

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal**

Auto núm. 20107/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

En Madrid, a 13 de febrero de 2023.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- A raíz de la publicación en el BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022, de la LO 14/2022, de 2 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 uso, se acordó mediante providencia de 12 de enero de 2023, dar un traslado común por término de 8 días al Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado, a la acusación popular, ejercida por el partido político VOX, así como a las defensas, con el fin de que formularan las alegaciones que estimaran procedentes acerca de los efectos que pudieran derivarse de la entrada en vigor de esa ley, en relación con las condenas impuestas en la sentencia 459/2019, 14 de octubre, que abrió la presente ejecutoria.

2.- El Ministerio Fiscal se pronunció en el sentido que consta en su escrito de 24 de enero de 2023. La Abogacía del Estado hizo lo propio, con fecha 25 de enero de 2023, con distintos escritos referidos a cada uno de los condenados. También la acusación popular presentó, con fecha 24 de enero del mismo año, nueve escritos relacionados con la revisión de las condenas impuestas.

3.- La representación legal de D. Jordi Cuixart presentó escrito fechado el día 3 de febrero de 2023 en el que expresó las alegaciones referidas a la revisión de su condena. D. Oriol Junqueras formuló las alegaciones que consideró oportunas mediante escrito de 24 de enero de 2023. En la misma fecha fueron presentados los escritos en que se contienen los argumentos hechos valer por las respectivas representaciones legales de D. Raül Romeva, Dña. Carme Forcadell y Dña. Dolors Bassa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La LO 14/2022, 22 de diciembre, ha derogado el delito de sedición, hasta entonces alojado en los arts. 544 a 549 del CP. Ha dado también nueva

redacción a los arts. 557 y 557 bis, en los que se tipificaba el delito de desórdenes públicos y a los arts. 432 a 434 del CP, que regulaban el delito de malversación, preceptos todos ellos redactados conforme a las previsiones de la LO 1/2015, 30 de marzo.

La revisión de las sentencias que hayan aplicado algunos de esos preceptos deviene obligada con el fin de dar cumplimiento al mandato proclamado en el art. 2.2 del CP, que atribuye efecto retroactivo a *«...aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme»*.

Así lo recuerda también la DT 1ª de la propia LO 14/2022, 22 de diciembre, según la cual, *«los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor»*.

Añade el apartado 2º que *«para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad»*.

También incorpora una regla específica la DT 2ª respecto de los procedimientos de revisión de sentencias. En su apartado 4º se puntualiza que *«en los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley»*.

Por consiguiente, se impone valorar si la pena de inhabilitación impuesta a los condenados, todavía no extinguida al no haber sido abarcada

en el indulto parcial otorgado por el Gobierno, ha de ser sustituida por las penas que la reforma asocia a los nuevos tipos delictivos.

2.- Esta Sala dictó en primera y única instancia, en el marco de la causa especial núm. 20907/2017, la sentencia 459/2019, 14 de octubre. En ella fueron condenados como autores de un delito de sedición en concurso medial con un delito de malversación, agravado por razón de su cuantía, los siguientes acusados:

a) D. ORIOL JUNQUERAS, a las penas de 13 años de prisión y 13 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

b) D. RAÛL ROMEVA, a las penas de 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

c) D. JORDI TURULL, a las penas de 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

d) Dña. DOLORS BASSA, a la pena de 12 años de prisión y 12 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga la penada, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros

honos, cargos, o empleos públicos y la de ser elegida para cargo público durante el tiempo de la condena.

Asimismo, fueron condenados como autores de un delito de sedición los siguientes acusados:

a) Dña. CARME FORCADELL, a las penas de 11 años y 6 meses de prisión y 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga la penada, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegida para cargo público durante el tiempo de la condena.

b) D. JOAQUIM FORN, a las penas de 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

c) D. JOSEP RULL, a las penas de 10 años y 6 meses de prisión y 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

d) D. JORDI SÁNCHEZ, las penas de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

e) D. JORDI CUIXART, las penas de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

También fueron condenados D. Santiago Vila, Dña. Meritxell Borràs y D. Carles Mundó como autores de un delito de desobediencia, cuyas respectivas penas fueron ya extinguidas por cumplimiento, conforme fue declarado por auto de esta Sala fechado el 9 de junio de 2021.

3.- Mediante Real Decreto 460/2021, de 22 de junio, D. Oriol Junqueras vio indultada *«la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, a condición de que no vuelva a cometer delito grave en el plazo de seis años desde la publicación del real decreto»*. Con idéntico alcance fue indultada la pena impuesta a D. Jordi Turull (Real Decreto 464/2021, de 22 de junio). A favor de D. Raül Romeva fue dictado el Real Decreto 461/2021, 22 de junio, que condicionó la eficacia definitiva del indulto a que no volviera a delinquir en el plazo de cuatro años, plazo que fue reducido a tres años en el caso de Dña. Dolors Bassa, que asimismo vio indultada la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento (Real Decreto 456/2021, de 22 de junio).

El Real Decreto 459/2021, de 22 de junio, indultó la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento impuesta a D. Joaquín Forn, a condición de que no volviera a cometer delito grave en el plazo de seis años desde la publicación del citado decreto. Bajo la misma condición el Gobierno de la Nación indultó la pena impuesta a D. Josep Rull (Real Decreto 462/2021, de 22 de junio). Fueron también indultadas las condenas de D. Jordi Cuixart (Real Decreto 457/2021, de 22 de junio) y D. Jordi Sánchez (Real Decreto 463/2021, 22 de junio), con la condición de no volver a cometer delito grave en cinco años; y de Dña. Carme Forcadell (Real Decreto 458/2021, 22 de junio), con la misma condición de no volver a delinquir, pero en el plazo de cuatro años.

4.- La promulgación de una reforma legal que rectifica los márgenes punitivos del sistema previgente obliga a un examen detenido de las conductas que el hecho probado de la sentencia ha proclamado. Se impone así un renovado juicio de tipicidad para comprobar si la porción de injusto abarcada en los nuevos preceptos permite subsumir la narración fáctica sobre la que se sostiene la condena por los delitos de sedición y malversación.

Es fácil de entender que en aquellas ocasiones en las que la reforma - más allá de una rectificación puramente nominal de los delitos perseguidos- sólo alcanza a una modificación del margen dosimétrico de las penas asociadas a cada conducta, la tarea revisora se simplifica sobremanera. Basta un juicio de contraste entre la duración de las penas impuestas con arreglo al régimen derogado y las previstas en el nuevo texto legal para concluir, con los matices impuestos por el principio de proporcionalidad, el carácter favorable o desfavorable de uno u otro régimen. Sin embargo, en aquellos otros casos, como el presente, en el que el texto aprobado no se limita a una rectificación de las penas imponibles, sino que reestructura la relación entre tipos penales de nuevo enunciado, deroga algunos de los preceptos previgentes y recupera otros que habían sido derogados en el Código Penal de 1995, la tarea exige algo más que el mero análisis de contraste.

Desde un punto de vista metódico, nuestro examen exige una doble comprobación. En primer lugar, será necesario pronunciarnos acerca de si el delito de sedición que fue declarado probado en nuestra sentencia, con arreglo al ahora derogado art. 544 del CP, tiene o no encaje en el nuevo art. 557, entre los delitos contra el orden público.

Seguidamente tendremos que concluir si los hechos que llevaron a la condena de algunos de los acusados como autores de un delito de malversación de caudales públicos (art. 432.1.3, último párrafo del CP) encuentran acomodo entre los preceptos de la nueva regulación. Y si ésta tuviera un carácter más favorable, resultaría obligada su aplicación retroactiva.

4.1.- El nuevo delito de desórdenes públicos previsto en el art. 557 del CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años a «los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, ejecuten actos de violencia o intimidación:

- a) *Sobre las personas o las cosas; u*
- b) *obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o*
- c) *invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares.*

2. *Los hechos descritos en el apartado anterior serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público. En caso de hallarse los autores constituidos en autoridad, la pena de inhabilitación será absoluta por tiempo de seis a ocho años.*

3. *Las penas de los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior a los intervinientes que portaran instrumentos peligrosos o a los que llevaran a cabo actos de pillaje.*

Estas penas se aplicarán en un grado superior cuando se portaran armas de fuego.

