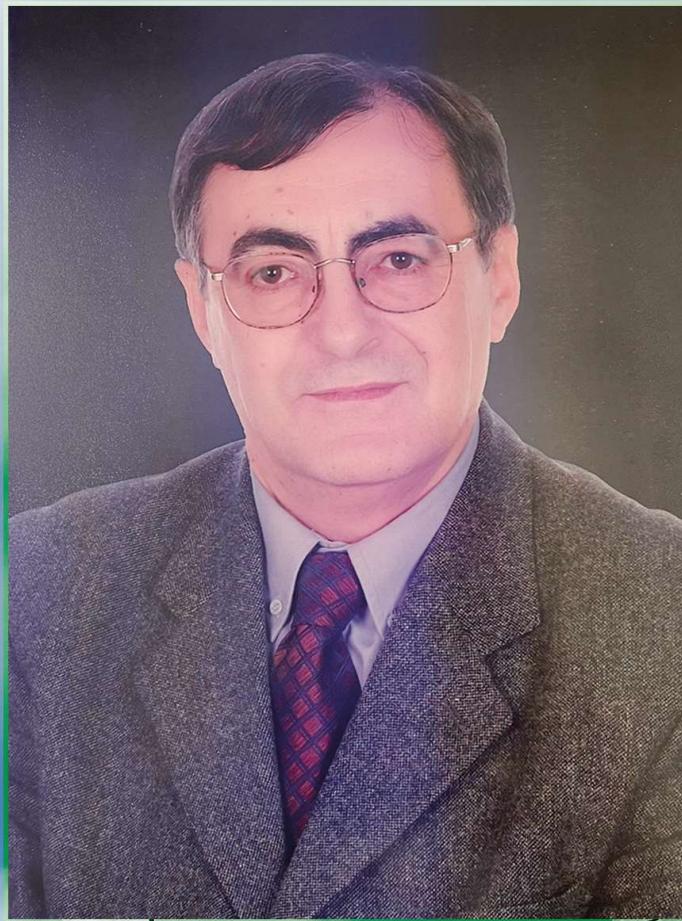


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro III. Proceso penal



**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

LIBRO III: PROCESO PENAL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO III: PROCESO PENAL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-75-4

Depósito legal: B 8617-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

I. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESTAFAS INFORMÁTICAS BANCARIAS	11
<i>Marien Aguilera Morales</i>	
II. EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNACIONAL ESPAÑOL	23
<i>Juan Manuel Alonso Furelos</i>	
III. AVANCES EN MEDIDAS DE PROTECCIÓN, PRUEBA PENAL Y TESTIGO ANÓNIMO. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA.	69
<i>Teresa Armenta Deu</i>	
IV. JUECES SIN ROSTRO. TERRORISMO Y PROCESO	95
<i>José María Asencio Mellado</i>	
V. MODELO PROCESAL DE ADAPTACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR EN EL PROCESO PENAL	121
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	
VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL: CUESTIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD E INTANGIBILIDAD DE LA COSA JUZGADA	145
<i>Luis Andrés Cucarella Galiana</i>	
VII. LA ACCIÓN POPULAR: SINGULARIDAD Y RACIONALIDAD (UNAS REFLEXIONES DE J. BENTHAM SOBRE LA ACUSACIÓN PENAL)	165
<i>Andrés de la Oliva Santos</i>	
VIII. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS AUTOINCRIMINATORIAS DE SOSPECHOSOS Y DETENIDOS ANTE LOS AGENTES POLICIALES	177
<i>Juan José Duart Albiol</i>	

IX. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN DIFERIDO» EN EL REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	201
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
X. NO VA SOBRE ÉTICA, VA SOBRE DEMOCRACIA. EL DISEÑO ALGORÍTMICO Y LA JUSTICIA PENAL	229
<i>Xulio Ferreiro Baamonde</i>	
XI. LA DECISIÓN MARCO 2002/584/JAI A LA LUZ DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL: DIRECTIVA (UE) 2023/2843 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2023	255
<i>Leticia Fontestad Portalés</i>	
XII. PRINCIPIO NE BIS IN IDEM Y SEGURIDAD JURÍDICA	277
<i>Isabel Hernández Gómez</i>	
XIII. EL NE BIS IN IDEM, UN LÍMITE PROCESAL AL JUS PUNIENDI	331
<i>Hernán Hormazábal Malarée</i>	
XIV. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LOS SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS EN LA ESFERA SANITARIA	349
<i>Arantza Libano Beristain</i>	
XV. EL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO.	385
<i>Núria Mallandrich Miret</i>	
XVI. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA PENAL DE MENORES.	401
<i>José Martín Ostos</i>	
XVII. DILACIONES PENALES E INEFICIENCIA PROCESAL: UN EXAMEN DE LAS DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS Y EXTEMPORÁNEAS	421
<i>Pilar Martín Ríos</i>	
XVIII. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO Y EL DERECHO AL SILENCIO. LA LECTURA DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES	441
<i>Víctor Moreno Catena</i>	
XIX. A VUELTAS CON LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y LOS JUZGADOS DE LO PENAL	473
<i>Julio Muerza Esparza</i>	

