

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15428 *Pleno. Sentencia 93/2024, de 19 de junio de 2024. Recurso de amparo 6971-2022. Promovido por doña Magdalena Álvarez Arza respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que la condenaron por un delito continuado de prevaricación. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena penal basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:93

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6971-2022, promovido por doña Magdalena Álvarez Arza, representada por el procurador de los tribunales don Manuel Ignacio Pérez Espina, bajo la dirección letrada de don Rafael Alcácer Guirao, contra la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016; y la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 601-2020 que la confirmó. Han sido parte el Partido Popular, representado por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano; don Gaspar Zarrías Arévalo, representado por la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura, bajo la dirección técnica del letrado don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano; don Francisco Vallejo Serrano, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica de la letrada doña Encarnación Molino Barrero; don Jesús María Rodríguez Román, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica del letrado don Luis Aparicio Díaz; don Antonio Vicente Lozano Peña y don José Antonio Griñán Martínez, representados por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez; y doña Carmen Martínez Aguayo, representada por la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, bajo la dirección técnica del letrado don Víctor Moreno Catena. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. El procurador de los tribunales don Manuel Ignacio Pérez Espina, en nombre y representación de doña Magdalena Álvarez Arza, bajo la dirección letrada de don Rafael Alcácer Guirao, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia mediante escrito registrado en este tribunal el 26 de octubre de 2022.

2. Son antecedentes relevantes para su resolución los siguientes:

a) Por sentencia dictada el 19 de noviembre de 2019, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla condenó, en el marco de la denominada «pieza específica» del caso «ERE», a diversos miembros del Gobierno y de la administración de la Junta de Andalucía –incluyendo desde presidentes de la comunidad autónoma a directores generales– por haber intervenido, a lo largo de casi diez años, en el diseño de un sistema de concesión y/o ejecución de ayudas sociolaborales.

Según el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (fundamento de Derecho 1, pág. 97 y siguientes), los hechos en los que se habría articulado el sistema de concesión de ayudas sociolaborales se dividirían en tres etapas diferentes:

«I) Primera etapa

Hasta el año 2000 y para dar respuesta a las situaciones de crisis económicas de empresas radicadas en Andalucía la Junta de Andalucía, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, articuló un sistema de ayudas para financiar con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores de dichas empresas que, atendiendo a su edad, les aseguraban un nivel de ingresos hasta acceder a la jubilación. Estas ayudas eran complementarias a otras ayudas extraordinarias que se concedían a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas de acuerdo con la legislación estatal (Orden de 5 de octubre de 1994 y Orden de 5 de abril de 1995, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

La aplicación presupuestaria que se utilizaba para clasificar este gasto era la 0.1 13.00.01.00.48100, dentro del programa 22E, relativa a transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro y se tramitaba como una subvención excepcional, sujeta a fiscalización previa.

Los expedientes para la concesión de estas ayudas se integraban por los siguientes documentos: memoria justificativa, acreditación de la personalidad del solicitante, documento acreditativo de la situación de hecho que amparaba la solicitud (resolución de la autoridad laboral del ERE) y compromisos asumidos para el caso de que variara la situación laboral de los perceptores. La Dirección General de Trabajo elevaba una propuesta de resolución al consejero de Empleo que era el órgano competente para la concesión.

La sentencia en sus distintos fundamentos jurídicos, singularmente el séptimo, declara que estas ayudas, que suponían la disposición gratuita de fondos públicos en favor de empresas y para conseguir una actuación de interés público o social, tenían la consideración de subvención y estaban sujetas en su concesión a distintas normas, de entre las que cabe destacar el título VII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de concesión de subvenciones de la Junta de Andalucía, y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

Sin perjuicio de ahondar más adelante en el régimen jurídico aplicable a estas ayudas, las notas más relevantes de esta regulación eran las siguientes:

El órgano competente para la concesión de las subvenciones era el titular de la Consejería en cuyo ámbito se concedían, siendo necesario el acuerdo del Consejo de

Gobierno en subvenciones cuando el gasto fuera superior a 500 millones de pesetas (art. 104 de la Ley 5/1983).

Los beneficiarios de la subvención quedaban sujetos a las siguientes obligaciones:

- (i) Realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamente la concesión de la subvención en la forma y plazos establecidos;
- (ii) Justificar ante la entidad concedente o, en su caso, la entidad colaboradora la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la subvención;
- (iii) El sometimiento a las actuaciones de comprobación, a efectuar por la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con las subvenciones y ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía;
- (iv) Comunicar a la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquier administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como las alteraciones a que se refiere el artículo 110 de la presente ley y
- (v) Acreditar, previamente al cobro de la subvención, que se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social, en la forma que se determine por la Consejería de Economía y Hacienda que, asimismo, establecerá los supuestos de exoneración de tal acreditación (artículo 105).

En defecto de regulación específica, los consejeros correspondientes, antes de proceder a la autorización de los créditos, debían aprobar las bases reguladoras de la concesión, fijando un plazo para la presentación de las solicitudes y de forma excepcional previamente a la autorización de los créditos, las oportunas bases reguladoras de la concesión, que habían de contener el plazo para presentar las solicitudes (artículo 107).

En las bases reguladoras se podía disponer que la entrega fuera realizada por entidades colaboradoras. Las empresas públicas de Andalucía podían ser entidades colaboradoras y también se establecía a su cargo las siguientes obligaciones:

- (i) Entregar a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las normas reguladoras de la subvención o ayuda;
- (ii) Verificar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones determinantes para su otorgamiento;
- (iii) Justificar la aplicación de los fondos recibidos ante la entidad concedente y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios;
- (iv) Someterse a las actuaciones de comprobación que, respecto de la gestión de dichos fondos, pueda efectuar la entidad concedente, a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía y
- (v) Colaborar en la restitución de las subvenciones otorgadas en los supuestos en que concurra causa de reintegro, y conforme a las normas que se establezcan (artículo 106).

Se establecía que estas subvenciones y ayudas se habrían de otorgar con arreglo a los principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, respetando, en todo caso, las normas que les afecten del Derecho de la Unión Europea, reguladoras de la supresión de barreras comerciales entre los Estados miembros y de la libre competencia entre las empresas

Los proyectos de normas reguladoras de la concesión de subvenciones debían ser sometidos a informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, antes de su aprobación, y publicados en el "Boletín Oficial de la Juntad de Andalucía" (artículo 107).

Resulta necesario destacar, por último, que de conformidad con lo establecido en la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía (artículos 77, 81 y concordantes) la concesión de subvenciones estaba sujeta a control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía y estaban también sometida a seguimiento y control posterior, conforme a lo previsto en el artículo 85 bis de la citada ley.

II) Segunda etapa.

Ante la necesidad de dar respuesta ágil a las graves crisis empresariales que afectaban a algunas importantes empresas de Andalucía en el año 1999 se decidió que el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) adelantara algunas de estas subvenciones, y así aconteció en relación con las ayudas concedidas a las empresas IAMASA y HAMSA. Con tal procedimiento se procedía al pago sin la necesaria fiscalización previa.