4. *La provocación, la conspiración y la proposición para las conductas previstas en los apartados 2 y 3 del presente artículo serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas.*

5. *Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años quien en lugar concurrido provocara avalancha, estampida u otra reacción análoga en el público que pongan en situación de peligro la vida o la salud de las personas.*

6. *Las penas señaladas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que les puedan corresponder a los actos concretos de lesiones, amenazas, coacciones o daños que se hubieran llevado a cabo».*

La voluntad del legislador, según se desprende de la lectura de la Exposición de Motivos, no es otra que dar nueva regulación a los delitos contra el orden público, suprimiendo el espacio de tipicidad que desde el Código Penal de 1995 proporcionaba el art. 544, que ha quedado formalmente derogado. En este precepto, que fue el aplicado en nuestra sentencia 459/2019, se castigaba como reo de un delito de sedición a *«...los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».*

El juicio revisorio, sin embargo, no puede prescindir de una doble consideración.

4.1.1.- Es cierto que la política legislativa que anima la reforma operada por la LO 14/2022 ha hecho posible una redefinición de los delitos contra el orden público. El problema, sin embargo, a efectos de subsunción jurídica, radica en que el delito de sedición, tal y como estaba regulado en el art. 544 del CP, era algo más que un delito contra el orden público. Este precepto incluía, entre los fines perseguidos por quienes se alzaban pública y tumultuariamente, objetivos que desbordan el concepto de orden público al que parece aferrarse la reforma. Y es que quien promueve por la fuerza o fuera de las vías legales el incumplimiento de las leyes o las resoluciones judiciales no se limita a perturbar el orden público. La autoridad que desoye contumazmente los requerimientos del Tribunal Constitucional, que desatiende las prohibiciones impuestas por el Tribunal Superior de Justicia, que lleva a cabo un proceso legislativo de ruptura -por más que éste carezca de toda viabilidad jurídica- no está simplemente alterando el orden público. Quien para hacer realidad un referéndum no avalado por la Comisión de Venecia del

Consejo de Europa y prohibido por los Tribunales de justicia moviliza a miles de personas, en la ilusionada creencia de que van a ejercer el imaginario *derecho a decidir*, está menoscabando, sin duda, las bases constitucionales que definen la convivencia.

Es importante, para entender el alcance de la reforma, huir del simplismo de que, en la medida en que la sedición tipificada en el art. 544 del CP, ya derogada, estaba regulada entre los «*delitos contra el orden público*», las penas que el legislador asoció a esas conductas en el Código Penal de 1995 eran desproporcionadas.

No es correcto.

Y no lo es porque, como expresábamos en el FJ 2.2 de nuestra sentencia y en el apartado 7.2 del informe emitido por esta Sala en el expediente de indulto que declaró extinguidas las penas privativas de libertad impuestas a los condenados, la protección constitucional de la integridad territorial de todos y cada uno de los países de la UE citados como ejemplos inspiradores de la reforma, se traduce en preceptos penales que, con uno u otro enunciado, castigan cualquier intento de secesión o ruptura con el orden constitucional vigente.

Tampoco se ajusta a la verdad la tantas veces repetida idea de que condenar por un delito de sedición supone degradar la gravedad de los hechos enjuiciados. Quien así razona prescinde de que, entre los «*delitos contra el orden público*», es decir, con el mismo tratamiento sistemático que la sedición, se incluyen, por ejemplo, los delitos de terrorismo cometidos por grupos y organizaciones terroristas. En su art. 573 bis 1º se castiga al autor -insistimos, dentro del capítulo «*de los delitos contra el orden público*»- con la pena de prisión permanente revisable cuando se ocasiona dolosamente la muerte de una persona. Y estos delitos de terrorismo, además, han de ser cometidos con algunas de las finalidades que puntualiza el art. 573.1 del CP y que, por supuesto, rebasan el concepto de orden público en el que, una y otra vez, insiste la reforma. Nos referimos a la finalidad de «*...subvertir el orden*

constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo» (apartado 1.1 del art. 573).

En definitiva, todo intento de reducir el ámbito de la tipicidad que ofrecía el delito de sedición a un problema de orden público, identificable con movilizaciones o algaradas, desenfoca el problema. La gravedad de las penas asociadas por el Código de 1995 al delito de sedición encuentra justificación en la necesidad de castigar, no sólo actos contrarios a la paz pública, sino el desarrollo de una movilización tumultuaria llamada a impedir el ejercicio democrático de la autoridad del Estado que, en el caso enjuiciado, los autores enmarcaron en la creación de una pretendida cobertura normativa del «derecho a decidir».

Esta idea no la expresa la Sala ahora por primera vez. Fue insistentemente expuesta en distintos pasajes de nuestra sentencia.

En el FJ 4.3 puede leerse lo siguiente:

«...La diversidad de tipos incluidos en el Título XXII -desórdenes públicos, atentados, resistencia, desobediencia tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, organizaciones y grupos criminales y terrorismo- y la gravedad de la respuesta penal asociada a algunos de ellos, constituyen un óbice a ese reduccionismo en la configuración del bien jurídico protegido. De hecho, algunos de los delitos de terrorismo alojados bajo la rúbrica de delitos contra el orden público exigen un elemento tendencial, encaminado a "...subvertir el orden constitucional" (cfr. art. 573.1.1 CP). Son preceptos, por tanto, que desbordan los reducidos límites del concepto de orden público concebido como bien jurídico autónomo. Todo ello ha llevado a diferenciar el orden público de otros conceptos como el de paz pública, que permitiría construir un bien jurídico identificable con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los

derechos fundamentales. E incluso a negar la funcionalidad taxonómica del concepto de orden público que se ve comprometido en la práctica totalidad de delitos, hasta el punto de que se ha visto en ese enunciado una cláusula puramente formal, que exige acudir, en cada caso concreto, al interés protegido en los distintos tipos penales incluidos bajo su ámbito».

El delito de sedición que ha sido derogado estaba llamado a proteger, por tanto, el orden público en una dimensión que desborda el espacio de tipicidad del nuevo art. 557 del CP. Hablamos -reiterando las palabras de nuestra sentencia- del «...interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales». lo que ahora ha quedado extramuros de la angosta tipicidad que proporciona el nuevo art. 557 del CP como delito contra el orden público.

La responsabilidad penal que declaramos por el ya derogado delito de sedición no sólo reprochaba a los autores la puesta en peligro del orden público. Una vez más, resulta indispensable reiterar los términos de nuestra sentencia, en la que describíamos la conducta de los autores como una «... actuación concertada con el resto de los acusados, encaminada a la creación de un conjunto normativo aprobado por un órgano autonómico manifiestamente incompetente para ello. Y hacerlo alentando una movilización ciudadana que incluía la resistencia y oposición material y física, así como un apoyo internacional dirigido a privar unilateralmente, por la vía de hecho, de toda fuerza ejecutiva a las decisiones de las autoridades gubernativas y judiciales legitimadas democráticamente por nuestro sistema constitucional».

Además de los pasajes que ya hemos transcrito, existen otros en la fundamentación jurídica de nuestra sentencia que ponen de manifiesto que la subsunción típica de los hechos acontecidos en Cataluña no puede identificarse con la limitada visión de un problema de orden público:

«No existe (...) tratado internacional que haya codificado el «derecho a decidir». Todo movimiento de secesión unilateral en una sociedad que ha

hecho suyas la Convención de Derechos Humanos de 1951 y la Carta de Derechos de Lisboa de 2010 es, por definición, un movimiento antidemocrático, porque antidemocrático es destrozarse las bases de un modelo constitucional para construir una república identitaria en la que el pluralismo ideológico y político no están garantizados. Y ello aunque pretenda camuflarse la falta de legitimidad política del proyecto secesionista mediante la totalitaria preeminencia de un supuesto principio democrático que se impondría sobre el Estado de derecho. No hay democracia fuera del Estado de Derecho. Llevada a sus últimas consecuencias esa obcecada prevalencia, habríamos de admitir que la aplicación del «derecho a decidir» podría imponerse en cualquier momento y respecto de cualquier materia reglada por el ordenamiento jurídico. Una sociedad en la que su carta fundacional subordina a la voluntad de su Presidente la estructura misma del poder judicial solo puede ser construida mediante la vulneración de principios constitucionales que nunca habrían podido ser modificados por las vías legales de reforma. Y la contumaz búsqueda de ese modelo de ruptura, desoyendo los requerimientos formulados por el Tribunal Constitucional, vulnera bienes jurídicos del máximo rango axiológico» (FJ 17.1.5.1).