XX. PRUEBA PROHIBIDA Y DISPENSA DE DECLARAR (ARTÍCULO 416 LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)	483
<i>Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín</i>	
XXI. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA PENAL Y PROCESAL	507
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
XXII. ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA	525
<i>Rafael Rebollo Vargas</i>	
XXIII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CONTRADICCIONES EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	539
<i>Núria Reynal Querol</i>	
XXIV. LA PROTECCIÓN DE LOS ALERTANTES EN ESPAÑA EN CASOS DE CORRUPCIÓN Y OTROS DELITOS GRAVES	559
<i>Nicolás Rodríguez-García</i>	
XXV. SANCIONES TRIBUTARIAS PENALES (DOBLE INSTANCIA O DERECHO AL REEXAMEN, AL HILO DEL CASO SAQUETTI IGLESIAS C. ESPAÑA)	585
<i>Miguel Ángel Sánchez Huete</i>	
XXVI. EL PRINCIPIO DE <i>NON BIS IN IDEM</i>: ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO DE LA UE	613
<i>Ágata M. Sanz Hermida</i>	
XXVII. LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS DICTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS: CONSECUENCIAS DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 4/2014	633
<i>Alberto Varona Jiménez</i>	

XXII | Algunos problemas procesales derivados de la aplicación de la Ley de Amnistía

Rafael Rebollo Vargas
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS SENTENCIAS DECLARATORIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. EL ART. 40.1 LOTC: ALCANCE Y EFECTOS QUE CORRESPONDE ATRIBUIR AL FALLO. 3. RESOLUCIONES DISPARAS SOBRE EL MISMO ASUNTO. 4. LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDAS CAUTELARES Y LA PROVIDENCIA DEL TS (SALA 2^a), DE 11 DE JUNIO DE 2024, EN LA CAUSA ESPECIAL 20907/2017. 5. MÁS DUDAS: LA COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LA AFECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA.

1. Introducción

La actividad judicial en relación con los asuntos relacionados con el «procés», en estos momentos, es desbordante. El detonante de esa, llamémosle así, hiperractividad de los Tribunales, tiene su origen en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley Orgánica de amnistía, para la normalización institucional, política y social de Cataluña, 1/2024, de 10 de junio (en adelante LOA), donde se establece la tramitación preferente y urgente de las decisiones pertinentes en cumplimiento de la Ley de amnistía, que deberán adoptarse en el plazo máximo de dos meses, sin perjuicio de los recursos que pudieran recaer sobre ellas, que no tendrán carácter suspensivo. Efectivamente, dado que la citada L.O. 1/2024, de 10 de junio, entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE, esto es, el día 11 de junio, las resoluciones que se han producido hasta el momento son muy numerosas y, en ocasiones, dispares, como tendremos ocasión de ver.

En todo caso, la batería de acciones que pueden recaer sobre la LOA y, por tanto, dificultar su aplicación son de lo más variado. Como es sabido, pueden ir desde interponer un recurso de inconstitucionalidad en el que, en virtud de lo previsto en los arts. 162.1.a) CE, 32.1 y 32.2 de la LOTC, la legitimación pro-

cesal para instarlo es plural¹; a promover una cuestión de inconstitucionalidad por Jueces o Tribunales, cuando consideren que la norma aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, arts. 163 CE y 35 LOTC; a la interposición de un recurso de amparo, arts. 162.1.b), 41 y ss. LOTC, cuando una persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo al considerar que la LOA le irroga una vulneración a sus derechos fundamentales, además del Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; o, una cuestión prejudicial europea, art. 267 TFUE. Es decir, existen una pluralidad de mecanismos procesales de impugnación de la Ley, algunos de los cuales ya se han activado mediante la vía de otorgar traslado a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad o de formular la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como es fácilmente imaginable, una vez enunciado el escenario impugnatorio del que puede ser objeto la LOA, el panorama no es precisamente tranquilizador, aunque no voy a detenerme en ello porque excedería con creces el objeto de análisis. El propósito de lo que sigue es más modesto y, en ese caso, pretendiendo poner de manifiesto, sin propósito de exhaustividad, algunas cuestiones procesales derivadas de la aplicación de la LOA que, al menos a mi juicio, merecen una reflexión.