Por ese motivo en el caso de la empresa IAMASA se tuvo que iniciar un expediente de convalidación del gasto y el letrado del servicio jurídico adscrito a la Consejería de Empleo, a la vista de las deficiencias observadas por la intervención delegada, emitió informe el 9 de febrero de 2000 declarando que el gasto no era convalidable. El interventor delegado afirmó en su informe que si el expediente hubiera sido sometido a fiscalización previa, se hubiera emitido informe de disconformidad.

Y algo similar ocurrió en el caso de la empresa HAMSA, en la que el interventor delegado emitió informe de disconformidad y, formulada discrepancia por el viceconsejero de Empleo, el interventor subsanó algunas de las deficiencias recomendando que se solicitara informe a la Dirección General de Asuntos Europeos, incluyéndose posteriormente otra nota de reparo de la Intervención porque el informe aportado era genérico y no suficiente para justificar la compatibilidad de esa ayuda a empresa con las normas de la Unión Europea.

Según se refiere en la sentencia, con apoyo en la declaración testifical de don Juan Luque Alonso, interventor delegado de la Consejería de Empleo, se rechazaron o se formularon reparos en distintos expedientes con una cuantía global de sesenta y tres millones de pesetas y se rechazaron justificaciones de gasto en expedientes por cuantía de ochenta millones de pesetas. En la misma dirección declararon los peritos de la Intervención General del Estado (IGE).

Ante las dificultades surgidas, en abril de 2000 se procedió a una modificación presupuestaria, bajo la iniciativa de la Consejería de Empleo. Se modificó la clasificación económica del gasto.

Según la Orden de 22 de mayo de 1998, las subvenciones debían incluirse en la partida 472 (transferencias corrientes a empresas privadas) o en la partida 481 (transferencias a familias o entidades sin ánimo de lucro) y en esas clasificaciones presupuestarias era necesario identificar a los destinatarios de cada ayuda. Pues bien, lo que se hizo fue, sin cambiar el programa (22E), modificar la clasificación, incluyendo la cantidad en la partida presupuestaria 440.12, correspondiente a transferencia de financiación al IFA.

Los responsables de la Junta de Andalucía eran conscientes de la necesidad de una regulación específica de estas ayudas, como lo evidencia el que durante el año 2000 se elaborara un proyecto de decreto que regulara el procedimiento de concesión, que fue elevado en tres ocasiones a la Comisión general de viceconsejeros, sin que fuera finalmente aprobado. También en 2004 se elaboró un proyecto de orden en términos similares que tampoco fue aprobada.

En vez de aprobar una nueva normativa o cumplir con la normativa entonces vigente se inclinaron por la utilización de un indebido criterio de presupuestación, que permitía conceder las subvenciones de forma libre, sin control previo de la Intervención y sin cumplir con los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones.

A tal fin idearon un mecanismo que, como indica el Ministerio Fiscal en su informe, era relativamente sencillo y sumamente eficaz para la finalidad perseguida. Tanto en los proyectos de presupuestos como en las distintas modificaciones presupuestaria aprobadas durante siete años, cambiaron la clasificación presupuestaria que se venía

haciendo, incluyendo las ayudas sociolaborales en la partida de "Transferencia de financiación al IFA".

El IFA se limitaba a materializar las ayudas que concedía la Consejería de Empleo y a través del nuevo criterio de presupuestación se lograba, de un lado, que los expedientes de gasto no fueran objeto de fiscalización en la Consejería porque los fondos habían sido transferidos al IFA y, de otro, que en el IFA no pudiera llevarse a cabo esa fiscalización ya que el Instituto estaba sujeto a control financiero permanente, de forma que solo se fiscalizaba el pago *a posteriori*.

En efecto, el expediente de las transferencias de financiación no precisa la identificación de los destinatarios de las ayudas. Únicamente requiere consignar:

- (i) La propuesta de resolución del órgano competente autorizando la transferencia;
- (ii) El calendario de pagos aprobado por la Dirección General de Tesorería;
- (iii) Los documentos contables acreditativos de la consignación presupuestaria y el programa de actuación (PAIF) publicado en el "BOJA" por orden de la Consejería de Hacienda.

Y en la fiscalización posterior de la actividad del IFA, realizada a través del llamado "control financiero permanente", conforme a lo previsto en el [...] Decreto 9/1999, de 19 de enero, únicamente tenía un triple objetivo:

- (i) Comprobar el cumplimiento de la legalidad;
- (ii) Examinar las cuentas anuales y
- (iii) Examinar críticamente la gestión de los programas asignados al instituto. Este control no tenía utilidad alguna para conocer el destino de las subvenciones, dado que se limitaba al control de la transferencia.

En el año 2000 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó dos modificaciones presupuestarias, siguiendo el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido (18 de abril de 2000 y 28 de julio de 2000, por importe de 257 y 904 millones de pesetas. Y en 2001 se hicieron cinco modificaciones presupuestarias del mismo tipo (7 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 3 de noviembre de 2001 y 5 de diciembre de 2001) por importe, respectivamente, de 500, 5573, 1225, 660 y 6355 millones de pesetas.

Hasta el mes de julio de 2001 los fondos recibidos por el IFA eran movilizados al destinatario final mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y el IFA. El 7 de julio de 2001 el consejero de Empleo y el presidente del IFA firmaron un convenio marco de colaboración para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad Social, en el que se preveía que el IFA prestaría asistencia técnica permanente, materializando las ayudas y se establecía que habrían de suscribirse convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA para la gestión de los fondos.

El convenio marco no fue publicado en el "BOJA" y no fue objeto de informe previo, ni por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, ni por la Intervención General de la Junta de Andalucía, ni por los servicios jurídicos del IFA. Además, nunca se constituyeron las comisiones de seguimiento previstas en el convenio marco y en los convenios particulares se hacía constar que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

A partir de 2002 y hasta el año 2009, con la finalidad de evitar todo control y con conciencia de los incumplimientos ya reseñados, se procedió a elaborar y aprobar los proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales" en el nuevo programa 31L, que sustituía al 22E.

Por tanto, utilizando el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido se incluyeron las siguientes partidas presupuestarias:

- En 2002: 34 341 351 €.
- En 2003: 55 646 899 €.

– En 2004: 46 146 389 €. [En este ejercicio el IFA cambió su denominación por Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) y pasó a estar adscrito a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa].

- En 2005: 72 261 575 €.
- En 2006: 77 291 000 €.
- En 2007: 79 207 500 €.
- En 2008: 87 478 495 €.

Además de estas partidas, durante los distintos ejercicios se aprobaron modificaciones presupuestarias, que incrementaron el flujo de dinero que gestionaba el IFA/IDEA y que recibía como transferencia de financiación.