La afectación del sistema constitucional se hacía también patente cuando precisábamos que «...los hechos enjuiciados son algo más que un conflicto competencial entre autoridades estatales -centrales y autonómicas- que pugnan por la competencia para organizar o prohibir una consulta popular. En el presente caso, de lo que se trataba era de hacer posible un referéndum que condujera, con la ayuda de la movilización ciudadana, a destruir las bases fijadas por el poder constituyente». Los acusados, en fin, «...asumieron la inequívoca voluntad de un poder ejecutivo decidido a culminar el desafío a las bases del sistema normativo que equilibra y hace posible la convivencia» (FJ 17.2).

En consecuencia, entre el delito de sedición, tal y como se hallaba definido en el art. 544 del CP y el delito de desórdenes públicos del art. 557 - en su histórica o actualizada regulación- no existe una identidad sustancial que permita afirmar que, suprimido el primero, todo lo que éste abarcaba ha

quedado ahora alojado en el segundo. Esa falta de identidad se advierte no sólo desde la perspectiva del bien jurídico o de la acción típica, sino atendiendo también a la estructura del tipo subjetivo. El delito de sedición, como venimos insistiendo, enriquecía los actos ejecutivos con la voluntad de promover la inobservancia de las leyes o el incumplimiento de las resoluciones judiciales. Ahora el tipo subjetivo queda reducido a la voluntad de «*atentar contra la paz pública*».

Y es indudable que la colectiva desobediencia a los requerimientos del Tribunal Constitucional o a las órdenes de los agentes que intentaban cumplir un mandato emanado de la autoridad judicial fueron algo más que un atentado contra la paz pública, sobre todo, porque esa voluntad era el motor que empujaba el frustrado deseo de lograr la vigencia de unas leyes de transitoriedad que preparaban el camino hacia la independencia.

El efecto inmediato de la reforma operada por la LO 14/2022, por tanto, ha consistido en generar un vacío normativo en el que hechos como los que fueron enjuiciados en la sentencia que ahora se revisa pueden topar con visibles grietas de tipicidad. A partir de su entrada en vigor, la fractura del marco jurídico que hace posible la convivencia, el desbordamiento de los límites competenciales propios de la estructura del Estado y la tenaz desobediencia a los requerimientos judiciales sólo serán constitutivos de delito si van acompañados de actos de violencia o intimidación como los descritos en el renovado art. 557, que serían entonces castigados como una alteración del orden público. Con anterioridad a la reforma, el delito de sedición -frente al discurso argumental hecho valer en sus respectivos escritos de alegaciones por el Fiscal, la acusación popular ejercida por VOX y la Abogacía del Estado- no exigía una movilización violenta. Podía conocer episodios de violencia -así aconteció indudablemente en los hechos enjuiciados-, pero también era punible cuando simplemente se ejecutaba «*fuera de las vías legales*». A raíz de la reforma, entre el delito de rebelión regulado en el art. 472 del CP y el delito de desórdenes públicos previsto en el art. 557 existe un espacio intermedio que puede alojar en el futuro conductas gravemente atentatorias al sistema constitucional, en el que la observancia de las leyes y el

incumplimiento de las resoluciones judiciales, si no fueran acompañados de una violencia preordenada a esos fines o no implicaran actos de violencia o intimidación sobre las personas o las cosas quedarían impunes. La deslealtad constitucional y el menosprecio a las bases de la convivencia, incluso cuando fueran seguidos de un alzamiento público y tumultuario, no necesariamente violento, no serían susceptibles de tratamiento penal. En otras palabras, la creación de un marco normativo de ruptura territorial que preparara la secesión de una parte del territorio del Estado, incluso acompañada de actos multitudinarios que condujeran a la inobservancia generalizada de las leyes y al incumplimiento de las decisiones gubernativas o jurisdiccionales que intentaran ponerle término, serían ajenas a la intervención del derecho penal.

4.1.2.- Aludíamos también a una segunda consideración de la que nuestro análisis revisorio no puede prescindir. En efecto, en los hechos enjuiciados y que fueron objeto de condena por el delito de sedición previsto en el art. 544 del CP, el reparto funcional que es propio de este delito dibujó con nitidez dos bloques de responsables. De un lado, aquellos que ejercían cargos de representación pública en el Govern de la Generalitat o en el Parlament; de otro, aquellos que, en su calidad de dirigentes de entidades sociales, asumieron el protagonismo y la dirección de las movilizaciones tumultuarias que pretendían crear el ambiente de hostilidad necesario para forzar el inviable logro de la vigencia de las leyes de transitoriedad.

Derogado el delito de sedición y en el trance de aplicar el delito de desórdenes públicos, que incorpora como elemento nuclear del tipo la ejecución de concretos actos de violencia o intimidación, ese diferente protagonismo tiene que tener obligado reflejo.

Formarían parte del primero de los bloques los condenados Sres. Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn y las Sras. Forcadell y Bassa. En el segundo se integrarían los Sres. Cuixart y Sánchez.

Es cierto que los hechos descritos en el juicio histórico de nuestra sentencia sólo fueron posible como consecuencia de una acción concertada

entre todos los acusados, con una distribución de roles funcionales que hizo realidad el movimiento sedicioso. Sin la contribución de cada uno de ellos y sin la recíproca aceptación de las tareas legislativas y de la movilización ciudadana, todo habría sido distinto. Pero de lo que se trata ahora no es de constatar el apoyo que todos los acusados hicieron explícito para activar e incluso amplificar la movilización ciudadana. De eso existen pasajes en el relato de hechos probados que el Ministerio Fiscal y la acción popular se encargan de subrayar. Lo que ahora exige el juicio revisorio es decidir si todos y cada uno de los acusados pueden ser considerados autores de una conducta en la que, derogada la sedición, carece de relevancia típica la verdadera tarea que entonces asumieron. Una conducta, en fin, en la que la antijuridicidad consiste en la ejecución de actos violentos o intimidatorios.

Nuestro trabajo, en definitiva, no puede perder de vista que la reforma de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, no ha procedido a dar nueva redacción al delito de sedición, que ahora se llamaría *delito de desórdenes públicos*. No ha llevado a cabo un desplazamiento o sustitución de los tipos penales. Lo que ha hecho ha sido suprimir, sin más, el injusto que antes abarcaba el art. 544 del CP. El actual delito de desórdenes públicos es un *aliud* respecto del derogado delito de sedición. Esta afirmación no es novedosa. La proclamábamos en la sentencia que está en el origen de esta revisión y la reiteramos en el informe elaborado por esta Sala, fechado el 26 de mayo de 2021, con ocasión del expediente de indulto que declaró extinguidas las penas privativas de libertad impuestas a los condenados. Decíamos entonces que «... *el delito de sedición no es, desde luego, la respuesta penal del Estado a los excesos en el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación. Lo que el hecho probado de nuestra sentencia declara -por más que lecturas parciales e interesadas reiteren lo contrario- no es identificable con el simple desbordamiento de los límites del orden público. Antes al contrario, lo que describe el juicio histórico es un ataque a la paz pública y a la observancia de las leyes y resoluciones judiciales como fundamento de la convivencia en el marco constitucional*»

De ahí que el examen de la subsunción no pueda verificarse con la reduccionista metodología que representa afirmar que el compartido acuerdo de los coautores respecto de los elementos que daban vida al delito de sedición y que se refleja en el hecho probado -movilización tumultuaria, inobservancia de las leyes e incumplimiento de las resoluciones judiciales- puede ahora interpretarse como la responsabilidad incondicional de todos los acusados respecto de los actos de violencia o intimidación que pudieron acompañar a esos hechos.

Los límites impuestos por el principio de culpabilidad, una vez derogada la sedición y, de modo especial, cuando toca analizar un renovado juicio de tipicidad como consecuencia de la reforma, impiden asumir sobrevenidas condenas de los responsables gubernamentales y legislativos como autores de un delito en el que la acción típica se describe ahora como la ejecución de *«actos violentos o intimidatorios con el fin de atentar contra la paz pública»*. La imputación recíproca que es propia de los delitos de concurrencia no puede desbordar su significado dogmático. La lógica distribución de roles en el episodio sedicioso no puede ser la fuente de una responsabilidad objetiva en la que *«todos responden de todo»*, resucitando así el *«versari in re illicita»* tan denostado por la ciencia penal.

