

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA EXCMA. SRA. D^a ANA
FERRER GARCÍA**

A través de este voto particular quiero mostrar mi discrepancia con el criterio de mis compañeros, en el mismo sentido que ya expuse en el que formulé al auto recurrido. El dictado el pasado 1 de julio. Entiendo que, de acuerdo con lo que allí expuse, el recurso debería ser estimado en el sentido de considerar Ley Orgánica 1/2024, la conocida como Ley de Amnistía, aplicable a los condenados por malversación en la presente causa, sin perjuicio de hacer extensible a tal delito la cuestión de inconstitucionalidad que se acordó respecto

al de desobediencia. O también, en su caso, al persistir, según el parecer mayoritario, las dudas acerca de la relevancia lesiva y potencialidad para afectar a los intereses financieros de la Unión Europea de la conducta en su día sediciosa -hoy desobediente- y malversadora que determinó las condenas en la causa que encabeza este ejecutoria, el planteamiento de la cuestión prejudicial, solicitando al TJUE que determine cuál es el umbral de peligro de afectación que se contempla en la Directiva de 2017 a la luz de las exigencias del 325 del Tratado.

1. Como ya dije, discrepo del parecer mayoritario de mis compañeros en cuanto entienden que la interpretación integrada de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, y social de Cataluña, sitúa el delito de malversación por el que fueron condenados la Sra. Bassa y los Sres. Junqueras, Rull y Romeva en nuestra sentencia 459/2019, de 14 de octubre, fuera del ámbito de aplicación del nuevo texto legal. Lo que es lo mismo, excluida de la amnistía.

Insisto en que la aplicación de la amnistía como causa de condonación de las responsabilidades penales en el ámbito y con los presupuestos que la ley que la introduce fija, exige centrarnos en estos presupuestos. No es el momento de analizar los elementos de tipicidad que el delito de malversación reclama, y que ya hemos proclamado en la STS 459/2019, y en el Auto de 13 de febrero de 2023 dictado a los fines de efectuar la comparación normativa tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que suprimió el delito de sedición y dotó de nueva redacción al de malversación.

2. No admite ahora discusión que los afectados cometieron un delito de malversación cuando aplicaron los fondos que tenían bajo su custodia a fines distintos de los que iban destinados, y que estaban prohibidos, lo que, además de la correspondiente pena, pudo generar a su cargo una cuantiosa deuda a favor del Estado por el importe de los fondos malversados por vía de la responsabilidad contable. Pero ahora no es el momento de revisar esa incontrovertida tipicidad, sino de comprobar si la misma, con sujeción a los componentes fácticos que la acotan, resulta abarcada por la Ley de amnistía en las consecuencias penales que de ella derivan, pues las contables, aunque

también amnistiables, quedan fuera de nuestro ámbito competencial al estar depurándose ante el Tribunal de Cuentas.

3. El ámbito objetivo de la Ley de amnistía ha de obtenerse a partir de la interpretación combinada de sus artículos 1 y 2. En el primero de ellos se fijan los hechos delictivos que quedan amnistiados; en el segundo, bajo el epígrafe «exclusiones», se definen aquellos otros que no pueden ser abarcados por la misma.

Conforme al artículo 1. *«Quedan amnistiados los siguientes actos determinantes de responsabilidad 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...».

En el apartado b) del mismo precepto se declaran también amnistiados *«...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».

Es decir, como ya anunciaba el Preámbulo de la Ley, sólo podrán beneficiarse de la amnistía aquellos actos en que los fondos públicos se destinaron a la preparación, realización y consecuencias de las consultas del 9 de noviembre de 2014 y el referéndum del 1 de octubre de 2017, así como los que se destinaron a reivindicar, promover o procurar la independencia de Cataluña.

El tenor literal de la norma deja patente la decidida voluntad de excluir del ámbito de la amnistía aquellos actos guiados por el propósito de enriquecimiento, a la vez que se encarga de aclarar en el apartado 4 del artículo 1 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».*

4. La lectura de los preceptos citados advierte del inequívoco propósito legislativo de amnistiar la aplicación de fondos públicos a la celebración de los referéndums que tuvieron lugar en Cataluña en los años 2014 y 2017 y, con carácter general, todos los gastos asumidos por el erario público siempre que buscaran hacer realidad lo que el legislador denomina «el proceso independentista catalán».

Es decir, exactamente los hechos que dieron pie a la condena de la Sra. Bassa y los Sres. Junqueras, Turull y Romeva como autores de un delito de malversación. Es incuestionable que cada uno de ellos, en el ámbito de sus respectivas competencias, protagonizaron una disposición de fondos orientada a hacer realidad el proyecto independentista catalán.