2. Las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes. El art. 40.1 LOTC: alcance y efectos que corresponde atribuir al fallo

Como cuestión previa derivada de las dudas que, para algunos, se suscitan por la hipotética inconstitucionalidad de la LOA, en primer lugar, me parece oportuno referir las consecuencias derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de la norma. A este respecto, las opciones que en su momento pudo asumir el legislador eran bien distintas, ya que la eficacia de la anulación puede limitarse al futuro o, por el contrario, extenderse hacia el pasado. En otras palabras, la eliminación de los actos antijurídicos puede efectuarse con o sin efecto retroactivo, aunque, atendiendo a criterios de seguridad jurídica, esa declaración de inconstitucionalidad tendrá efectos a partir del momento de su anulación. En efecto, las razones de seguridad jurídica y de certeza del derecho, que se complementan con el principio de conservación de la norma y la necesidad de no perjudicar a quien actuó de buena fe, abundan en la opción

1. Art. 162. 1. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

asumida por el legislador que no es otra que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, tal y como se estipula en el art. 39.1 LOTC².

Por otro lado, en la Constitución las previsiones normativas sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan únicamente al inciso final del art. 161.a) donde se dispone que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, «afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el efecto de cosa juzgada». En directa relación con la previsión constitucional, el art. 40.1 LOTC recoge el mandato de no revisión de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, si bien ha introducido una excepción no prevista en la Constitución, pero, de alguna manera, exigida por su art. 25.1³, que implica la salvedad de la aplicación retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad cuando resulte un trato más beneficioso para el sancionado o condenado. Así, «El legislador ha optado, con la única excepción dispuesta en el último inciso del art. 40.1 LOTC por el tradicional trinomio inconstitucionalidad-nulidad-efectos ex tunc»⁴. La interpretación conjunta de los art. 39 y 40 LOTC nos lleva a concluir que la declaración de inconstitucionalidad de una ley implica su nulidad y, por lo tanto, la posibilidad de revisar las situaciones surgidas como consecuencia de la misma, por lo que el criterio es la eficacia «ex tunc», debo insistir, que requiere la declaración de nulidad, total o parcial, de la ley⁵.

A tal efecto, conviene poner de manifiesto que, si bien la nulidad es la consecuencia que, como regla general y de acuerdo con el [artículo 39.1](#) LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, procede matizarla para limitar los efectos de las anteriores declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad de parte, en el sentido de que no afectarán a las situaciones jurídicas consolidadas. Y, entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada ([art. 40.1 LOTC](#)), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica ([art. 9.3 CE](#)), las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes⁶.

2. GÓMEZ MONTORO, A., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, (REQUEJO PAGÉS, Coordinador), Madrid, págs. 579-580.

3. Art. 40.1 LOTC: «...salvo en el caso de los procesos penales o contencioso administrativos referentes a un proceso sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad».

4. GÓMEZ MONTORO, A., en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 583.

5. GÓMEZ MONTORO, A., ibidem, págs. 583, 610.

6. Sobre los efectos temporales de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley, entre otras, vid., SSTC, Pleno, 73/2017, de 8 de junio; FJ 6; 151/2017, de 21 de diciembre, FJ 8; 76/2018, de 5 de julio; 126/2019, de 31 de octubre, FJ 5.a); Auto TC, FJ9; Pleno, 83/2020, de 21 de julio, FJ 2.

En consonancia con lo anterior, aquellas causas en las que el órgano judicial correspondiente haya considerado que no formaban parte del catálogo de supuestos que se recogen en el art. 2 de la LOA y que resultaron amnistiadas por resolución firme, no podrán ser revisadas ni siquiera en la hipótesis de que el TJUE o el TC se hubieren pronunciado sobre la constitucionalidad del texto o sobre la falta de encaje de la norma en el Derecho de la Unión.

3. Resoluciones dispares sobre el mismo asunto

En este caso, debo anticipar que no abundaré en los argumentos utilizados por los órganos judiciales para interpretar que la LOA es o no es aplicable por la comisión de los mismos delitos, sino que pretendo evidenciar el diferente criterio interpretativo seguido por distintos Tribunales con los efectos derivados de ello, como lo es la quiebra de la seguridad jurídica.

Así, imaginemos que, en atención a lo previsto en el art. 9 de la LOA un órgano judicial, ya sea de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, considera que los hechos atribuidos a un sujeto son perfectamente subsumibles en el ámbito objetivo de la Ley y que, por lo tanto, esos comportamientos no están excluidos de los supuestos previstos en el art. 2 de la misma y así lo acuerda por resolución firme, de manera que esas conductas resultan amnistiadas y, por ello, el órgano judicial acuerda adoptar las medidas previstas en el art. 4 de la LOA relativas a los efectos sobre la responsabilidad penal, como puede ser el alzamiento de cualquier medida cautelar de naturaleza personal previamente adoptada.

En relación con lo anterior, la Sentencia núm. 204, de 25 de junio de 2024, dictada por la Sección de apelaciones de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resuelve la apelación interpuesta contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia provincial de Barcelona, de 14 de mayo de 2023, donde se condenaba al Sr. Miquel Buch Moya por un delito de prevaricación y otro de malversación de caudales públicos, respectivamente, a la pena de nueve años y seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público y de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años y seis meses; así como al Sr. Lluis Escolà Miquel, como cooperador necesario del delito de prevaricación, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez años, por un delito de malversación a título de autor. No obstante, la Sección de apelaciones, de la Sala Civil y Penal del TSJC, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 L.O. 1/2004, en relación con su art. 1, declara la extinción de la responsabilidad penal de ambos, «al quedar amnistiados los actos en virtud de los cuales fue declarada su responsabilidad criminal en la instancia».