Que los hechos declarados probados en la sentencia que abre la presente ejecutoria implicaron una movilización tumultuaria y violenta está fuera de cualquier duda. Pero no basta esta constatación para transformar el previo concierto para la comisión de un delito de sedición, una vez derogado éste, en el previo concierto para la comisión de un delito de desórdenes públicos que, como venimos insistiendo, exige como elemento nuclear la ejecución de actos violentos o intimidatorios o, en su caso, la conspiración, la provocación o proposición para hacerlos realidad. No existe, en suma, sostén fáctico para afirmar que la autoría por parte de D. Oriol Junqueras, Dña. Carme Forcadell, Dña. Dolores Bassa, D. Josep Rull, D. Jordi Turull, D. Raül Romeva consistió en ejecutar los actos concretos de violencia o intimidación descritos en el factum y que podrían dar vida a la existencia de un delito de

desórdenes públicos que, en cambio, como se razona más adelante, sí es perfectamente atribuible a los condenados Sres. Cuixart y Sánchez.

La ejecución de actos violentos o intimidatorios imputables a cada uno de los acusados tiene que reflejarse con absoluta claridad en la narración fáctica. El apoyo incondicional a las movilizaciones ciudadanas con ocasión del referéndum, los mensajes favorecedores de la participación en la consulta y la petición de libertad a los detenidos no tienen encaje -no pueden tenerlo- en el delito de desórdenes públicos, ya sea en la redacción anterior o en la asumida por la reforma de 2022.

El Fiscal, la Abogacía del Estado y la acusación popular enfatizan el significado del previo concierto para delinquir que animaba a todos los acusados y que permitiría ahora dibujar una coparticipación en el nuevo delito de desórdenes públicos. Sin embargo, no es éste el criterio que viene suscribiendo la jurisprudencia de esta Sala, que exige para afirmar la participación criminal algo más que el previo acuerdo de voluntades.

De hecho, esta idea quedó nítidamente reflejada en la sentencia que ahora está siendo objeto de revisión. Como se recordará, las acusaciones imputaban un delito de malversación de caudales públicos a todos los miembros del Gobierno autonómico que suscribieron el Decreto de 6 de septiembre de 2017, por el que se aprobaron las Normas Complementarias para la realización del Referéndum de Autodeterminación de Cataluña y, de modo especial, el Acuerdo del Govern de fecha 7 de septiembre. Sin embargo, pese a la exteriorización de una anticipada voluntad de disponer de los fondos de la Generalitat para la financiación del referéndum ilegal, no todos los acusados fueron condenados por el delito de malversación. Para motivar la absolución de aquellos consejeros que no hicieron efectiva la disposición de fondos, pese al acuerdo que habían suscrito, razonamos en los siguientes términos: *«... la Sala considera que esos acuerdos reglamentarios (...) refuerzan el significado de la actuación concertada de los acusados. Pero ni la dogmática ni la jurisprudencia actual admiten la suficiencia del simple acuerdo de voluntades para proclamar la coautoría en supuestos de codelincuencia ya*

consumada. De ahí que (...) al analizar el juicio de autoría, solo aquellos Consejeros que materializaron actos de dispendio en ejecución de ese acuerdo, van a ser objeto de condena (cfr. SSTTS 314/2010, 7 de abril; 434/2007, 16 de mayo y 850/2007, 18 de octubre, entre otras muchas).

A esta dificultad se añade otra derivada de las exigencias del principio acusatorio y del derecho a un proceso con todas las garantías. El interrogatorio del grupo de condenados que hemos incluido en el «*bloque gubernamental*» nunca tuvo por objeto dilucidar su participación en los concretos actos de violencia o intimidación que luego se produjeron. El previo concierto entre los sediciosos, subrayado por el Fiscal en sus alegaciones, y la consiguiente puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el delito de sedición lo fue para hacer realidad, con un estratégico reparto de roles, un movimiento encaminado a la derogación, fuera de las vías legales, de las normas que hacen posible la convivencia democrática. Se trataba, en suma, de una distribución interesada de roles en la que unos condenados activaban los procesos legislativos, otros dictaban las normas administrativas de pretendida cobertura y otros, en fin, dirigían y materializaban los actos violentos e intimidatorios que siguieron al alzamiento público y tumultuario que exigía el derogado art. 544 del CP.

La tarea que incumbe a la Sala para formular el renovado juicio de subsunción ha de tomar como irrenunciable premisa metodológica la integridad del relato de hechos probados que proclamamos en la sentencia que abre la presente ejecutoria. No podemos reescribir el *factum*. Cualquier intento de lograr una forzada adaptación de la tipicidad podría ser contrario a los principios que legitiman la aplicación de la norma penal, en la medida en que nos obligaría a una inferencia excesivamente audaz acerca de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que exige la nueva redacción del art. 557 del CP. El juicio revisorio que procede, ya en la fase de ejecución del proceso, no autoriza un cambio de calificación construido a partir de «*retales de tipicidad*» que son dispuestos de forma voluntarista para encajar los hechos probados en los nuevos preceptos.

La sentencia que ahora revisamos opera como infranqueable límite para concluir si los hechos proclamados como probados son o no subsumibles en el reformado delito de desórdenes públicos. No se trata, pues, de pronunciarnos tomando como referencia diligencias previas todavía en tramitación o escritos de acusación pendientes de señalamiento. En estos casos, sólo un análisis de las imputaciones, tal y como resulten individualizadas, permitirá postular la calificación jurídica más acertada.

4.1.3.- Pero constatar que la equiparación entre el previgente delito de sedición y el actual delito de desórdenes públicos es una simplificación analítica, no libera a esta Sala de hacer un juicio revisorio -que ha de tener necesariamente distinto alcance- cuando se trata de analizar los hechos ejecutados por los responsables no gubernamentales del movimiento sedicioso. Hablamos, claro es, de los Sres. Sánchez y Cuixart.

El análisis del relato de hechos probados evidencia sin dificultad alguna el papel desempeñado por ambos en los acontecimientos que se desarrollaron en torno a la Vicepresidencia y Consejería de Economía y Hacienda el día 20 de septiembre. La alteración de la paz pública y la existencia de actos intimidatorios como consecuencia de la concentración de 40.000 personas que protestaban por la presencia de agentes de la Guardia Civil que acompañaban a la Letrada de la Administración de Justicia para la práctica de un registro judicialmente autorizado, se narra en los siguientes términos: «...La movilización impidió que la Guardia Civil pudiera introducir en el edificio a los detenidos, quienes debían estar presentes en el registro, conforme disponen las leyes procesales. También impidió que pudiera ser atendida la orden judicial con plena normalidad. Los vehículos de la Guardia Civil, tres Nissan Patrol con distintivos oficiales y matrículas PGC-5313-N, PGC-2446-N y PGC 5314-C, y cuatro vehículos camuflados Renault Megane PGC-8401-C, Ford Focus PGC-8019-C, Laguna Renault PGC-6504-B y Hyundai 120 PGC-8784-C, terminaron con importantes destrozos».

Del mismo modo, la fedataria judicial se vio obligada a retrasar su salida del edificio a la vista del riesgo que para su integridad física podían

representar los concentrados. Se consiguió así preparar una salida para que «... pudiera abandonar el lugar con seguridad, infiltrándola entre los espectadores que abandonaban el teatro sito en el inmueble colindante, al que hubo que acceder desde la azotea de los edificios. El resto de los agentes de la Guardia Civil pudo salir cuando la manifestación ya se hubo disuelto, haciéndolo concretamente en dos turnos, uno a las 04,00 de la madrugada del día 21 de septiembre, y el otro a las 07.00 horas de esa misma fecha. (...) La efectiva dispersión de los últimos manifestantes tuvo lugar, ya entrada la madrugada, a raíz de unas cargas policiales ejecutadas por la brigada antidisturbios de los Mossos».

En ese episodio el papel del condenado Sr. Sánchez «...se erigió en el interlocutor de la movilización ante los agentes policiales actuantes e impuso condiciones para el efectivo desarrollo de su función, negando a los agentes de la Guardia Civil que pudieran introducir a los detenidos en el edificio, salvo que asumieran conducirlos a pie entre el tumulto. Igualmente se negó a que los agentes de la Guardia Civil pudieran hacerse cargo de los vehículos policiales, si no se acercaban a pie, sin garantía alguna de indemnidad, hasta el lugar donde estaban estacionados atravesando la masa de personas que los rodeaban. Al ser informado por los agentes de que en el interior de esos coches había armas, dispuso lo necesario para aislar los vehículos».