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

- Modificación de 15 de octubre de 2002, por importe de 9 944 099 €.
- Modificación de 21 de octubre de 2002, por importe de 22 253 204,17 €.
- Modificación de 7 de diciembre de 2005, por importe de 799 895,97 €.
- Modificación de 7 de noviembre 2006, por importe de 9 300 000 €.
- Modificación de 27 de noviembre de 2007, por importe de 7 448 503,44 €.
- Modificación de 22 de diciembre de 2008, por importe de 1 253 853,89 €.
- Modificación de 22 de diciembre de 2008, por importe de 6 011 836,20 €.
- Modificación de 22 de diciembre de 2008, por importe de 8 000 000 €.

El montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y luego 31L, de los que se dispuso todos estos años, para atender compromisos asumidos frente a terceros para ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis, y también por otros conceptos mediante el mecanismo inadecuado de las transferencias de financiación, desde la Consejería de Empleo a la Agencia IFA/IDEA, se elevan, si sumamos las cantidades consignadas originariamente, más los incrementos derivados de modificaciones presupuestarias, desde el ejercicio presupuestario 2000, al ejercicio presupuestario 2009, a un total de más de 680 000 000 €.

Según han puesto de relieve distintos informes y resoluciones judiciales y administrativas, como consecuencia de todo lo anterior, las irregularidades más significativas en la concesión de las ayudas (sin hacer una enumeración exhaustiva) han sido las siguientes:

- En muchos casos no ha existido expediente de concesión de la ayuda.
- El director general de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.
- No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).
- Se ha omitido la fiscalización previa.
- No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.
- No se consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.
- No consta informe de la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la Comisión las subvenciones concedidas a empresas.
- No consta memoria explicativa de la excepcionalidad de las subvenciones, ni los requisitos que se exigen para ser beneficiario, ni se detalla la forma en que debería realizarse la justificación del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida la ayuda.
- Los convenios de colaboración por los que se han concedido las ayudas no adoptan ni la forma ni los contenidos mínimos que exige la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.

- Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía", ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.
- La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.
- No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones).
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.
- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
- No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono.

La sentencia concluye afirmando que no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas y se omitió la fiscalización previa y, siendo las deficiencias tan notables no era factible la convalidación del gasto. (Todo ello sin incluir el sin fin de ilegalidades detectadas en cada uno de los expedientes singulares que son objeto de investigación y enjuiciamiento en las distintas piezas separadas).

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

(i) Debido a la falta de publicidad y libre concurrencia y de la inexistencia de bases reguladoras muchas empresas y trabajadores se vieron privados de la posibilidad de solicitar y que les fueran concedidas las ayudas. Señala la sentencia que las ayudas consistentes en pago de primas de renta colectiva y capital se concedieron a setenta y siete empresas que presentaron ERE, pero en la Comunidad Autónoma Andaluza y atendiendo como fuente a la Subdirección General de Estadística, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el número total de expedientes de regulación de empleo tramitados en la comunidad andaluza, fueron:

- En el año 2001, fueron 748, afectando a un total de 7582 trabajadores.
- En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4787 trabajadores.
- En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4957 trabajadores.
- En el año 2004, fueron 657, afectando a un total de 4833 trabajadores.
- En el año 2005, fueron 424, afectando a un total de 5476 trabajadores.
- En el año 2006, fueron 434, afectando a un total de 2968 trabajadores.
- En el año 2007, fueron 428, afectando a un total de 3247 trabajadores.
- En el año 2008, fueron 652, afectando a un total de 7000 trabajadores.
- En el año 2009, fueron 1379, afectando a un total de 30 821 trabajadores.
- En el año 2010, fueron 1490, afectando a un total de 21 450 trabajadores.

(ii) La ausencia de cualquier mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado de las personas beneficiarias de las pólizas, permitió la inclusión de beneficiarios que nunca habían pertenecido a las empresas ayudadas por la Consejería de Empleo.

(iii) La no exigencia de justificación de requisitos previos y la ausencia de cualquier tipo de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número indeterminado de ellos siguiera percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado de nuevo al mercado laboral, o pese a haber pasado a situación de incapacidad.

(iv) Un gran número de ayudas a empresas en crisis, carecen, además, de objeto concreto y respondieron a fines muy diversos, como pago de nóminas, pago de deudas,

pago de minutas por servicios profesionales, pago de avales, o simplemente no estaban suficientemente especificados.

(v) Además, a pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron buena parte de estos fondos para fines completamente ajenos a las ayudas sociolaborales. Así, entre otros, con fondos del programa 31L se pagaron campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del Servicio Andaluz de Empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112, de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales; se financió parte de la subida salarial de trabajadores de las empresas FCC y CESP, como consecuencia de la suscripción de un convenio colectivo en el 2006, que puso fin a una conflictividad laboral de la limpieza pública de la provincia de Granada; se financiaron dieciséis muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo en diversos municipios andaluces; y se pagó a la fundación San Telmo un curso de alta dirección, durante cinco ejercicios.

III) Tercera etapa.

La tercera etapa se inicia en 2010, momento en el que se abandonaron las transferencias de financiación y se presupuestaron las partidas para la concesión de las ayudas, publicándose las primeras bases reguladoras de las mismas, mediante las Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011, 13 de marzo de 2012 y 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a ex-trabajadores y ex-trabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

Era una norma dirigida a solucionar los problemas habidos en la concesión de las ayudas sociolaborales, que se dictó para atender a unos grupos concretos de trabajadores, que articulaba las nuevas ayudas a través de la figura de la novación y que no afectaba a las acciones de reintegro iniciadas o que pudieran iniciarse en el futuro.

Este [...] Decreto estableció en su primer artículo que "[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, en particular, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, el título VIII del texto refundido de la Ley general de hacienda pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, así como el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la administración de la Junta de Andalucía", lo que supone una excepción al régimen general y evidencia que el criterio seguido en los años anteriores no era conforme a derecho.

En todo caso la norma estableció una completa regulación, incluyendo entre otros aspectos, criterios de concesión, sistemas de control, obligaciones de colaboración y declaración, acciones de reintegro y régimen disciplinario y disponiendo expresamente la exigencia de fiscalización previa.»

b) La demandante de amparo fue condenada en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla por haber participado en los hechos anteriores, en su calidad de consejera de Economía y Hacienda, entre el 2 de agosto de 1994 y el 7 de febrero de 2004. Como tal, participó en la elaboración y aprobación de los anteproyectos de presupuestos y –como miembro del Consejo de Gobierno– en la aprobación y elevación al Parlamento de Andalucía de los proyectos de ley de presupuestos correspondientes a los años 2002 a 2004, siendo concedora de que, dentro de programa 31L, se consignaban en el instrumento «transferencias de financiación» conceptos vinculados a la partida 440.51 en materia de relaciones laborales. También participó en la tramitación y aprobación –como consejera y como miembro del Consejo de Gobierno– de determinadas modificaciones presupuestarias desde el año 2000 al año 2004.