Por su parte, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia de 9 de julio de 2024, en el proceso seguido contra los Sres. Josep Maria Jové Llado y Josep Lluís Salvadó Tenesa, por la comisión de sendos delitos de desobediencia, prevaricación y malversación de caudales públicos, así como contra la Hble. Sra. Natalia Garriga Ibáñez, por la comisión de un delito de desobediencia, considera (la Sala Civil y Penal) que los delitos atribuidos son amnistiables, y, por lo tanto, deja sin efectos las medidas cautelares de naturaleza personal o real adoptadas. Sin embargo, a su parecer, existen reservas sobre la adecuación de la norma a principios y valores protegidos constitucionalmente como la seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE); la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE); y, la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Por ello, dado que la acusación popular suscitó e interesó del Tribunal la formulación con carácter previo de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE, la Sala acuerda dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que se pronuncien sobre la pertinencia de plantear una cuestión de constitucionalidad o una cuestión prejudicial⁷.

En todo caso, esa disparidad de criterios, acerca de si la amnistía excluye el delito de malversación (art. 1.c LOA) «siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento» o el cómo se interprete, se trata de una fórmula que, en realidad, se corresponde con una definición auténtica del legislador⁸. La discusión reside, aparentemente, en si las funciones relativas a la disposición de los caudales públicos que llevaron a cabo los Sres. Jové y Salvadó son distintas a las realizadas por el exconseller Buch, lo cual lleva al mismo Tribunal (es cierto que se trata de Salas distintas) a pronunciarse de forma diferente en uno u otro caso; decía, criterios dispares, que pueden resultar comprensibles en atención a la interpretación que en virtud de su incuestionable independencia cada Sala dispensa al comportamiento objeto de discusión, pero que no por ello deja de ser motivo de debate, en particular, cuando el núcleo del conflicto gra-

7. Al respecto, vid. <file:///C:/Users/1001785/OneDrive%20-%20UAB/Escritorio/Amnist%C3%A9ticas/default.pdf>. Informe de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), aprobado en su 138^a Sesión Plenaria, celebrada en Venecia, los días 15 y 16 de marzo de 2024, págs. 12 y ss., donde se hace hincapié en que la amnistía está prevista explícitamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países que se analizan, que donde no está regulada constitucionalmente se considera aceptable y se han previsto amnistías en ocasiones concretas, además de que se trata de una competencia que corresponde, generalmente, al poder legislativo. La pregunta inevitable es, ¿cómo es posible que una medida que se encuentra regulada en la mayoría de los países de nuestro entorno pueda ser contraria al ordenamiento de la Unión Europea?

8. Aun así, vid., ATS de 1 de julio 2024, (Causa especial 20907/2017) donde en el folio 10 se afirma: «Indagar la voluntad del legislador es, por consiguiente, indispensable y sirve de pauta hermenéutica de primer orden. Pero esa voluntad no puede imponerse, sin más, al desafío interpretativo, hasta el punto de que el juez *no tenga nada que interpretar* porque el legislador ya ha dicho bien claro lo que quiere. La función jurisdiccional no tiene como única y exclusiva referencia la voluntad del legislador» (cursivas en el original).

vita alrededor de la existencia de un delito de malversación. Es cierto que los hechos objeto del procedimiento son distintos en cada causa, pero, lo paradójico es que el legislador proporcione una definición auténtica donde se requieren una serie de elementos típicos en los que subsumir los hechos que se atribuyen a determinados sujetos, aunque algunos órganos judiciales (a diferencia de otros que sí la aplican⁹) tengan dudas sobre su adecuación al ordenamiento jurídico y por ello deciden plantear una cuestión de constitucionalidad.

En la misma línea de consideraciones, relativas a la discrepancia de criterios entre Tribunales, permítaseme evidenciar una nueva muestra de ello y es que la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su Auto de 1 de julio de 2024 (Causa especial 20907/2017), donde en el folio 14, al plantearse el planteamiento de una cuestión prejudicial, interesada con carácter alternativo por la acusación popular en el caso en que no fuera estimada la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía, el Tribunal lo descarta expresamente al aseverar que no advierte esa incompatibilidad dado que no es necesario suscitar una cuestión prejudicial que plantee al Tribunal de Justicia «si es correcto lo que correctamente ha decidido el legislador nacional al aprobar la ley de Amnistía, esto es, excluir de todo perdón los delitos que puedan afectar a los intereses financieros de la Unión y que gozan de la reforzada protección dispensada a este bien jurídico». Criterio que, en principio, parece no compartir la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Auto de 9 de julio de 2024, quien acuerda dar traslado a las partes para que manifiesten su opinión acerca de la pertinencia de formular la correspondiente cuestión prejudicial al TJUE.