En la misma tarde del día 20, el Sr. Cuixart «...dirigiéndose a los congregados exigió la liberación de todos los detenidos y retó al Estado a acudir a incautar el material que se había preparado para el referéndum y que tenían escondido en determinados locales».

De su papel en los hechos que acaecieron a las puertas de la Vicepresidencia y de su dominio funcional sobre esos incidentes es bien expresivo el siguiente pasaje: «...sobre las 23.41 horas, ambos acusados D. Jordi Sánchez y D. Jordi Cuixart, subidos sobre uno de los coches oficiales de la Guardia Civil, se dirigieron una vez más a los presentes. El Sr. Cuixart manifestó hablar en nombre de las entidades soberanistas, así como del PDeCat, ERC y la CUP-CC, proclamando que "todos estaban alzados" para

luchar por su libertad y afirmó que "...desde ese altar" -en clara referencia al vehículo policial- el Sr. Sánchez y él querían convocar a todos los asistentes a una movilización permanente en defensa de los detenidos, emplazándoles a una concentración que tendría lugar a las 12.00 horas del día siguiente, en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Por su parte, D. Jordi Sánchez volvió a dirigirse a la multitud diciendo que ni el Tribunal Constitucional, ni Rajoy, ni la Guardia Civil, ni nadie lograría impedirlo y, tras instar a los congregados a que abandonaran la movilización de ese día, les pidió que acudieran a la manifestación del día siguiente ante el Tribunal Superior. (...) Estos actos fueron promovidos, dirigidos y queridos por los acusados Sres. Sánchez y Cuixart, que mantuvieron la convocatoria hasta las 00,00 horas - momento en el que se había fijado y comunicado previamente su finalización-, llamando entonces a la manifestación permanente y a presentarse a exigir la libertad de los detenidos al día siguiente ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña».

Todo indica, por consiguiente, que los Sres. Cuixart y Sánchez ejecutaron actos de violencia sobre las cosas y actos intimidatorios que afectaron a la Letrada de la Administración de Justicia y a los agentes de la Guardia Civil, acciones con pleno encaje típico, en la fecha de los hechos, en el delito de sedición del derogado art. 544 del CP. Sus respectivas acciones, despojadas ahora por su irrelevancia de la finalidad de promover la inobservancia de las leyes y el incumplimiento de las resoluciones judiciales, son subsumibles en el delito de desórdenes públicos.

Ambos fueron condenados como autores de un delito de sedición a las penas de 9 años de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos, o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena.

Las penas previstas para el delito de desórdenes públicos en la redacción vigente en la fecha de los hechos, tanto para el tipo básico como

para el agravado (arts. 557 y 557 bis del CP), no incluían la pena de inhabilitación absoluta que les fue impuesta como autores de un delito de sedición. El delito de desórdenes públicos, conforme a la redacción introducida por la reforma de 2022, no contempla en el tipo básico la pena de inhabilitación, pero el tipo agravado previsto en el apartado 2º del art. 557 sí prevé la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 5 años o de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 8 años si los autores se hallaren constituidos en autoridad.

En la opción acerca de la legislación aplicable en el renovado juicio de tipicidad, cualquiera de las alternativas posibles permite concluir que los Sres. Sánchez y Cuixart, una vez indultada la pena privativa de libertad por el delito de sedición y derogada su vigencia, habrían extinguido la pena de inhabilitación absoluta que les fue impuesta por tiempo de 9 años.

En efecto, si se estimara que la norma aplicable al delito de desórdenes públicos es la vigente en el momento de los hechos, la inhabilitación absoluta dejaría paso a una inhabilitación especial de carácter accesorio (art. 56.1.2 del CP) de la misma duración que la pena principal. Si consideráramos que los hechos son calificables con arreglo al tipo básico (1 a 3 años), o si se entiende, a efectos puramente analíticos, que tienen cabida en el tipo agravado (1 a 6 años), la pena concreta que impondríamos con arreglo a la nueva regulación (2 años de inhabilitación especial para el tipo básico, 4 años para el agravado) no excedería, en ninguno de los casos, del tiempo de cumplimiento que ya han acreditado respecto de la inhabilitación absoluta (4 años, 8 meses y 7 días).

Procedería, en consecuencia declarar extinguida la pena por cumplimiento.

Para el caso en que se optara por calificar los hechos con arreglo a la nueva redacción del delito de desórdenes públicos, que contempla una pena de 1 a 3 años de prisión en el tipo básico (art. 557 del CP), la inhabilitación que vienen sufriendo los condenados también estaría ya extinguida. En la hipótesis

en que se estimara que su conducta es incardinable en el tipo agravado, castigado con una pena de prisión de 3 a 5 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo, el cumplimiento ya acreditado de la pena de inhabilitación absoluta (4 años, 8 meses y 7 días) provocaría también el efecto extintivo de una pena que, individualizada con arreglo al hecho declarado probado, no excedería de 4 años de inhabilitación.

Pero más allá de ese cálculo -que en el presente caso carece de efectos prácticos cuando se trata de determinar el momento de la extinción de la condena-, la aplicación de un precepto agravado que no existía en el momento de la comisión de los hechos, castigado con pena más grave a la prevista en la redacción previgente, no deja de ofrecer dificultades.

Por consiguiente, resulta procedente declarar extinguida la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años que fue impuesta a los Sres. Sánchez y Cuixart como autores de un delito de sedición.

4.1.4.- Al margen del juicio revisorio impuesto por la entrada en vigor de la LO 14/2022, 22 de diciembre, en lo que afecta a la condena de los acusados como autores de un delito de sedición y que ha sido objeto de análisis en los apartados precedentes, la Sala deberá examinar si los hechos declarados probados pueden ser calificados como constitutivos de un delito de desobediencia del art. 410 del CP. En él se castiga con las penas de multa de 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años a las *«...autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales (...) dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestida de las formalidades legales»*.

Y ya anticipamos que los autores que hemos calificado como integrantes del bloque gubernamental -Sres. Junqueras, Romeva, Rull, Turull, Forn y las Sras. Forcadell y Bassa- incurrieron en el delito que castiga la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (STS 263/2001, 24 de febrero). La jurisprudencia ha aclarado, a la hora de

interpretar el vocablo «*abiertamente*», que éste ha de entenderse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer (STS 485/2002, 14 de junio). O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «*la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde*» (STS 1203/1997, 11 de octubre).

Así se hizo constar en el relato de hechos probados, en el que se describen los sucesivos requerimientos del Tribunal Constitucional que fueron obviados por los condenados y a cuya literalidad nos remitimos.

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

4.2.- Los acusados Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa fueron condenados también como autores de un delito de malversación, previsto y penado en el art. 432.1 y 3, párrafo último, del Código Penal, con arreglo a la redacción vigente en el momento del enjuiciamiento de los hechos.

La reforma operada por la LO 14/2022, 22 de diciembre, ha dado nueva redacción al delito de malversación de caudales públicos. En lo que afecta al juicio revisorio que centra nuestra atención, merecen ser destacadas estas novedades.

El nuevo art. 432 del CP establece lo siguiente:

«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 tratase 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».

Se ha añadido un nuevo art. 432 bis en el que se dispone:

«La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior».

En su nuevo contenido, el art. 433 establece lo siguiente:

«La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare».

La reforma incorpora en el art. 433 ter una definición de lo que, a efectos penales, debe entenderse por patrimonio público: *«...se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas».*

4.3.- También ahora se impone un examen de la modificación de este delito, con el fin de verificar si los nuevos enunciados implican una rebaja de las penas asociadas a las conductas que fueron declaradas probadas en nuestra sentencia. En tal caso, operaría de forma obligada, por mandato del art. 2.2 del CP, el principio constitucional de retroacción de la norma penal más favorable.

El juicio de contraste entre el art. 432 previgente y el que ahora define las exigencias típicas del delito de malversación ha de obtenerse a partir de la literalidad de los preceptos introducidos por la LO 14/2022, de la voluntad legislativa que ha inspirado la reforma y, en lo que resulte aplicable, de la jurisprudencia que, desde hace ya muchas décadas, ha interpretado los elementos típicos del delito de malversación.

Pues bien, la Exposición de Motivos se refiere a la existencia de *«tres niveles (sic) de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin ‘animus rem sibi habendi’ y con su posterior reintegro (artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433)»*.