Que la aplicación de esos caudales públicos a un fin ilegal -los sucesivos requerimientos del Tribunal Constitucional para evitarlo así lo evidencian- implicó un acto con pleno encaje en la modalidad prevista en el artículo 432.1 y 3 CP, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, precepto que aplicamos en la STS 459/2019, resulta igualmente incontrovertido. Malversación igualmente abarcada por el artículo 432.1 y 2 CP tras la reforma operada por la Ley 14/2022, de 2 de diciembre. Así lo declaramos en el auto 20107/2023, de 13 de febrero, dictado por esta Sala en aplicación de la citada reforma, resolución que ya adquirió firmeza.

5. A partir de esa afirmación que comparto con mis compañeros, mi discrepancia sigue manteniéndose pese a las aclaraciones que la resolución mayoritaria incorpora ahora, y los ejemplos que entiendo poco tiene que ver con el caso que nos ocupa. Porque, en mi opinión, en este caso no puede apreciarse el ánimo de obtener un beneficio personal de carácter patrimonial, previsto como causa excluyente de la amnistía, ni aun menos que ese beneficio se materializara.

El beneficio patrimonial que se explica en el texto suscrito por la mayoría, en referencia a las distintas partidas que integran el patrimonio, a partir de la idea de que no se habría visto engrosado en su pasivo en cuanto los gastos derivados de la puesta en marcha de su ilegal proyecto político se sufragaron por los condenados con fondos públicos - es decir, no se empobrecieron con tales gastos-, parte de considerar que hubo un aumento del patrimonio de cada uno de ellos a resultas de un previo acto apoderativo. Sin embargo se mueven en el terreno de la ficción jurídica, porque ese acto de apoderamiento que, en su opinión, determinó la incorporación a sus respectivos activos de los fondos desviados, dando lugar así el beneficio personal patrimonial, es una entelequia. Y lo es porque realmente esa incorporación no se produjo. No puede

considerarse tal incorporación -que sería expresión de un propósito tendencial de enriquecimiento-, lo que no es más que la disponibilidad que a cada uno de los consejeros citados les correspondía en relación a los fondos asignados a los departamentos que lideraban y que es la base del delito de malversación por el que fueron condenados.

No hubo incorporación a sus respectivos patrimonios, ni, en consecuencia, beneficio personal patrimonial. No podemos apreciar otro beneficio personal que el de dar satisfacción a un proyecto político ilegal, y eso es precisamente lo que, no solo la voluntad del legislador expresada en el Preámbulo de la norma proclama, sino también la que surge de la interpretación menos alambicada y, en mi opinión, más razonable como ajustada a la letra de la ley, de sus disposiciones normativas. En definitiva, la única que puede considerarse predecible. No se trata de realizar una interpretación micro literal de la norma, sino de evitar una que sea contra literal.

6. El relato de hechos probados de la STS 459/2019, de 14 de octubre, que vincula nuestro análisis, avala la postura que expongo.

Afirmó expresamente «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 más adelante, en los primeros párrafos del fundamento destinado a argumentar la existencia del delito de malversación que apreciamos, dijimos «Los miembros del Govern finalmente condenados por este delito no solo ejecutaron actos de manifiesta deslealtad en la administración de fondos, sino

que, además, lo anunciaron públicamente mediante 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, mediante el Acuerdo del Govern de fecha 7 de septiembre. En él se autorizaban -en línea con lo que anunciaban los Decretos 139 y 140 de 2017-, la utilización, en general, de los recursos humanos, materiales y tecnológicos necesarios para garantizar la adecuada organización y desarrollo del referéndum de autodeterminación de Cataluña, así como aquellos de los que ya se dispone» (Fundamento 5 -5.1-).

Ni siquiera hablamos de actos apropiativos de incorporación al patrimonio personal en ATS de 13 de febrero de 2023, por el que concluimos la subsistencia del delito de malversación tras la reforma operada por la LO 14/2022, de 2 de diciembre.

No hubo un acto de incorporación a cada uno de los patrimonios, sino un claro acto de aplicación a fines que no eran privados, ni siquiera particulares de cada uno de ellos, por más que fueran ilegales. Pero es el destino a esa finalidad ilegal la que la LO 1/2024, según el tenor de sus propios enunciados normativos, quiere amnistiar. Una Ley que ha emanado de un legislador con capacidad y legitimidad democrática para aprobarla.

7. Por eso persisto en mi consideración: la única interpretación razonable de la Ley que ahora aplicamos nos lleva a entender que ese beneficio orientado a procurar el proyecto independentista catalán, es precisamente el que la Ley quiere amnistiar. Ese es el sentido que surge de la letra de la norma, que excluye los casos en los que en el curso de ese proyecto hubieran podido producirse desviaciones hacia supuestos de corrupción personal. Es decir, hipotéticos supuestos en los que, aprovechando esa derivación de los fondos a favor del proyecto político independentista, alguno de los actores hubiera procurado un acrecimiento patrimonial, netamente monetario o de uso y disfrute, para sí o para un tercero. En definitiva, una ventaja económicamente evaluable que apartara los fondos de esa finalidad secesionista.