Así las cosas, imaginemos por un momento que la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, una vez recibidas las alegaciones que demanda a las partes en su Auto de 9 de julio de 2024, considera que existen dudas razonables acerca de que la LOA afecta al Derecho de la Unión Europea, por lo que decide seguir adelante con la cuestión y la plantea ante el TJUE. Sin embargo, como hemos visto la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el Auto de 1 de julio de 2024, descarta esa posible afección, aunque mantiene las dudas sobre la constitucionalidad ya que, como afirma en el folio 4 de su Auto de 10 de julio de 2024, considera la LOA una «**decisión legislativa arbitraria**» que podría vulnerar lo establecido en los arts. 1.1, 9.3, 14 y 117.3 CE, por lo que da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen sobre la oportu-

9. Vid., Juzgado de Instrucción núm. 18, Barcelona, Auto de 16 de julio de 2024, donde se dirime la causa contra los Sres. Francesc Homs i Molist y Senén Florensa, por la presunta comisión de delitos de prevaricación y/o malversación, sobre lo que concluye la Instructora que: «Es por ello, por la finalidad de los gastos objeto de este procedimiento, que no motivaron enriquecimiento o beneficio patrimonial personal, sino que se destinaron a sufragar viajes y actividades de terceros, vinculadas a la promoción de la independencia de Cataluña a través de organizaciones catalanes que operaban internacionalmente, por lo que dichos actos son amnistiables».

nidad, procesal y material, de plantear la cuestión de constitucionalidad en relación con el delito de desobediencia y, en su virtud, acuerda trasladar la cuestión al Tribunal Constitucional.

Esto es, es perfectamente viable que se activen dos vías distintas. Por un lado, la cuestión prejudicial ante el TJUE y, por otro, una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Es cierto que el objeto de las consultas no es el mismo, ya que en un caso ésta reside en la afección al Derecho de la Unión derivado de la LOA y, por otro lado, las dudas de constitucionalidad que se infieren de la propia LOA.

Aun así, creo que no es aventurado afirmar que, con todos los matices imaginables presididos por la prudencia exigible en estos casos, las dudas son más que evidentes en relación con la incertezza derivada de las consecuencias de tales decisiones y, con ello, la afección al principio de seguridad jurídica.

4. Levantamiento de la medidas cautelares y la providencia del TS (Sala 2^a), de 11 de junio de 2024, en la causa especial 20907/2017

En el apartado tercero del Auto TS de 11 de junio de 2024, dictado por el Magistrado Instructor, en la Causa Especial reseñada se ordena lo siguiente:

«3. Comuníquese a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que, conforme a lo expuesto, continúan vigentes y activas las órdenes nacionales de detención de Carles Puigdemont Casamajó, Antoni Comín Oliveres, Lluis Puig Gordi y Marta Rovira Verges, adoptadas por Auto de 12 de enero de 2023, por lo que deben proceder a su cumplimiento mientras esas decisiones no sean revocadas».

Orden de detención que, en relación con el delito de desobediencia, el Instructor deja sin efecto, en su Auto de 1 de julio de 2024, al considerar que éste es subsumible en el ámbito de aplicación de la LOA¹⁰, sin perjuicio de las dudas que le suscita su constitucionalidad por lo que da traslado a las partes para que aleguen a ese respecto mientras que, a la vez, mantiene las órdenes de detención contra los Sres. Puigdemont, Comín y Puig por su presunta responsabilidad como autores de un delito de malversación de caudales públicos, al considerar que ese delito queda extramuros del ámbito de aplicación de la LOA.

10. Al respecto, vid., Auto Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, (Sección 3^a), de 8 de julio y Auto del Juzgado Central de Instrucción, núm. 6, de 8 de julio, mediante el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las Diligencias Previas 85/2019, entre otros, respecto de la Sra. Marta Rovira por el asunto Tsunami Democràtic.

A este respecto, conviene traer a colación el art. 4 LOA, que dispone lo siguiente:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tras la entrada en vigor de esta ley:

a) El órgano judicial que esté conociendo de la causa ordenará la inmediata puesta en libertad de las personas beneficiarias de la amnistía que se hallaran en prisión ya sea por haberse decretado su prisión provisional o en cumplimiento de condena.

Así mismo, acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieran sido adoptadas por las acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley, con la única salvaguardia de las medidas de carácter civil a las que se refiere el artículo 8.2.

b) El órgano judicial que esté conociendo de la causa procederá a dejar sin efecto las órdenes de busca y captura e ingreso en prisión de las personas a las que resulte de aplicación esta amnistía, así como las órdenes nacionales, europeas e internacionales de detención».

Con la simple lectura del enunciado del precepto (*«Efectos sobre la responsabilidad penal»*) se advierte que la referencia que se contiene a los arts. 163 CE y 267 TFUE permite interpretar que los efectos sobre la responsabilidad penal que se regulan en el art. 4 LOA no se extienden a las cuestiones de inconstitucionalidad ni a las cuestiones prejudiciales europeas.