Con esta nueva visión del delito de malversación, el legislador abandera *«...un regreso al modelo tradicional español»*. Se alude también a la inspiración que han ofrecido para la reforma los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno europeo, con cita expresa de países como Alemania, Francia, Italia y Portugal.

4.4.- La condena de los acusados lo fue en calidad de autores de un delito -el derogado art. 432 del CP- que castigaba a la autoridad o funcionario público que administrara deslealmente el patrimonio público. La Sala consideró acreditado que el caudal de dinero público puesto al servicio de la financiación del referéndum ilegal encerraba un ejemplo paradigmático del desvío de fondos presupuestarios para el ejercicio de una actividad ilegal. Porque ilegal había sido la convocatoria de un acto referendario prohibido por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La reforma operada por la LO 14/2022, 22 de diciembre, en lo que denomina *«tres niveles de malversación»*, ha querido diferenciar la apropiación de fondos por parte del autor, ya sea para sí o para un tercero (art. 432); el uso privado y temporal de bienes públicos sin el propósito de apoderamiento (art.

432 bis); y el simple desvío presupuestario de fondos o gastos de difícil justificación (art. 433). La respuesta penal más intensa se residencia en el acto apropiativo, mientras que al uso no lucrativo de esos fondos y al desvío presupuestario se asocian penas de menor duración.

4.4.1.- De lo que se trata, por consiguiente, es de discernir si los hechos declarados probados en nuestra sentencia merecen ahora ser calificados como actos no apropiativos, destinados a un uso temporal y privado del patrimonio público, castigados con pena de prisión de 6 meses a 3 años, inferior a la que fue impuesta a los condenados. Si bien se mira, nuestro análisis está condicionado por el hecho de que la aplicación atenuada de este precepto se ha sometido por el legislador a la devolución de los fondos *«...dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso»*, decisión que no fue asumida por ninguno de los acusados. En consecuencia, los hechos declarados probados no merecen el tratamiento atenuatorio que dispensa el art. 432 bis del CP, en la medida en que, entre otras razones, no existió restitución de los fondos públicos utilizados.

Al margen de ello, conviene tener en cuenta que el ánimo de lucro no desaparece en lo que el legislador denomina *«...usos privados del patrimonio público»*. Son imaginables, desde luego, *«malversaciones de uso»*. Por ejemplo, la STS 740/2013, 7 de octubre, calificó así el traslado de un televisor al domicilio particular sin la solicitud de la correspondiente autorización. Y la STS 849/2016, 29 de noviembre, llegó a la misma conclusión en el supuesto de un Policía Municipal que retiró del depósito y utilizó para usos propios un vehículo allí depositado.

Pero ya anticipamos que la atenuación prevista en los supuestos de devolución del bien malversado en el plazo de 10 días siguientes al de la incoación del proceso no está exenta de problemas, cuya consideración excede del objeto de esta resolución. Baste sólo apuntar el equívoco que alienta el nuevo precepto por su redacción en términos negativos (*«si el culpable no reintegrara...»*) y las dificultades para excluir el ánimo lucrativo entendiendo que sólo ha habido un *«uso privado»* cuando los diez días se

computan tomando como referencia cronológica un término (*«la incoación del proceso»*) que puede permitir usos más que prolongados del bien público, incompatibles con la ausencia de una ventaja lucrativa.

La jurisprudencia de esta Sala fue especialmente restrictiva en la aplicación de este precepto, también en la interpretación del plazo de devolución, derogado en la reforma del año 2015 y restablecido ahora en su vigencia. Declaramos, por ejemplo, que el ánimo de apropiación definitiva es incuestionable *«...por más que, en un momento dado posterior a las plurales sustracciones, el acusado confesara y devolviera lo sustraído, ya que la restitución no es suficiente para aplicar el art. 433 y no el 432, pues lo definitivo es el ánimo transitorio o definitivo de la sustracción (STS de 30 de noviembre de 1.994) y el reintegro -verificado el propósito inicial de apropiación- implica un "actus contrarius" al delito ya consumado, y la restitución posterior de lo sustraído con intención definitiva no hace desaparecer el delito del art. 432 (STS de 3 de febrero de 1.995)»* (STS 657/2004, 19 de mayo).

En línea similar habíamos declarado que resultaba inviable la aplicación del precepto atenuado cuando *«...la actuación apoderativa del acusado estuvo presidida por un ánimo de incorporar permanentemente a su patrimonio los 4.413,47 euros recibidos. Así lo demuestra el hecho de que, tras recibir en mano tal cantidad de efectivo, la hiciera directamente suya, no siendo sino más de un año después cuando decidió reintegrar el dinero del que había dispuesto a título particular, y ello porque tuvo noticia de que se había descubierto la situación irregular, única razón que lo llevó a depositar una cantidad similar en la cuenta bancaria abierta a nombre de la E.L.A»* (STS 497/2012, 4 de junio).

Por tanto, más allá de la existencia de numerosos pronunciamientos de esta Sala, de innecesaria reseña, lo cierto es que los condenados Sres. Junqueras, Romeva, Rull y la Sra. Bassa no pueden ver calificadas sus respectivas conductas como constitutivas de un delito atenuado del art. 432 bis, tanto por las dificultades para aceptar el carácter privado, no lucrativo, de

la decisión de aplicar el patrimonio público en la financiación de un referéndum ilegal promovido y alentado desde los órganos de gobierno autonómico que dirigían, como por la inexistencia de un acto de restitución de esos fondos que, como es notorio, no se ha producido.

4.4.2.- Debemos abordar también la posibilidad de que los hechos declarados probados puedan ser encajados en el nuevo art. 433 del CP, que castiga con pena inferior a la que fue impuesta a los condenados en aquellos casos en los que se diere al patrimonio público que se administrara *«...una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado»*.

De lo que se trataría, en fin, es de analizar si la decisión de los condenados de aplicar fondos a la celebración del referéndum del 1 de octubre puede etiquetarse como una resolución integrable en el espacio funcional propio de un dirigente político a la hora de tomar decisiones acerca del destino de los fondos públicos.

Y ya anticipamos que la respuesta es negativa.

El precepto introducido por la reforma de 2022 es una copia literal del predemocrático art. 397 del CP. La única diferencia radica en que, mientras que el Código Penal ya histórico castigaba esa conducta con las penas de multa e inhabilitación, ahora el delito puede castigarse, en su forma agravada, con una pena de prisión de 1 a 4 años cuando *«...resultare daño o entorpecimiento graves al servicio público»*. El legislador ha entendido que en supuestos de ausencia de ánimo de lucro, en los que el patrimonio público se vincula a una finalidad pública, eso sí, distinta de aquella a la que inicialmente estuviera destinado, la pena ha de atenuarse sensiblemente, hasta el punto de que, en aquellos casos en que no queda acreditado ese daño o entorpecimiento graves, las penas pueden limitarse a una multa e inhabilitación.

Bajo la vigencia del Código Penal de 1995, que derogó el precepto cuyo enunciado ahora se restablece, la jurisprudencia había declarado

reiteradamente el carácter atípico del destino de los caudales públicos a un fin ajeno -pero también público- al expresamente previsto (por todas, cfr. SSTs 914/2012, 9 de noviembre).

Tiene toda la lógica que en aquellos casos en los que la decisión de la autoridad o funcionario público encargado de la administración del patrimonio del Estado se limite a una corrección presupuestaria operada fuera de los términos legales, el legislador advierta una diferencia valorativa frente a otros actos apoderativos o de simple utilización no lucrativa.

Cuestión distinta es que la infracción de las normas reguladoras de las transferencias de una a otra partida presupuestaria adquiera ahora relevancia penal. De hecho, la dogmática siempre mostró un criterio contrario a la vigencia del art. 397 -ahora reescrito por el art. 433-, al estimar que contrariaba el principio de intervención mínima que ha de informar la aplicación de la norma penal.

Sostener que esas transferencias no tienen que ser constitutivas de delito no significa apostar por su irrelevancia jurídica. De hecho, la *Directiva 2017/1371, 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*, incluye en el concepto de malversación «...utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos», pero condiciona su protección reforzada a que esa utilización «...perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión».

Ya en el ámbito del derecho administrativo, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, consagra en su art. 42 el principio de especialidad de los créditos y establece que «los créditos para gastos se destinarán exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos o a la que resulte de las modificaciones aprobadas conforme a esta ley». Y el art. 51 señala que «la cuantía y finalidad de los créditos contenidos en los presupuestos de gastos

sólo podrán ser modificadas durante el ejercicio, dentro de los límites y con arreglo al procedimiento establecido...».

