. 83.1 TFUE dispone que "El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes".

Entre los diferentes ámbitos delictivos a que se refiere dicho precepto, se encuentra el de la malversación.

En la misma dirección apunta el principio programático de "cooperación leal" entre la Unión Europea los Estados miembros, reconocido en el art. 4.3. del TUE.

24.- En el sentido de garantizar que no haya ámbitos de impunidad para estos delitos, el TJUE, en su sentencia de 21 octubre 2021, (Caso ZX contra Spetsializiran prokuratura), sobre la base del art. 325 TFUE ha aplicado los principios de primacía y de efectividad del Derecho de la Unión Europea frente a la normativa nacional, en la medida que pueda generar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de delitos graves de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión o de corrupción en general.

En dicha ocasión -sobre el art. 6.3 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 mayo 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea-, el TJUE declaró que, "para garantizar la efectividad del conjunto de las disposiciones del Derecho de la Unión, el principio de primacía de dicho Derecho obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a interpretar, en la medida de lo posible, su Derecho interno de manera conforme con el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de junio de 2019, Poplawski, C-573/17 (TJCE 2019, 123), EU:C:2019:530, apartado 57)" (§39).

Pero "en caso de imposibilidad de interpretación conforme, cualquier juez o jueza nacional que conozca de un asunto, en el marco de su competencia, tendrá obligación, como órgano de un Estado miembro, de abstenerse de aplicar cualquier disposición nacional contraria a una disposición del Derecho de la Unión con efecto directo en el litigio de que conoce (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de junio de 2019, Poplawski, C-573/17 (TJCE 2019, 123), EU:C:2019:530, apartado 61 y jurisprudencia citada)" (§41).

SÉPTIMO: Cuestión prejudicial. La independencia de Cataluña y la secesión del reino de España como objetivo determinante de la amnistía de conductas malversadoras con capacidad de minorar los ingresos del Presupuesto de la Unión Europea.

25.- El art. 1.1 de la L.O. 1/2024, de amnistía, una vez definidos los marcos temporales y materiales abarcados por la ley en los términos reproducidos, a renglón seguido hace descansar la amnistía sobre la independencia de Cataluña y su separación del reino de España, al concretar sus efectos para aquellos actos realizados "con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos". Esa misma intencionalidad es reiterada como presupuesto para lograr la impunidad de las conductas malversadoras de fondos públicos que hayan sido destinados a financiar, sufragar o facilitar la secesión o independencia de Cataluña.

Este concreto delito de malversación de caudales públicos, realizados aparentemente en el mismo contexto temporal, material y motivacional, viene atribuido por las acusaciones a dos de las personas acusadas en el procedimiento pendiente de nuestro enjuiciamiento, que ya no sería permitido de materializarse los efectos contemplados en la L.O. 1/2024, de amnistía, puesto que en ella se dispone la extinción de la responsabilidad penal y el sobreseimiento libre de la causa independientemente de la fase en que se encuentre el proceso penal (arts. 3 y 11.1 y 3).

26.- Las dudas ya expresadas y desarrolladas en el fundamento anterior (6º) sobre la compatibilidad de la amnistía u olvido penal de las conductas malversadoras de fondos o causales públicos con los Tratados y el Derecho de la Unión, se agravan a partir del real destino que según las acusaciones personadas habrían dado los aquí acusados, como altos cargos de la Administración catalana, a los caudales y fondos públicos que tuvieron a su disposición y habrían administrado deslealmente, destinándolos a financiar una actividad ilícita (referéndum ilegal de 1 de octubre de 2017) con el propósito de promover y hacer realidad la secesión de Cataluña del reino de España y la proclamación de Cataluña como república independiente. Es precisamente ese fin tendencial o motivación de las conductas las que determinan la aplicación de la amnistía y el borrado de toda responsabilidad.