Por lo tanto, el alzamiento de las medidas cautelares no resulta automático. Así, tal y como se desprende del art. 4 LOA, el alzamiento de las medidas solo operará una vez que el órgano judicial constate que las conductas ejecutadas por los encausados se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley. Nótese que el precepto habla de *«personas beneficiarias de la amnistía»* y de *«acciones u omisiones comprendidas en el ámbito objetivo de la presente ley»*.

En definitiva, la atribución de la condición de persona beneficiaria comprendida en el ámbito de aplicación de la norma requiere de una previa valoración por parte del órgano judicial.

A mi parecer, no existe, como se ha dicho con una cierta ligereza, una sola razón que permita interpretar que la mera invocación de la norma sea motivo suficiente para imponer el alzamiento de las medidas cautelares¹¹.

11. Vid., Fiscalía General del Estado, Decreto de 14 de junio de 2024, en especial, el Documento Adjunto sobre «Consideraciones sobre los proyectos de informe presentados en relación con la aplicación de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, a los hechos imputados y enjuiciados en la Causa Especial núm. 3/20907/2017 seguida ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, págs. 70 y ss.

Ahora bien, una vez dicho lo anterior, permítaseme polemizar:

La cuestión relativa al levantamiento de las medidas cautelares es, en este momento, una de las cuestiones más controvertidas. Es cierto, que el segundo párrafo del art. 4.a) establece que el órgano judicial «acordará el inmediato alzamiento de cualesquiera medidas cautelares de naturaleza personal o real que hubieren sido adoptadas...». Medidas que, insisto, no se adoptarán si el órgano judicial, a tenor de lo dispuesto en los arts. 163 CE y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tiene dudas acerca de la constitucionalidad de la LOA o considera necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Imaginemos, asimismo, que se formula una cuestión prejudicial ante el TJUE (que ha descartado expresamente el Tribunal Supremo, pero no la Audiencia Nacional, ni la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), dado que como dispone el Estatuto del TJUE, cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, podrá pedir al tribunal que se pronuncie sobre la adecuación de una ley a los Tratados que estructuran la UE y, por lo tanto, el órgano judicial, estima necesaria elevar una consulta para poder emitir su fallo.

Si el órgano judicial alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que solo cuando éste haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de constitucionalidad. Así, la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes, ni condiciona el pronunciamiento del Tribunal en esa cuestión de constitucionalidad¹².

Por el contrario, si el juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión prejudicial fuese negativo, declarando que la norma nacional es incompatible con el Derecho de la Unión, esa norma deviene, en consecuencia, inaplicable al caso, por lo que no cabría plantear cuestión de constitucionalidad.

12. Vid. STC 35/2016, de 3 de marzo, FJ 6: la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de constitucionalidad. Vid., igualmente, Auto TC (Pleno) 168/2016, de 4 de octubre, FJ 4.

Una vez dicho lo anterior supongamos que, por el motivo que fuere, la decisión del TJUE se demora más allá de lo previsible¹³, la gran pregunta que cabe formularse en este momento es si el órgano judicial mantendría las medidas cautelares de carácter personal acordadas hasta que el TJUE no se pronuncie, pero, de ser así ¿qué pasaría si el TJUE desestima la cuestión prejudicial? Pues, que, en ese caso, de mantenerse las medidas cautelares de carácter personal, se habrá causado a la persona sometida a la prisión provisional un perjuicio irreparable.

Pensemos, asimismo, que el Tribunal, una vez desestimada la cuestión prejudicial europea (dictada en un plazo razonable) formula, asimismo, una cuestión de inconstitucionalidad al entender que la LOA puede ser contraria a la Constitución y sí, es verdad que, el art. 35.2 LOTC, establece que la personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de 15 días, transcurrido el cual el tribunal dictará sentencia en el de 10, salvo que, mediante resolución motivada, el propio tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de 30 días, plazos que, es de sobras conocido, son inviables, pero, ¿se mantendría también durante ese trámite la prisión provisional? O, incluso, si esas medidas cautelares de carácter personal y, por lo tanto, la orden de detención sigue vigente para esas personas, resulta indudable que en el momento que alguna de ellas ingresara en territorio nacional sería detenida de inmediato y puesta a disposición judicial, pero ¿hasta cuándo?, de nuevo, ¿hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre ello?

Si eso fuera así, a mi parecer, se plantearían serias dudas acerca de la idoneidad, la conveniencia, la oportunidad y la proporcionalidad por mantener una medida cautelar de esa naturaleza por la atribución de un delito de malversación, dado que la afección a los derechos fundamentales de la persona en prisión provisional resultaría seriamente afectados y el perjuicio ocasionado, en el caso de que el TC resolviera que la LOA no contraviene la Constitución, sería irreparable. Delito de malversación de caudales públicos, no olvidemos, por el que otras personas encausadas han sido amnistiadas.