La vulneración de esas normas puede generar una responsabilidad patrimonial que se define y sanciona en los arts. 176 y 177 de la Ley Presupuestaria.

4.4.3.- La jurisprudencia de esta Sala venía siendo rigurosa frente a alegaciones defensivas que han pretendido la exoneración o la atenuación de las conductas imputadas por el hecho de que el destino de los fondos no era ajeno a un fin público.

Es el caso, por ejemplo, de la STS 1051/2013, 26 de septiembre, referida a la adquisición con dinero público de una entidad audiovisual para poseer un medio de comunicación y difusión de los intereses de un partido político que había asumido las funciones de gobierno. Es también el caso del Alcalde y Concejal que, sin estar acreditado su beneficio, firmaban órdenes de entrega de dinero a numerosos ciudadanos a título de préstamo para diversas necesidades de los vecinos (cfr. STS 506/2014, 4 de junio). Hemos declarado irrelevante que el fin último de la subvención fuese de interés público, entendiendo que concurre ánimo de lucro, pues la mera liberalidad a favor de una empresa tiene una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos (cfr. STS 797/2015, 24 de noviembre). Y también hemos rechazado como argumento atenuatorio el hecho de que la transferencia de fondos públicos fuera realizada desde una entidad pública a otra o que la constitución de un entramado de sociedades públicas obedeciese a la legítima finalidad de agilizar el desarrollo del municipio (cfr. STS 625/2015, 22 de diciembre).

Por consiguiente, esta Sala no puede aceptar que el art. 433, inciso final, introducido por la reforma de 2022, opere como un tipo atenuado por el simple hecho de que el destino de los fondos públicos se presente como una decisión emanada de la autoridad o funcionario con capacidad para administrar esos fondos y, por tanto, para decidir su aplicación. No bastará que

la decisión desleal haya sido revestida con las formalidades que acompañan a los actos administrativos y que aquélla sea adoptada por el órgano competente. Sería contrario a la más elemental lógica jurídica entender que quien hace suyos los fondos públicos incurre en una pena que puede llegar a los 8 años de prisión y quien los destina a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- pueda ser castigado con una pena de multa.

Una solución interpretativa alternativa a la que ahora adoptamos podría ser contraria no sólo al valor axiológico que determina la protección penal de los fondos públicos, sino al reforzado compromiso asumido por nuestro país para proteger los fondos públicos de la Unión Europea. Así lo expresa la *Directiva 2017/1371, 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal*, que en su art. 7 proclama el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el delito de malversación que afecte a esos fondos comunitarios sea punible, en algunos casos, con una pena máxima de, al menos, 4 años de prisión y, con carácter general, «...con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

4.4.4.- A la vista de cuanto antecede, los hechos declarados probados en nuestra sentencia nunca podrán recibir el tratamiento privilegiado que representa la aplicación del art. 433 del renovado Código Penal. 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. El art. 432 del CP incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal.

La Abogacía del Estado sostiene que, en la medida en que la sentencia que está siendo objeto de revisión condenó con respaldo del art. 432.1 del CP, por remisión al art. 252 -que castigaba la deslealtad en la administración de los caudales públicos- y no con la cobertura que ofrecía el art. 432.2, que se remitía al art. 253 -que castigaba los actos de apropiación-, los hechos descritos en el factum han de ser ahora encajados en el renovado art. 433 del CP, que prevé penas sensiblemente inferiores a las impuestas. Se trataría así de encajar los gastos invertidos por los condenados en la difusión y celebración del referéndum en un acto aplicativo a un fin público distinto de aquel para el que esos fondos estaban presupuestados, decisión que -se arguye- no estaba inspirada por el ánimo de lucro.

En las alegaciones hechas valer por la defensa de los condenados Sres. Junqueras y Romeva y la Sra. Forcadell, combinando la voluntad legislativa extraída de la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, 22 de diciembre, la ausencia de ánimo de lucro y el hecho de que la financiación y promoción del referéndum nunca implicaron actos apropiativos, se concluye que, a raíz de la reforma, es obligado declarar extinguida la responsabilidad criminal, al estimar que los hechos declarados probados no son encajables en alguno de los renovados preceptos penales.

La Sala no puede identificarse con este criterio.

De entrada, porque el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos que *«...la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos»*.

De ahí que los actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos seguirán teniendo cabida en el art. 432 del CP. Entender que los «tres niveles de malversación» a que se refiere la Exposición de Motivos, con la consiguiente reordenación de los nuevos tipos penales, ha degradado la relevancia típica de la administración desleal de los fondos públicos no puede ser aceptado. De hecho, conduciría a la inadmisibles incongruencia de premiar al funcionario que administra fondos públicos frente al particular que toma decisiones sólo relevantes para un patrimonio privado. No se olvide que el art. 252 del CP castiga al particular con penas que pueden llegar, en función de las circunstancias agravatorias precisadas en el art. 250 del CP, hasta los 8 años de prisión -10 años si se tratara de un delito continuado-, siempre que infrinja las facultades que le hayan sido concedidas para administrar un patrimonio ajeno, excediéndose en el ejercicio de las mismas. Admitir que los actos de deslealtad de una autoridad o funcionario público ya no tienen cabida en la definición de «apropiarse» y han de ser tratados con arreglo a los nuevos arts. 432 bis y 433, nos situaría en un escenario de inasumible incongruencia. El particular que excede de la habilitación que le ha sido concedida para definir el destino de los fondos privados cuya administración le ha sido atribuida puede ser castigado con penas de hasta 8 años de prisión y la autoridad o funcionario que hace lo propio con fondos públicos puede ser premiado, en función de los casos, hasta con pena de multa.

Al margen de lo expuesto, a la conclusión que obtiene la Sala acerca de que los actos de deslealtad en la administración de fondos públicos, siempre que se derive un perjuicio para el Estado, siguen alojados en el art. 432 y no en el renovado art. 433 del CP es coincidente con el criterio de la Fiscalía General del Estado, tal y como se expresa en el Decreto de 25 de enero de 2023.

4.4.5.- La lectura del hecho probado demuestra que cualquiera de las interpretaciones referidas en los apartados precedentes conduce al mismo desenlace. Los hechos por los que los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa fueron condenados como autores de un delito de malversación del

art. 432.1, inciso final, tienen ahora plena cabida en el art. 432.1 y 2, último párrafo, en el que la malversación del patrimonio público por cuantía superior a 250.000 euros se castiga con la pena de prisión de 4 a 8 años -que fue declarada extinguida por el indulto- y con la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 10 a 20 años que, tratándose de un delito continuado puede incrementarse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 del CP).

Que los actos de deslealtad cometidos por los acusados, ejecutados en una acción concertada, fueron también actos apropiatorios se obtiene de distintos pasajes del factum. Así, por ejemplo, se alude a la contumaz y persistente actitud compartida de celebración del referéndum ilegal: *«...ello determinó al acusado Sr. Junqueras -en concierto con los acusados que luego se dirán- a intentar ocultar los gastos realizados para la celebración del referéndum, ya disimulando su finalidad mediante un cambio de etiquetado, ya canalizándolos como parte de muy diversas partidas presupuestarias, atribuyéndoles la finalidad o destino que eran propios del resto de la partida presupuestaria. Se disimulaba así su específico destino a la ilícita consulta».*

La distracción de esos y otros fondos públicos por parte de las autoridades encargadas de definir su destino aparece reflejada en el apartado 13.2 del factum. El voluntario desvío del patrimonio público implicó la asunción de gastos *«...ajenos a cualquier fin público lícito y se ordenaron careciendo de cobertura presupuestaria».* Así se expresa en el citado pasaje:

«...Los gastos del referéndum relacionados con la publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y aplicaciones informáticas, son expresivos de la consciente y voluntaria desviación de destino de los fondos públicos. Supusieron gastos ajenos a cualquier fin público lícito y se ordenaron careciendo de cobertura presupuestaria. Fueron canalizados a través de la estructura de los departamentos de Vicepresidencia y Economía, Presidencia, Exteriores,

Trabajo, Salud y Cultura. Se hicieron así realidad, con los matices que luego se expresan, unos gastos previsibles a partir del acuerdo plasmado por escrito el 6 de septiembre de 2017 y que fue la diáfana expresión de su consorcio delictivo»

Y en esa «desviación del destino de fondos públicos» a la que se alude en este apartado no podemos ver una simple rectificación contable que aspire al tratamiento privilegiado que proporciona el nuevo art. 433 del CP. No se trata de una decisión en la que las cantidades presupuestadas para un fin se destinan a otro fin encajable en la ordinaria prestación de los servicios públicos que justifican la actividad administrativa. Lo que se acordó por los condenados fue su adscripción a una actividad delictiva impulsada por ellos mismos y que está en el origen de su condena por un delito de desobediencia.