27.- Como decimos, las dudas se refuerzan desde la constatación de que el referéndum ilegal del 1 de octubre de 2017, al que habrían servido los fondos malversados por las personas aquí sometidas a proceso, no se planteó a los meros efectos consultivos, sino que constituía un eslabón imprescindible desde el que debía llegarse a la aplicación de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, tal y como se preveía en su Disposición final tercera. En efecto, en aquella disposición final se condicionaba la entrada en vigor de la Ley 20/2017, fundacional de la república de Cataluña, al efectivo cumplimiento de las previsiones del art. 4.4 de la Ley 19/2017, del Referéndum de autodeterminación, en el que se disponía que "Si en el recuento de los votos válidamente emitidos hay más votos afirmativos que negativos, el resultado implica la independencia de Cataluña". Tanto la Ley 19/2017 como la Ley 20/2017 del Parlament de Catalunya fueron declaradas inconstitucionales y nulas en las SSTC 114 y 124/2017, según hemos adelantado ya.

28.- La segregación de Cataluña respecto del reino de España, que constituía el fin último al que habrían servido los caudales públicos puestos a disposición de dos de los aquí acusados, de haberse alcanzado aquel objetivo habría implicado necesariamente la modificación de la configuración territorial de la Unión Europea, y, 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 Unión, tal y como se definen los intereses financieros de la Unión en el art. 2.1 de la Directiva 2017/1371, que incluye, según se ha dicho ya, "todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, (...)".

29.- A pesar de que el Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, que aprobó las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución (BOE núm. 260 de 27 de octubre de 2017), impidió la efectividad de la segregación buscada y, por tanto, permitió la conservación íntegra de la contribución de España al presupuesto de la Unión, no puede pasarse por alto el nivel de riesgo al que llegó a exponerse la integridad del presupuesto de una Unión, dado que las partidas presupuestarias desviadas para la financiación del referéndum ilegal propiciaron su efectiva celebración y también que los resultados obtenidos fueran esgrimidos y utilizados por el Parlament de Catalunya para adoptar un acuerdo político de aprobación de la independencia de Cataluña en reunión plenaria del día 27 de octubre de 2017 (STS 459/2019 de 14 de octubre HP6 -ECLI:ES:TS:2019:2997-).

30.- Puesto que las conductas malversadoras de caudales públicos que se atribuye a los dos acusados, como altos funcionarios de la Administración autonómica de Cataluña, encuentran cobijo en la L.O. 1/2014, precisamente por haber sido destinados los fondos a financiar, sufragar o facilitar la consulta del 1 de octubre de 2017 y con la intención de promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, nos cuestionamos 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 y si la aplicación de los efectos de esta L.O. 1/2024 es compatible con el art. 325 del TFUE y con los arts. 3.1 y 4.3 de la Directiva 2017/1371 que, como hemos dejado ya expresado, obliga a los Estados miembros -el primero- a combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante la adopción de medidas disuasorias efectivas y capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros; y -el segundo- a adoptar las medidas necesarias para garantizar que la malversación intencionada constituya una infracción penal, dada la definición que se ofrece de la malversación a efectos de la Directiva, que comprende la utilización de 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".

31.- Además, y atendido que la L.O. 1/2024 fue aprobada por el Parlamento español prescindiendo de la recomendación contenida en el Dictamen de la Comisión de Venecia sobre la necesidad de que las amnistías cuenten con amplios consensos y mayorías parlamentarias cualificadas, en unas circunstancias que permiten dudar de su adecuación a la Constitución de España, y también, en lo que importa aquí y ahora, a los Tratados de la UE y a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, nos surge la duda de si con ello se compromete el

carácter disuasorio que los Tratados reclaman para las sanciones penales que los Estados están obligados a dispensar frente a todas las formas de corrupción, incluida la malversación.

Por cuanto, de validarse esta amnistía con el fundamento y los presupuestos desde los que se ha llegado a ella (la tramitación de la ley de amnistía fue impuesta como condición por los partidos políticos independentistas a cambio de apoyos parlamentarios imprescindible para alcanzar una mayoría de gobierno en el Estado), se dejará la realización futura del Derecho penal, también para la malversación, sometida a los dictados de partidos políticos en cuyo horizonte se encuentra la secesión e independencia de algunos territorios del propio Estado, también en aquellos escenarios futuros en que resulten decisivos para alcanzar mayorías de gobierno (escenario que en el sistema político español se repite de forma recurrente).