5. Más dudas: la competencia en relación con la afección de los intereses financieros de la Unión Europea

El propósito de lo que sigue no es abordar con exhaustividad si la LOA lesiona o afecta a los intereses financieros de la Unión Europea, aunque será inevitable referirnos a ello, sino a otra cuestión, en particular, el relativo al órgano que

13. Vid., art. 23 bis Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Protocolo núm. 3), así como el art. 107 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de septiembre 2012.

tiene atribuida la competencia procesal para sustanciar los conflictos relacionados con los intereses financieros de la Unión Europea.

Salvo error por mi parte, la primera ocasión donde un órgano judicial o del Ministerio Fiscal hace referencia a la posible afectación a los intereses financieros de la Unión Europea, como consecuencia de la entrada en vigor de la LOA, es el Informe emitido por los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo que ejercieron la acusación pública en la causa especial 20907/2017. Así, en la pág. 64 y ss. del referido Informe se destina un epígrafe (B.5) a la «Aplicación de la exclusión recogida en el art. 2 e) de la Ley por afectar los hechos de malversación a los intereses de la Unión Europea» y, en particular, en los folios 66 y 67 se afirma lo siguiente:

«Teniendo en cuenta que el presupuesto de la UE se financia, entre otros conceptos, con los recursos propios basados en la RNB, contribuyendo España, con el 0,85% de su economía y participando en esa producción Cataluña aproximadamente con un 15%, resultando su aportación global en 2018 de 10.314 millones de euros es evidente que la separación de una región del Estado afectaba de manera directa a los intereses financieros de la UE.»¹⁴

En todo caso, resulta extraño que, en el Informe de los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, al analizar la posible afectación para los intereses financieros de la Unión Europea, particularmente en lo que se refiere al delito de malversación, se prescinda de la definición auténtica de intereses financieros de la Unión Europea que nos ofrece la Directiva (UE) 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal.

En concreto, el art. 2.1 de la Directiva dispone que «*A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «los intereses financieros de la Unión»: todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados a: i) el presupuesto de la Unión, ii) los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión creados de conformidad con los Tratados u otros presupuestos gestionados y controlados directa o indirectamente por ellos».*

14. Vid., Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1 de julio de 2024, pág. 15, donde la Sala parece asumir parcialmente el criterio sostenido por los Fiscales de Sala, donde se afirma «[S]ólo el Tribunal que entienda aplicable la amnistía al delito de malversación, habrá de plantearse si la secesión —el referéndum no era meramente consultivo, sino el requisito para la proclamación de la independencia— habría afectado, aunque lo fuera en grado de mera tentativa, a la Renta Nacional Bruta Estatal y por ende al presupuesto comunitario. Y, sobre todo, si tras esa afectación la amnistía no entra en directa colisión con el art. 325 del Tratado Funcional (sic) de la Unión Europea y la Directiva 2017/1371 de protección de los intereses financieros. Es en este caso cuando el planteamiento de la cuestión prejudicial adquiere pleno sentido, sobre todo, cuando resuelve un Tribunal cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso conforme al derecho interno»

Una definición similar se encuentra en el art. 2.3 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, y en cuyos arts. 3 a 7 se determina la creación, funciones y principios básicos que rigen la Fiscalía Europea.

En directa relación con lo anterior, es imprescindible traer a colación la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Así, en el art. 2, relativo a su ámbito de aplicación, se establece que las disposiciones de esta ley se aplicarán a los procedimientos penales por delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión Europea, en los que la Fiscalía Europea ejerza de forma efectiva su competencia para investigar, acusar y ejercer la acusación en juicio.

Por su parte, en el art. 4 de la misma L.O. 9/2021, de 1 de julio, relativa a la competencia de los Fiscales europeos delegados se dispone que, éstos, son competentes en el conjunto del territorio nacional para investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea. En particular, tendrán competencia para investigar y ejercer la acusación en relación con las causas por los delitos tipificados en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incluyéndose, entre otros, al delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión. En cualquier caso, creo que no por evidente es innecesario insistir en que únicamente los delitos de malversación que afecten a los intereses de la Unión Europea serán competencia de los Fiscales europeos delegados en su investigación y ejercicio de la acción penal, por lo que los delitos de malversación que no afecten a éstos no serán de su competencia.

Es más, el órgano que la L.O. 9/2021, de 1 de julio, determina que tiene atribuida la competencia judicial es la Audiencia Nacional, a quien le corresponde el conocimiento y fallo de los procedimientos previstos en la referida Ley Orgánica, art. 7. Con la particularidad de que, en los supuestos de aforamiento la competencia corresponderá al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, según proceda. A lo que se añade que en cada uno de estos órganos judiciales se constituirá un Juez de garantías, al que expresamente se alude en el Preámbulo de la Ley (III) y a quien se le atribuyen la práctica de aquellas medidas que requieren autorización judicial por afectar a derechos fundamentales.