La narración fáctica da también cuenta de la activación por la Administración del Estado de los mecanismos de control encaminados a prevenir esos gastos. Consta también la tenaz desatención asumida por los condenados frente a esos requerimientos emanados de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos:

«...En septiembre de 2017, la Interventora General de la Generalidad dejó de remitir información al Ministerio de Hacienda comunicando que el Vicepresidente y Consejero de Economía y Hacienda, D. Oriol Junqueras, prescindía de la obligación de remitir información contable, y como responsable jerárquico, dispensaba de hacerlo a los interventores concernidos. En estas circunstancias, ante la grave quiebra de los principios de la Ley Orgánica 2/2002 y el incumplimiento del resto de obligaciones económico-financieras asumidas por el Gobierno de la Generalidad, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos por Acuerdo de 15 de septiembre de 2017, publicado por Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre (BOE de 16 de septiembre de 2017), incrementó los controles fijados y ya incumplidos, y estableció un mecanismo de gestión de pago de determinados créditos presupuestarios de manera directa a los acreedores de la Generalidad, solo contra factura comunicada por la Interventora General. Además de esto,

sometió a autorización previa del Consejo de Ministros todas las operaciones de endeudamiento de la Comunidad, incluidas las operaciones a «corto plazo». Entre muchas otras medidas, se disponía que todos los órganos de contratación e interventores que fiscalizaran las actuaciones administrativas dirigidas a la entrega de bienes o prestación de servicios a la Comunidad Autónoma de Cataluña o las entidades de su sector público, debían emitir una «declaración responsable» en la que constase que dichos bienes o servicios no guardan relación con la financiación de actividades ilegales, debiendo entregarse dicha declaración responsable al adjudicatario y al Ministerio de Hacienda. También se disponía que la Generalitat no podría ordenar la realización material de ningún pago por medio de servicios contratados con entidades de crédito sin acompañar un certificado del interventor que permitiera comprobar que el pago no guardara relación de cualquier índole con la financiación de actividades ilegales o prohibidas por los Tribunales».

De forma conclusiva, afirmábamos lo siguiente en la motivación del juicio de autoría del delito de malversación por el que fueron condenados: *«...centrados, pues, en el ilícito de malversación, los gastos relacionados con el referéndum, como los relativos a publicidad institucional, organización de la administración electoral, confección del registro de catalanes en el exterior, material electoral, pago de observadores internacionales y, en fin, aplicaciones informáticas que hubiesen sido llevados a cabo por los acusados, miembros del Govern de Catalunya, supone una consciente, voluntaria concertada e ilícita desviación de destino de los fondos empleados, en cuanto devienen gastos ajenos a cualquier fin público lícito y, además, carecen de cobertura presupuestaria».*

La ilicitud del fin al que se aplicaron esos fondos es un hecho incontrovertible. Así se razonaba en el FJ 2.1.2 de la sentencia ahora revisada, en el que se invocan las decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el Tribunal Constitucional, la Comisión de Venecia y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *«...con la avocación y centralización de las notificaciones del gasto al Ministerio de Hacienda, se posibilitó eludir la eventual negativa a su materialización por el funcionario que hubiera de*

tramitar el expediente, así como posibilitar el maquillaje total o parcial de la naturaleza del gasto».

En el mismo fundamento jurídico se hace referencia al *«...respaldo probatorio de la desesperada lucha de los Sres. Junqueras, Romeva, Turull y la Sra. Bassa para sustraerse a toda posibilidad de control financiero por el Estado».*

Mal puede hablarse de simple acto de indebida o irregular transferencia presupuestaria cuando muchas de esas operaciones implicaron la utilización de facturas falsas y hasta personas interpuestas, con el único fin de ocultar la ilegal distracción de los fondos: *«...el concertado propósito delictivo suscrito por los condenados por el delito de malversación vuelve a hacer acto de presencia en el FJ 2.1.5, en el que se describe la aplicación de gastos ligados a connecta't y al registro de catalanes en el exterior: «...su precisa ubicación en la web del referéndum, como su cronología, en función y promoción de ese referéndum, permiten inferir la simulación y avalar en términos probatorios la procurada clandestinidad de su preparación, elaboración, activación y abono de los gastos generados».*

La simulación en el gasto, como estrategia de distracción de los fondos públicos, se describe también en el FJ 2.1.13:

«...Conviene reseñar, como ejemplificación de la simulación en el gasto, que a raíz del requerimiento de 8 de septiembre de 2017, formulado a la Intervención de la Generalitat, se certificó en las contestaciones a las peticiones de información emitidas desde el día 28 de julio, en cumplimiento del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de julio de 2017, que no se había efectuado ningún gasto relacionado con el proceso referendario».

Y en el FJ 2.1.14:

«De todo ello, se infiere racionalmente (...) que se trataba, por tanto, de un encargo simulado de esta manera por la Generalitat, a quien debían ser facturados los gastos que se iban a generar...».

La misma finalidad de ocultación del gasto se describe en los dos párrafos del FJ 2.1.15 que a continuación se describen:

«...A través de la auditora de UNIPOST, entidad que fue facilitada por la administradora concursal, se averiguó que la anulación de esa facturación y emisión como proforma se realizó conforme, precisamente, un reconocimiento de crédito a largo plazo, que conllevaba consecuentemente el mantenimiento de la nota de entrega, decurso congruente con lo acaecido y que permite inferir que se trataba de una mera simulación en la constante ocultación del gasto que procuraban».

(...) En definitiva, resulta acreditado que la Generalitat encargó a Unipost, en la oculta y clandestina manera con que intentaba disimular los gastos del referéndum, la distribución de 56.000 cartas certificadas con nombramiento de cargos en las mesas electorales y 5.346.734 sobres ordinarios con tarjetas censales, encomienda que importaba 979.661,96 euros y cuya procedencia en esa tarea de enmascaramiento, se dividió en cinco departamentos».

Por cuanto antecede, no resulta procedente la revisión de las condenas impuestas por el delito de malversación de caudales públicos. De hecho, la ruptura del concurso medial entre ese delito y el ya derogado de sedición permitiría ahora movernos en un nuevo marco punitivo que autorizaría la imposición de una pena mínima de 15 años de inhabilitación, asociada al delito continuado de malversación de caudales públicos.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1.- Derogado el delito de sedición, a la vista de las penas asociadas al delito de desobediencia y de la nueva redacción del delito de malversación, los condenados D. Oriol Junqueras (13 años de inhabilitación absoluta), D. Raül Romeva (12 años de inhabilitación absoluta), D. Jordi Turull (12 años de inhabilitación absoluta) y Dña. Dolors Bassa (12 años de inhabilitación absoluta) no verán modificada la pena que se hallaban cumpliendo, que quedará extinguida, según la liquidación de condena ya practicada en la ejecutoria en las siguientes fechas:

D. Oriol Junqueras el 17 de julio de 2031; D. Raül Romeva y D. Jordi Turull el 5 de julio de 2030; Dña. Dolors Bassa el 10 de octubre de 2031.

2.- En relación con los condenados D. Jordi Sánchez y D. Jordi Cuixart, al haber sido derogado el delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el vigente delito de desórdenes públicos, se declara extinguida definitivamente la pena que se hallaban cumpliendo de 9 años de inhabilitación absoluta.

3.- Respecto de la condenada Dña. Carme Forcadell, como consecuencia de la derogación del delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el vigente delito de desobediencia, se declara extinguida la pena que se hallaba cumpliendo de 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

4.- Como consecuencia de la derogación del delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el delito de desobediencia, se declara también extinguida la pena impuesta a D. Josep Rull, que se hallaba cumpliendo 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

5.- En relación con el condenado D. Joaquín Forn, como consecuencia de la derogación del delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el delito de desobediencia, se declara extinguida la pena que se hallaba cumpliendo de 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

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