Por dichos hechos, se condenó a la señora Álvarez Arza como autora de un delito continuado de prevaricación [art. 404 del Código penal (CP)] a las penas de nueve años de inhabilitación especial, con la consiguiente privación definitiva de todo cargo público de carácter electivo o de designación, en cualquier administración pública, que tenga la penada; y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena, imponiéndosele asimismo el pago de la 1/37 parte de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

c) Interpuesto recurso de casación por la representación procesal de la demandante, el mismo fue desestimado íntegramente por sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre.

3. En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) encauzada a través de cuatro vertientes distintas:

a) En primer lugar, al haberse incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «resolución» al que se refiere el art. 404 CP. Para la demandante de amparo, ni el proyecto de ley ni, mucho menos, el anteproyecto de ley pueden ser razonablemente subsumidos en el elemento del tipo «resolución», puesto que ni tienen contenido decisorio, ni resuelven sobre el fondo, ni generan efectos jurídicos para los administrados. Constituyen, en definitiva, «meros actos preparatorios o de trámite sin fuerza ejecutiva, consistentes en elevar al Consejo de Gobierno (el anteproyecto) y en remitir (el proyecto) al Parlamento, único órgano que si tiene competencia para resolver sobre la ley de presupuestos».

En base a ello, la demandante afirma que las decisiones en virtud de las cuales quedan aprobados dichos proyectos de ley o anteproyectos de ley en ningún caso generan efectos *ad extra* hacia los administrados, sino que suponen simplemente poner fin a una fase del procedimiento administrativo. Seguir la tesis mantenida por los órganos judiciales (que orbita sobre la concepción de que el carácter ejecutivo de dichas decisiones se deriva de que suponen la finalización del proceso de elaboración del proyecto de ley) supondría que «todo acto de trámite pasaría *eo ipso* a constituir una "resolución" con fuerza decisoria puesto que pondría fin a la tramitación de ese mismo acto reglado».

A su juicio, esta posición supone no solo una contravención de la doctrina del Tribunal Supremo mantenida hasta la fecha, sino que, además, conlleva la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes que se revelan altamente incompatibles con la separación de poderes y el art. 66.2 CE toda vez que supone convertir los textos prelegislativos en mandatos al Parlamento. Esto se encuentra en consonancia con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que ha afirmado reiteradamente que los textos prelegislativos constituyen actos preparatorios de una decisión parlamentaria, lo que se traduce en su carencia de entidad y eficacia jurídica.

Para la demandante, atribuir la condición de «resolución» a la realización de cualquier acto de trámite supondría equiparar en gravedad a las decisiones definitivas sobre el fondo de un asunto administrativo los informes no vinculantes o los trámites intermedios, interpretación que racionalmente no puede derivarse del sentido de la ley. A esto coadyuva, claro está, el hecho de que los actos que las resoluciones impugnadas califican como resolución se refieren a textos prelegislativos que posteriormente deben ser aprobados por el Parlamento a través de un complejo proceso de informes y enmiendas, lo que impide afirmar que dichos textos puedan tener una «eficacia determinante» en la decisión finalmente aprobada por un Parlamento independiente y autónomo.

b) En segundo lugar, al haberse fundado la condena en una aplicación retroactiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 9.3 CE). En el desarrollo de este motivo aduce la demandante que la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881), (antecedente en el que la resolución del Tribunal Supremo se apoya para considerar las conductas de la demandante subsumibles en el delito de prevaricación) ha sido aplicada

retroactivamente. En este sentido, recuerda la recurrente que el cambio jurisprudencial operado por la resolución referenciada no se encontraba vigente en la fecha de comisión de los hechos (años 2000 a 2004), ni tampoco en la fecha en la que fue llamada a declarar como investigada (año 2013), ni siquiera en el momento en que concluyó el juicio oral (diciembre de 2018).

Consecuentemente, en el momento en que la demandante ejerció sus funciones como consejera de Economía y Hacienda el giro jurisprudencial que permitió considerar «resolución administrativa» los actos de tramitación que tuvieran «eficacia causal determinante» no se encontraba vigente y resultaba claramente imprevisible habida cuenta de la doctrina tradicional mantenida por el Tribunal Supremo. A esto se une, además, la circunstancia de que la doctrina acogida en la ya referenciada STS 163/2019 no ha tenido un seguimiento posterior por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que es indicativo de la excepcionalidad con la que la Sala Segunda consagró estos argumentos.

c) En tercer lugar, por haberse incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «asunto administrativo» (art. 404 CP). Tras traer a colación la doctrina de este tribunal sobre la naturaleza de los proyectos de ley (SSTC 45/1990, de 15 de marzo, y 196/1990, de 29 de noviembre) y su naturaleza ajena al ámbito de los actos administrativos, la demandante aduce que las resoluciones judiciales impugnadas habrían incurrido en una interpretación extravagante del tipo al tratar de justificar la punición por el art. 404 CP bajo la consideración de que los actos políticos o de gobierno pueden ser sometidos a control judicial en aquellos elementos reglados por el ordenamiento jurídico.

Considera, además, que la afirmación efectuada en la sentencia recurrida, y que orbita en torno a la concepción de que la jurisdicción penal no debe someterse a los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, resulta ajena a toda pauta razonable de interpretación jurídica y es lesiva del derecho a la legalidad penal por diferentes razones: (i) Porque la presencia de elementos reglados no permite convertir la tramitación prelegislativa en un «asunto administrativo» pues supone desconocer la particular naturaleza del proyecto de ley como acto de iniciativa legislativa. (ii) Porque el proyecto de ley es un acto preparatorio de una decisión parlamentaria y carente de entidad jurídica propia. Carece de sentido, en definitiva, que los textos prelegislativos deban ser sometidos al control judicial por cuanto dicho control lo ejerce el Parlamento a través del examen, enmienda y aprobación del proyecto de ley en cuestión. (iii) Porque efectuar una interpretación autónoma prescindiendo de la doctrina de este tribunal sobre la naturaleza jurídica de los proyectos de ley vulnera el derecho a la legalidad penal. Se estaría, en otras palabras, realizando una interpretación del concepto «asunto administrativo» que prescindiría del resto del ordenamiento jurídico, cuestión que sería, además, especialmente gravosa habida cuenta de la involucración de conceptos que no son puramente penales. (iv) Porque se estaría estableciendo un concepto «penal» de «asunto administrativo» distinto del manejado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo o una naturaleza jurídica de los «proyectos de ley» que ignoraría la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que sin duda incrementa exponencialmente la inseguridad jurídica.

Termina la demandante incidiendo en que todo lo anterior sería igualmente extrapolable a las modificaciones presupuestarias, las cuales, considera, tampoco tendrían naturaleza administrativa, sino de meros actos de desarrollo del presupuesto previamente aprobado por el Parlamento a fin de acomodar sus créditos al surgimiento de necesidades sobrevenidas.

d) En cuarto lugar, porque se habría incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «arbitrariedad» (art. 404 CP) al considerar ilegal un texto prelegislativo que posteriormente quedó conformado como una ley presupuestaria aprobada por el Parlamento de Andalucía. Así, aduce la demandante de amparo que la utilización del instrumento «transferencias de financiación» como medio para sufragar

ayudas a empresas y particulares fue aprobado por el Parlamento andaluz lo que, desde luego, hace quebrar la presunción de ilicitud que es plasmada en las resoluciones judiciales combatidas.