Solo de esa manera puede entenderse la previsión del apartado 4. del artículo 1 de la LO 1/2024, a la que ya hemos hechos referencia, que para cerrar lo que describe como ámbito de aplicación de la amnistía, especifica *«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»*.

Se podrá refutar que la dicción legal resulta redundante, pero no deja espacio para la duda.

8. Cuestiona la opinión mayoritaria que en la interpretación de la norma penal deba tomarse en consideración el principio *pro reo*. No se trata del *indubio pro reo*, principio hoy difícilmente escindible de la garantía de presunción de inocencia, que proyecta sus efectos sobre los hechos. Lo que no significa que esa orientación *pro reo*, a la que aludí en mi voto particular, permanezca al margen de la labor interpretativa de la norma penal. No faltan ejemplos en nuestro Código que así lo evidencian, como el efecto retroactivo de la legislación más favorable (artículo 2.2 CP). En cualquier caso, nos encontramos ante una ley despenalizadora, de la que depende que varias personas puedan resultar privadas de libertad, aunque no es nuestro caso por efecto del indulto en su día concedido.

Ciertamente el artículo 4.2 CC, que irradia su efecto a los distintos órdenes jurisdiccionales, proclama que *«Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»*. No obstante ello, el ya citado efecto despenalizador de la amnistía respecto a delitos que llevan aparejada pena privativa de libertad, no permite orillar de la interpretación la orientación *pro reo*, expresamente manifestada a través del principio *pro libertate*; sin olvidar las exigencias del principio de legalidad y consiguiente prohibición de la analogía y de la aplicación extensiva *in malam partem* en cuanto vulneradoras del artículo 25.1 CE (SSTC 111/1993, de 25 de marzo; o 174/2000, de 26 de junio, entre otras muchas). Todo ello en el escenario que dibuja el artículo 3.1 CC *«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación*

con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Y como ya expresaba en mi anterior voto particular, el principio de determinación en el ámbito penal, derivado del de legalidad, exige que la interpretación de los elementos empleados en los tipos penales o llamados a surtir efecto en los mismos se haga en términos de normalidad lingüística; y que los escenarios normativos se correspondan con los que se derivan directamente de la regla jurídica. Y en este caso, a partir de la literalidad de los preceptos transcritos, de la voluntad legislativa que ha inspirado la reforma y, en lo que resulte aplicable, de la jurisprudencia que ha perfilado los elementos típicos del delito de malversación, entiendo que la interpretación prevalente de la norma, por no decir la única que resulta lógica, es la que plasmo en este voto.

El ánimo de obtención de un beneficio patrimonial personal constituye un elemento tendencial que trasciende al desvío o distracción de los fondos públicos. Nada dice el relato de hechos probados que acota nuestra decisión, el de la STS459/2019, de 14 de octubre, que permita entrever que lo que guio la actuación de las cuatro autoridades condenadas como autoras de un delito de malversación por su deslealtad en la gestión de los fondos que les había sido encomendada, fue el ánimo de obtener una ganancia personal de índole patrimonial.

Nada dicen los hechos, porque fue una cuestión ajena al debate procesal y porque ni por asomo se planteó la idea de un enriquecimiento personal, hablando en términos lingüísticamente normalizados. Por ello asimilar ahora el desvío de fondos a la persecución de un objetivo político ilícito, con el ánimo de obtener un beneficio particular económicamente evaluable, resulta la incorporación de un matiz novedoso, a la vez que peligroso, en cuanto retuerce los perfiles del ánimo de lucro, en una suerte de inversión metodológica que debiendo partir de los presupuestos de la Ley que nos corresponde ahora aplicar, acaba redefiniendo un elemento de tipicidad.

De esta manera la interpretación que la mayoría plasma en su resolución corre el riesgo de quebrar los principios de legalidad y previsibilidad o predictibilidad cuya protección garantiza el artículo 7 del CEDH (SSTEDH asunto Pessino contra Francia de 10 de octubre de 2006; Tristan contra República de Moldavia de 4 de julio 2023; o Yuksel Yalcincaya c. Turquía de 26 de septiembre de 2023).

Lo dije en su momento e insisto en la idea. Podemos discutir la constitucionalidad de la Ley, o su adaptación al derecho comunitario, pero lo que no podemos los jueces es hacer interpretaciones que impidan la vigencia de la norma. Cuando se prescinde manifiestamente de la *voluntas legislatoris* y de la *voluntas legis* en su interpretación, como ocurre de una manera tan significativa en el caso, la decisión no es interpretativa sino derogatoria, en la medida que deja la norma vacía de contenido.

Fdo. Ana María Ferrer García