Por otro lado, en su art. 10 se estipula que cuando se trate de delitos cuya investigación se atribuye a los Fiscales europeos delegados, por razones de ur-

gencia, los juzgados de instrucción del lugar del delito podrán llevar a cabo las primeras diligencias, debiendo informar a aquellos sin dilación indebida. Además de que una vez practicadas, remitirán lo actuado a los Fiscales europeos delegados, poniendo a su disposición los instrumentos del delito y los resultados de las diligencias practicadas, las piezas de convicción y los efectos ocupados.

Cabe añadir a lo anterior que en el art. 18 se dispone que cuando, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades tengan conocimiento de un hecho aparentemente delictivo cuya competencia pueda corresponder a los Fiscales europeos delegados, se lo comunicarán sin dilación indebida atendiendo a los requisitos de forma y contenido establecidos en el artículo 24 del Reglamento.

Asimismo, se prevé que cuando la Policía Judicial inicie una investigación por hechos para los que sean competentes los Fiscales europeos delegados, deberá comunicarlo a los mismos, informando igualmente a la Fiscalía General del Estado; de la misma forma, cuando el Ministerio Fiscal o un órgano judicial tengan conocimiento de hechos cuya competencia corresponda a los Fiscales europeos delegados, deberán igualmente informar sin dilación indebida, a los efectos del artículo 24 del Reglamento.

Y, finalmente, por lo que aquí interesa, la Disposición Transitoria Única de la L.O. 9/2021, de 1 de julio, dispone que desde la fecha en que se acuerde la asunción por la Fiscalía Europea de las funciones que le otorga el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, las autoridades, agencias u organismos que tuvieran conocimiento de hechos cometidos a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento que pudieran estar comprendidos en el ámbito de las competencias de la Fiscalía Europea, deberán ponerlo en conocimiento de ésta.

Lo anterior evidencia que cuando se tiene constancia de que los hechos perjudican a los intereses financieros de la Unión Europea, la competencia para la investigación le corresponde a los Fiscales europeos delegados para investigar y ejercer la acción penal, que la competencia judicial la tiene atribuida la Audiencia Nacional para el conocimiento y fallo de esos procedimientos, a excepción de los casos de aforamiento, que le corresponderá al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia, además de la obligatoriedad de constituir un Juez de garantías. Que, en todo caso, cuando se tenga conocimiento de hechos que puedan revestir una afección a los intereses financieros de la Unión Europea, se comunicará «sin dilación indebida» a los Fiscales europeos delegados, salvo en el caso de que la Fiscalía y órganos judiciales que en el momento de entrada en vigor de la Ley (que tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el día 2 de julio de 2021) estuvieran conociendo de esos

delitos, lo que comunicarán facilitando el derecho de avocación, siempre que no se hubiera presentado formalmente acusación. En todo caso, la Disposición Transitoria Única determina que esos hechos se deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Europea.

Una vez concluido lo anterior, creo que se puede afirmar que el argumento de afección a los intereses financieros de la Unión Europea es un criterio sobrevenido, es decir, «*ex novo*»¹⁵.

Ahora bien, también es cierto que nos encontramos ante un escenario procesal en el que se solapan dos planos diferentes. En primer lugar, ya hemos aludido a ello, la Disposición Final Novena de la L.O. 9/2021, de 1 de julio, dispone que su entrada en vigor tendrá lugar al día siguiente de su publicación en el BOE, donde fue publicada el día 2 de julio de 2021; por lo tanto, cuando la Ley entró en vigor, la pieza principal de la causa del «procés», que dio lugar a la STS 459/2019, de 14 de octubre, ya estaba resuelta, así como otros procedimientos anteriores a su entrada en vigor, por lo que ésta no les sería de aplicación.

Sin embargo, a la vez, existen actuaciones donde la investigación y el ejercicio de la acción penal (Art. 4, Competencia de los Fiscales europeos delegados) se ha desarrollado con posterioridad a su entrada en vigor, por lo que el Régimen Transitorio de la Ley, previsto en su Disposición Transitoria única, determina que cuando las Fiscalías y órganos judiciales que se encontraran conociendo los delitos cometidos a partir de la fecha de su entrada en vigor que pudieran encontrarse en el ámbito de sus competencias, «actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de esta ley orgánica (Inicio del procedimiento para el ejercicio del derecho de avocación), siempre que en el procedimiento no se hubiere presentado aun formalmente acusación».

Si eso es así, no resulta difícil concluir que el procedimiento seguido hasta ahora en esas actuaciones no se ha hecho según lo dispuesto en la L.O. 9/2021, de 1 de julio, lo que levanta serias dudas sobre la forma en la que éste se ha llevado a cabo y sobre el que, además, no consta que hoy en día se le haya dado traslado a la Fiscalía Europea.

15. Vid., Providencia del Tribunal de Cuentas, Sección de Enjuiciamiento (Departamento 2º. Enjuiciamiento), de 11 de junio de 2024, mediante la que se da traslado a las partes para que realicen alegaciones sobre la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.