En este punto considera que las sentencias impugnadas parten de una contradicción evidente pues si consideran que las leyes de presupuestos no aprobaron financiar ayudas sociolaborales con transferencias de financiación (sino que aprobaron una partida presupuestaria para cubrir pérdidas que estaban indebidamente recogidas en el presupuesto) ello llevaría no solamente a afirmar que dos textos normativos idénticos aprobaron cosas distintas sino que, también, sustraería de la cadena causal al acto posterior.

La recurrente sostiene que la cuestión sería especialmente relevante toda vez que se atribuiría efectos jurídicos a un proyecto de ley que carece de eficacia jurídica propia, ya que no constituye sino una mera propuesta legislativa que no genera obligaciones y que no puede producir ningún efecto en la ejecución del gasto. Solo en el momento en que pasan el trámite parlamentario preceptivo es cuando comienzan a desplegar efectos jurídicos siendo que, además, en este caso, dichas leyes no fueron recurridas o declaradas inconstitucionales. El seguimiento de la tesis mantenida por los órganos judiciales supondría llegar a la conclusión fáctica de que durante ocho años el Parlamento no fue consciente de lo que aprobaba, lo que supone una confusión entre la *voluntas legislatoris* y la *voluntas legis*.

Para la demandante resulta evidente que los proyectos de ley elevados por el Consejo de Gobierno no pueden ser ilegales, pues han sido convertidos en ley por su aprobación parlamentaria de tal manera que, «si las leyes de presupuestos aprobaron lo que se reflejaba en los proyectos de ley –lo que resultaría evidente dada su absoluta identidad de contenido–, entonces los proyectos no pueden, por definición, ser "ilegales"; y si las leyes de presupuestos no aprobaron aquello que con los proyectos de ley pretendía el Gobierno, entonces estos resultan completamente inanes y no pueden tampoco ser "ilegales", pues al carecer de eficacia jurídica no pueden desplegar ningún efecto jurídico *ad extra*».

Por todo ello, interesa la demandante que se le otorgue el amparo, se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y se le reponga el derecho fundamental declarando nulas las resoluciones recurridas.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 284/2023, de 5 de junio, en el que, previa avocación a la Sala de la decisión, admitió a trámite el presente recurso de amparo «porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

Acordó, asimismo, en aplicación del art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla a fin de que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo deseasen, en el presente recurso. También acordó requerir a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 601-2020.

Se propuso finalmente la avocación al Pleno del conocimiento del asunto.

Por providencia de 20 de junio de 2023 el Pleno de este tribunal acordó, conforme al art. 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo, que se tramitaba en dicha Sala con el número 6971-2022, interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza.

5. Se han producido las siguientes incidencias en cuanto a la comparecencia, la personación y las alegaciones de las partes procesales:

a) Mediante escrito de 25 de julio de 2023, el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación del Partido Popular y bajo la dirección letrada de don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano, interesó que se le tuviera por personado en el procedimiento así como la acumulación de los recursos de amparo dimanantes de la misma causa penal. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de este tribunal de 27 de julio de 2023, se admitió su personación y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, a la parte recurrente, al Partido Popular y al Ministerio Fiscal para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que estimasen procedentes.

b) La demandante, por escrito registrado el 25 de septiembre de 2023, presentó sus alegaciones ratificándose en los fundamentos invocados en la respectiva demanda de amparo.

c) La representación procesal del Partido Popular, por escrito registrado el 26 de septiembre de 2023, interesó que se desestimara el recurso al no apreciarse la vulneración del principio de legalidad penal. Siguiendo el orden establecido por la recurrente en su escrito de demanda, la representación procesal del Partido Popular da respuesta a cada uno de los motivos formulados de la siguiente manera:

En relación con la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por haberse incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «resolución» al que se refiere el art. 404 CP, aduce que la demanda incurre en una indebida simplificación de que la condena se basa en actos prelegislativos cuando ello es manifiestamente inexacto. Así, la prevaricación declarada en sentencia de instancia no se fundamentaría únicamente en la adopción de unas resoluciones contrarias a derecho en los trámites de elaboración y aprobación de las normas presupuestarias, sino también en el hecho de que estas decisiones se adoptaron para conseguir una finalidad palmariamente ilegal: evitar el cumplimiento de las exigencias de normas sobre subvenciones y el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Consecuentemente, las sentencias se sustentarían en una subsunción de los hechos plenamente acorde y en nada ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada.

Aduce asimismo que las resoluciones judiciales impugnadas citan diversos precedentes jurisprudenciales y disposiciones legales que justificarían el encuadramiento de las conductas en el concepto «resolución», por lo que ha de considerarse plenamente racional la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo. A las citadas adiciona la parte otros antecedentes legislativos, como la Ley de procedimiento administrativo de 1958, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, o la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que regulan la elaboración de disposiciones de carácter general como procedimientos administrativos especiales, de ahí que sea racional considerar los actos de esos procedimientos como resoluciones en asunto o procedimiento administrativo.

Además, mantiene que la censura en amparo referida a actos prelegislativos no podría extenderse en ningún caso respecto a las modificaciones presupuestarias que son la otra base de la condena de la demandante. Así se razona, de hecho, en el fundamento jurídico 24 de la sentencia del Tribunal Supremo señalando que la decisión aprobatoria de estas modificaciones debía ser adoptada por el consejero de Hacienda o el Consejo de Gobierno y está sujeta a unas exigencias procedimentales que fueron deliberadamente incumplidas.

En relación con haberse fundado la condena en una aplicación retroactiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 9.3 CE), afirma que lo que garantiza el principio

de legalidad es la irretroactividad de la norma penal y no de la jurisprudencia derivada de su interpretación. Ello lleva a que los cambios jurisprudenciales puedan afectar a hechos cometidos con anterioridad al pronunciamiento del tribunal siempre que el cambio jurisprudencial se encuentre debidamente motivado [SSTS 1179/2001, de 20 de julio (ECLI: ES:TS:2001:6461); 611/2011, de 9 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4332), y 438/2018, de 3 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3253)].

En el caso planteado, la doctrina del Tribunal Supremo ha ido evolucionando en su interpretación del concepto jurídico «resolución en asunto administrativo» [SSTS 941/2009, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:5849); 277/2018, de 8 de junio (ECLI:ES:TS:2018:2056); 149/2015, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:960); 600/2014, de 3 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3522), y 359/2019, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2355)] lo que permite afirmar que era previsible una respuesta penal a la adopción de resoluciones manifiestamente ilegales en un proceso prelegislativo. Consecuentemente, no se ha hecho una aplicación sorpresiva por un cambio o giro radical en la interpretación dada en 2019, sino que existen precedentes jurisprudenciales muy anteriores en un sentido similar.