Sin duda alguna, la validación de esta ley de amnistía sobre actividades relacionadas con 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 sistémico de impunidad" a que se alude en las SSTJUE de 21 de diciembre de 2021

-epígrafe 193- (C-357/19, ECLI: EU:C:2021:1034) o de 24 de julio de 2023 (C-107/23, ECLI: EU:C:2023:206), con simultáneo deterioro de la confianza de los ciudadanos en el sistema institucional de la Unión Europea y de los Estados Miembros.

32.- Este tribunal, como hemos venido exponiendo, no podría afrontar por sí solo una interpretación de los arts. 325 del TFUE, 2.1, 3.1 y 4.3 de la Directiva PIF en la forma que aquí nos proponemos solicitar al TJUE, en virtud de su competencia - art. 19.3 b) TUE-, lo que justifica el planteamiento de las presentes cuestiones prejudiciales a fin de recabar la respuesta del TJUE (art. 267 TFUE) a las preguntas que formularemos en la parte dispositiva.

OCTAVO: Suspensión del procedimiento.

33.- Conforme al principio de primacía del Derecho europeo, que no permite la aplicación de la norma sobre la que se duda por un tribunal nacional antes de que el TJUE pueda pronunciarse, y según se desprende del art. 267 TFUE, del art. 23.1 del Estatuto del TJUE y el §25 de las Recomendaciones del TJUE para el planteamiento de cuestiones prejudiciales -2019/C 380/01; DOUE 08/11/2019-, de las Recomendaciones del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, la presentación de una petición de decisión prejudicial entraña la suspensión del procedimiento nacional hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie.

En virtud de todo lo expresado,

PARTE DISPOSITIVA

La SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA ha DISPUESTO:

1.- Plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales, a los efectos del art. 267 del TFUE:

Primera: ¿Si la norma de un Estado miembro de la UE, como la L.O. española 1/2024, que, al amnistiar una serie de delitos de malversación de fondos públicos nacionales, desprotege los intereses financieros propios de dicho Estado miembro, pone necesariamente en riesgo también los intereses financieros de la UE conforme al art. 325 del TFUE y, por tanto, es contraria al art. 4.3 de la Directiva 2017/1371?

Segunda: ¿Puede considerarse que perjudica a los intereses financieros de la Unión Europea, en el sentido del art. 2.1 de la Directiva 2017/1371, el desvío de fondos públicos propios del presupuesto de una Comunidad Autónoma de un Estado miembro, en el intento, declarado ilícito, de alcanzar la independencia de esa Comunidad y la secesión del Estado del que forma parte, dado el alto el nivel de riesgo al que, en el caso concreto, fue expuesta la integridad territorial de la Unión Europea y consecuentemente también de sus presupuestos anuales?

Tercera: De considerarse que no se perjudica a los intereses financieros de la Unión Europea con el desvío de fondos públicos autonómicos para destinarlos a lograr la secesión de una parte del territorio de un Estado. ¿Es compatible con el art. 325 del TFUE, en cuanto que obliga a los Estados a adoptar de medidas disuasorias efectivas y capaces de ofrecer una protección eficaz para combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, una ley de amnistía como la L.O. 1/2024, que elimina toda responsabilidad de quienes han tenido encomendada la gestión de fondos públicos y los destinan a actividades declaradas ilícitas, dado el contexto y las circunstancias en que fue aprobada, por la generación de un riesgo sistémico de impunidad futura en escenarios similares a los que fue aprobada la L.O. 1/2024?.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

2.- Suspender la tramitación de la causa, para los acusados a que se refiere esta cuestión prejudicial, hasta obtener la respuesta demandada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.- Remítase testimonio del presente auto a través de la aplicación e-Curia, junto con testimonio de las actuaciones principales y de las alegaciones de las partes, a la Secretaría del TJUE, en la dirección: Greffe de la Cour de Justice, Rue du Fog Niedergrünewald, L-2925 Luxemburgo, con participación telemática anticipada a la dirección electrónica: "DDP-GreffeCour@curia.europa.eu"

4.- Llévese esta resolución a conocimiento del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, a través del correo electrónico serviciorrii@poderjudicial.es, para su constancia.

Notifíquese lo resuelto a las partes y hágaselas saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro auto lo acordamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA. - Seguidamente se cumple lo ordenado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