En relación con haberse incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «asunto administrativo» (art. 404 CP), considera que las sentencias impugnadas no desconocen la inmunidad jurisdiccional de los actos políticos sino que, al contrario, motivan suficientemente que los actos enjuiciados no son de aquella clase. En este sentido, mantiene que resulta acertada la afirmación efectuada por las resoluciones impugnadas de que el proceso prelegislativo es un proceso puramente administrativo y que, en consecuencia, los actos del Gobierno y de la administración que culminan en la elevación del proyecto de ley son actos o resoluciones a efectos penales. Esta interpretación sería, además, respetuosa con el reparto de funciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo toda vez que «nunca puede considerarse como decisión de control del poder judicial (del orden penal) sobre otro poder; en este orden judicial no se enjuician actos o decisiones de otros poderes, sino conductas personales imputables a las personas que ocupen, en cada momento, los cargos o empleos públicos, por los actos realizados que respondan a los tipos que el legislador orgánico ha entendido punibles y que, sin excepción, solo son las conductas atentatorias a los derechos fundamentales de los ciudadanos o al interés público general».

La argumentación efectuada por la demandante supondría, en otras palabras, extender al actuar individual de los cargos públicos una inmunidad penal que nada tiene que ver con la imposibilidad de control prevista constitucional o legalmente para las instituciones públicas.

En relación con el último motivo, interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «arbitrariedad» (art. 404 CP) al considerar ilegal un texto prelegislativo que posteriormente quedó conformado como una ley presupuestaria aprobada por el Parlamento de Andalucía, afirma que el hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de una resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad.

Considera que existe un régimen jurídico estatutario, legal y reglamentario aplicable a la elaboración de estos proyectos y que dicho régimen no puede ser modificado sin modificar previamente la norma legal que lo regula. De esta manera, desconocer dicho contenido supondría una aplicación distinta de la prevista en la norma lo que resulta encuadrable en el delito de prevaricación. Vuelve a incidir, por último, en que los argumentos empleados por la recurrente podrían ser solo aplicables a los proyectos y anteproyectos de ley pero nunca a las modificaciones presupuestarias que revisten, como ya se ha señalado, otro régimen jurídico distinto.

d) Por escrito presentado el 6 de octubre de 2023 la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura, actuando en nombre y representación de don Gaspar Zarrías Arévalo, bajo la dirección técnica del letrado don Gonzalo Martínez-Fresneda

Ortiz de Solórzano, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento y adherido a los motivos de amparo primero y segundo formulados por la recurrente.

e) Por escrito presentado el 9 de octubre de 2023, la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, actuando en nombre y representación de don Francisco Vallejo Serrano, bajo la dirección técnica de la letrada doña Encarnación Molino Barrero, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento a los efectos previstos en los arts. 47.1, 51.2 y 52.1 LOTC.

f) Por escrito presentado el 9 de octubre de 2023, la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, actuando en nombre y representación de don Jesús María Rodríguez Román, bajo la dirección técnica del letrado don Luis Aparicio Díaz, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento a los efectos previstos en los arts. 47.1, 51.2 y 52.1 LOTC.

g) Por escrito presentado el 9 de octubre de 2023, el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de don Antonio Vicente Lozano Peña y don José Antonio Griñán Martínez, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento.

h) Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023, la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, actuando en nombre y representación de doña Carmen Martínez Aguayo, bajo la dirección técnica del letrado don Víctor Moreno Catena, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento y adherido a los motivos de amparo formulados por la recurrente.

i) Por diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023 se tuvieron por recibidos los emplazamientos practicados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla y se acordó tener por personados y parte en el proceso a la procuradora doña Virginia Aragón Segura en nombre y representación de don Gaspar Zarrías Arévalo, a la procuradora doña Patricia Rosch Iglesias en nombre y representación de don Francisco Vallejo Serrano, a la misma procuradora señora Rosch Iglesias en nombre y representación de don Jesús María Rodríguez Román, al procurador don Roberto Granizo Palomeque en nombre y representación de don Antonio Vicente Lozano Peña y don José Antonio Griñán Martínez, y a la procuradora doña Olga Coca Alonso en nombre y representación de doña Carmen Martínez Aguayo.

Asimismo, y a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se dio vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, por un plazo común de veinte días, a las citadas partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

j) Por escrito presentado el 26 de octubre de 2023 el fiscal ante el Tribunal Constitucional solicitó una prórroga para evacuar las alegaciones previstas en el art. 52 LOTC, por un plazo de treinta días hábiles complementarios a contar desde la conclusión del plazo ordinario, prevista para el 8 de noviembre de 2023. Por diligencia de ordenación de 30 de octubre de 2023 se tuvo por recibido el anterior escrito del fiscal y se acordó ampliar el plazo en los términos solicitados.

k) Por escrito registrado el 2 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Antonio Vicente Lozano Peña evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los motivos primero, tercero y cuarto del presente recurso de amparo, así como a la petición de nulidad de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

l) Por escrito registrado el 2 de noviembre de 2023, la representación procesal de don José Antonio Griñán Martínez evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los motivos primero, tercero y cuarto del presente recurso de amparo, así como a la petición de nulidad de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

m) Por escrito registrado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de doña Carmen Martínez Aguayo evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los motivos de amparo formulados en el presente recurso en todo lo que pudiera

favorecer a su mandante, por entender que los fundamentos, alegaciones y vulneraciones de derechos fundamentales denunciados son plenamente aplicables a la misma, lo que conllevaría la revocación de las sentencias impugnadas y su absolución.

n) Por escrito registrado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román evacuó escrito de alegaciones en la que denunciaba la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por interpretación extensiva *in malam parte* de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo» a los que se refiere el art. 404 CP. En este sentido, mantiene que los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos políticos de gobierno no siendo posible, en consecuencia, su control judicial. Considera que las sentencias recurridas habrían hecho una interpretación extensiva peyorativa al afirmar que puede sostenerse la existencia de leyes ilegales y que, además, se habría obviado la pericial presentada que serviría para constatar que existía un conflicto de leyes entre el art. 18.1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001 y las sucesivas leyes de presupuestos de la comunidad autónoma que debía resolverse conforme a los principios interpretativos de que la ley especial se aplica sobre la ley general y la ley posterior deroga a la ley anterior.

Adicionalmente sostiene que resulta absurdo condenar a la recurrente y al señor Rodríguez Román y absolver al interventor general que informó favorablemente todas las modificaciones presupuestarias. La existencia de dichos informes conllevaría, en definitiva, la exclusión del delito de prevaricación pues quedaría evidenciado que la ilegalidad no era palmaria, manifiesta o evidente.

ñ) Por escrito registrado el 22 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Francisco Vallejo Serrano evacuó escrito de alegaciones que se articula sobre los siguientes extremos:

(i) Se ha producido una interpretación extensiva *in malam partem* de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo» a los que se refiere el art. 404 CP, toda vez que el proyecto de ley de presupuestos se enmarca en la iniciativa legislativa del Gobierno y, por lo tanto, es un acto político que no puede subsumirse en el tipo del art. 404 CP. Forma parte de la iniciativa legislativa y, en consecuencia, se trata de una actuación en asunto político y no administrativo.

(ii) No puede existir una ley «ilegal» o «ilegalidades» dentro de la ley. Desde el año 2002, todas las leyes de presupuestos de la Junta de Andalucía fueron aprobadas válidamente por el Parlamento de Andalucía, previendo en sus estados de gastos que el dinero para el pago por el IFA/IDEA de las ayudas sociolaborales se allegara al ente instrumental mediante transferencias de financiación. Vistas las leyes de presupuestos en sus estados de gastos y en sus memorias, no puede afirmarse que el Parlamento no sabía lo que aprobaba o que el Parlamento fuera inducido a error.

(iii) Del procedimiento de elaboración de un anteproyecto no se puede derivar una ilegalidad constitutiva de prevaricación. Aunque las sentencias objeto de amparo sitúan la pretendida ilegalidad en la indebida inclusión por la Consejería de Empleo de los créditos para transferencias de financiación, este hecho se produce en la fase de elaboración del anteproyecto, transmitiéndose dicho defecto posteriormente al proyecto de ley y a la ley una vez aprobada. El Consejo de Gobierno no participa en la elaboración material del anteproyecto de ley de presupuestos y no decide las cuestiones técnicas del mismo, confiando en el «buen hacer del trabajo desarrollado por los muchos técnicos cualificados y altos funcionarios que lo han revisado».

(iv) resulta incoherente, ilógico y arbitrario que se condene a la recurrente, y también al señor Vallejo Serrano, mientras que, sin embargo, queda absuelto el interventor general que informó favorablemente todas las modificaciones presupuestarias. La existencia de dichos informes conllevaría, en definitiva, la exclusión del delito de prevaricación pues quedaría evidenciado que la ilegalidad no era palmaria, manifiesta o evidente.

6. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 8 de enero de 2024, presentó sus alegaciones a la presente demanda de amparo. Siguen las mismas un método de análisis que se divide en tres puntos cardinales:

(i) En relación con la primera cuestión, sostiene que la posición mantenida por el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla en virtud de la cual el procedimiento prelegislativo tendría una doble dimensión (una dimensión política no susceptible de control judicial y que incluiría la decisión sobre el destino o distribución de los créditos, y otra dimensión técnica sometida a un procedimiento administrativo reglado) constituye una novedad que no tiene antecedentes «a lo largo del trayecto de vida constitucional iniciado en 1978».

Para el Ministerio Fiscal, los argumentos acogidos por la Sala de Casación a la hora de justificar la producción de efectos *ad extra* de los actos prelegislativos constituye además una inversión del trayecto lógico seguido por la doctrina constitucional y contencioso-administrativa en la medida en que una conducta como la enjuiciada parece excluirse del ámbito de control jurisdiccional por asimilación o conexidad con la función legislativa, parlamentaria por definición en nuestro modelo constitucional.

Así, los argumentos a través de los cuales las resoluciones impugnadas niegan la naturaleza legislativa a los actos de aprobación de un proyecto de ley para su remisión al Parlamento permiten detectar, a juicio de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, una falla lógica determinante pues «constituyen afirmaciones apodícticas que además encierran conclusiones tautológicas, porque las tres hacen presupuesto de la cuestión». En este sentido, afirma el Ministerio Fiscal que las referencias efectuadas a la STS 163/2019, de 26 de marzo, no permiten en ningún caso deducir que el acto de aprobación y elevación al Parlamento constituye una resolución dictada en asunto administrativo. Máxime, precisamente, cuando el propio Reglamento del Parlamento incluye la iniciativa legislativa atribuida al Consejo de Gobierno en el procedimiento legislativo en cuestión (art. 108 del Reglamento del Parlamento andaluz). Ello dificultaría también, por otra parte, la atribución de eficacia decisoria a los actos adoptados en cuanto se exige «un daño específico a personas o servicios públicos» que, en el presente caso, resulta imposible identificar con otro efecto jurídico que no sea el de la apertura de la fase parlamentaria.

A esto añade que la pretensión de que un tribunal penal pueda abordar autónomamente el examen de legalidad de un acto que, sin embargo, está vedado a la jurisdicción contenciosa e incluso al Tribunal Constitucional hace quebrar uno de los principios esenciales del propio Derecho penal como es el principio de intervención mínima y última *ratio*. La autonomía funcional de la jurisdicción penal para apreciar con arreglo a criterios propios determinados aspectos de la realidad administrativa o de otras ramas del Derecho no puede traducirse, en modo alguno, en un auto-posicionamiento de la jurisdicción penal como primera y única barrera jurisdiccional de control de la legalidad de una iniciativa legislativa.

Es en este punto cuando surgiría, para el Ministerio Fiscal, un nuevo factor de imprevisibilidad ante la inexistencia de precedentes de persecución o condena en supuestos similares y ante el contexto de sólida negación del control jurisdiccional sobre este tipo de actos. La sensación de impunidad argumentada por el Tribunal Supremo no puede hacerse valer como fundamento de una condena sin una previa reflexión relativa a la ponderación de los principios e intereses en juego.

Considera, además, que tratar de disociar el juicio de legalidad del acto del Gobierno de la acción penalmente perseguible de quien la realiza no puede conducir a la conclusión de que la condena penal no pasa, precisamente, por el análisis de la legitimidad constitucional de ese acto, siendo que ese análisis lo efectúa, además, un tribunal penal cuando dicho acto está vetado incluso a la jurisdicción constitucional. Efectivamente, distinguir la decisión final de elevar un proyecto de ley de la aprobación misma del proyecto de ley supone atribuir a aquella decisión política una función de control de la legalidad del procedimiento previo de su contenido, lo que atenta contra la autonomía del Poder Legislativo. No es posible, en definitiva, apreciar la ilegalidad y

arbitrariedad de la acción de su autor sin calificar la ilegalidad o inconstitucionalidad del procedimiento o de su contenido y esto es lo que, precisamente, hace la sentencia condenatoria. El seguimiento apodóctico de estas afirmaciones conllevaría que los tribunales penales podrían fiscalizar sistemáticamente la legalidad de los proyectos de ley antes –o al margen incluso– de su valoración, enmienda y aprobación por los Parlamentos. Considera el fiscal que la inadecuación de este razonamiento se deduce ya directamente de la propia jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y ello supondría, incluso, «desapoderar a las Cortes Generales de una facultad que constitucionalmente les corresponde en exclusiva».

Afirma que se trata, consecuentemente, de preservar el principio constitucional de separación de poderes y la autonomía del Poder Legislativo tal como ha sido recordado en diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, donde se ha afirmado la inviabilidad de un control constitucional *ab initio* del contenido de las iniciativas legislativas (AATC 85/2006, de 15 de marzo, y 131/2022, de 11 de octubre). Resultaría, por lo tanto, «inconcebiblemente paradójico [...] que la exclusión de cualquier control jurisdiccional atinente a la constitucionalidad de un mero proyecto legislativo, basada en un imprescindible respeto a la separación de poderes, pudiera convivir, como pretenden las sentencias impugnadas, con un juicio *ex ante* de la jurisdicción penal sobre la "legalidad" formal y material del contenido de la iniciativa legislativa, de modo que el ejercicio de la potestad parlamentaria haya de llevarse a cabo sobre la base de un proyecto cuyo acuerdo de aprobación para su remisión al Parlamento es calificado de delictivo por un tribunal penal».

Todo ello le lleva a concluir que un correcto planteamiento del conflicto entre la aplicación de la norma penal y la tutela de la autonomía del Parlamento para legislar ha de resolverse forzosamente a favor de la exclusión del control penal. La sola idea de que un acto exento al control jurisdiccional contencioso-administrativo e, incluso, constitucional, pueda, sin embargo, ser objeto de control por los tribunales penales choca con la división de poderes y en cualquier lectura conjunta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ello mismo, solicita la estimación de amparo frente a este primer motivo.

(ii) Con relación a la segunda cuestión, vulneración del principio de legalidad por aplicación retroactiva de la jurisprudencia, comienza apreciando el fiscal la concurrencia del óbice procesal de falta de agotamiento al tratarse de una argumentación imputable únicamente a la resolución dictada por el Tribunal Supremo. Se trata, en definitiva, de un motivo autónomo surgido como consecuencia de la respuesta desestimatoria del Tribunal Supremo al motivo sexto del recurso de casación, lo que provoca que, acudiéndose directamente al presente recurso de amparo, y no habiéndose combatido la resolución recurrida vía incidente de nulidad de actuaciones [art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)], no se habría respetado el principio de subsidiariedad que debe regir en la vía constitucional [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC].

Subsidiariamente a la apreciación del citado óbice procesal, interesa el Ministerio Fiscal la estimación del motivo al considerar que tanto la ley como la interpretación que de la misma efectúa la jurisprudencia no pueden desligarse de la previsibilidad de la aplicación como elemento integrante de principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE. Así, en el caso presente se habrían citado para justificar la condena por el delito del art. 404 CP unos precedentes (STS 163/2019, de 26 de marzo) muy posteriores a los actos que se atribuyen a la recurrente (años 2000 a 2004), posteriores incluso al momento en que la demandante fue llamada a declarar como investigada (junio de 2013) e, incluso, al momento en que finalizó el juicio oral (diciembre de 2018). Dichos precedentes, además, en ningún caso se referían a conductas como las aquí enjuiciadas, sino que consistían en la atribución del concepto «resolución dictada en asunto administrativo» a los efectos del art. 404 CP a actos de muy diferente naturaleza, como aquellos relacionados con el otorgamiento de contratos (STS 149/2015, de 11 de

marzo) o la elaboración de informes vinculantes para el pleno de un ayuntamiento (STS 359/2019). En este punto el Ministerio Fiscal adiciona que la relación entre los proyectos de ley elaborados por el Consejo de Gobierno y su posterior aprobación por el Parlamento en ningún caso queda constituida como una «relación vinculante» sino que se enmarca en el sometimiento del proyecto de ley a la tramitación y consideración parlamentaria pudiendo ser objeto, consecuentemente, de aprobación o rechazo.

Todo ello habría producido un salto cualitativo sobre un supuesto no contemplado con anterioridad que supone, además, una clara contravención con los criterios anteriores sostenidos tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre la ausencia de control jurisdiccional de los proyectos y anteproyectos de ley. Ello lleva al Ministerio Fiscal a considerar que se ha producido una interpretación extensiva del concepto «resolución en asunto administrativo» pues, en las circunstancias expresadas, la aplicación de jurisprudencia posterior a la actividad de la recurrente «desborda una evolución accesible, referida a actividades de contratación y otras claramente sujetas al Derecho administrativo, pero en ningún caso a la actividad prelegislativa, introduciendo así un nuevo ámbito de aplicación que carecía de todo precedente».

(iii) Finalmente, en relación con la tercera cuestión, el fiscal considera que las argumentaciones vertidas anteriormente y referidas a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción jurídica en el art. 404 CP de las actuaciones practicadas en la fase de elaboración, aprobación y remisión del proyecto de ley no son automáticamente extrapolables a la aprobación de las modificaciones presupuestarias que sí pueden ser consideradas, por el contrario, decisiones de naturaleza administrativa.

Fundamenta el fiscal dicha afirmación –con amplia cita de la normativa reguladora de la Ley general de hacienda pública de la Junta de Andalucía– en la circunstancia de que las modificaciones o transferencias de crédito, una vez aprobada la ley anual de presupuestos, y que afectan al contenido de los créditos en los estados de gastos autorizados –pero no modifican el monto global del presupuesto– son competencia del Consejo de Gobierno o de la Consejería de Hacienda. Esto se contrapone directamente a aquellos supuestos en que las modificaciones o transferencias de crédito sí afectan al crédito global consignado en los presupuestos en cuyo caso, esta vez sí, el Ejecutivo ha de someter al Legislativo la aprobación de un nuevo proyecto de ley.

Consecuentemente, en un marco legal regido por el principio de jerarquía normativa no puede sostenerse que la previsión explícita de una modificación presupuestaria a cargo del Gobierno o de uno de sus miembros pueda identificarse como una especie de mecanismo de autorreforma operado mediante una delegación tácita o de atribución de potestad legislativa al Ejecutivo que, como se ha visto, carecería de todo soporte constitucional o estatutario. Que el Gobierno pueda modificar el contenido de un crédito o transferirlo a otro, con arreglo a las exclusiones o excepciones señaladas, no convierte esa modificación del crédito en ley sino que, simplemente, constituye una aplicación de la ley. La mera comunicación posterior al Parlamento no supone la atribución de rango normativo al acto, sino que se concreta, más bien, en una mera obligación adjetiva.

Todo ello lleva al Ministerio Fiscal a concluir que «la calificación de los actos de aprobación de modificaciones presupuestarias que se imputan a la recurrente como resoluciones dictadas en asunto administrativo no choca con una eventual naturaleza legal (es decir, de acto con rango, fuerza o valor de ley), fruto de la reserva de ley que impone el art. 134 CE en materia presupuestaria. Negada esa premisa, resulta obvio que no hay razón para temer ni por la autonomía parlamentaria en el ejercicio de la potestad legislativa, que no está en juego, puesto que el Poder Ejecutivo actúa –o debería actuar– en este ámbito con estricta sujeción y en aplicación, precisamente, de las leyes aprobadas por el Parlamento; ni tampoco por el principio consustancial de la separación de poderes, que como se vio al examinar los motivos primero, tercero y cuarto de amparo se vincula directamente a esa posible interferencia en las competencias constitucionales atribuidas a cada uno de ellos, inexistente en el presente caso puesto

que el Poder Ejecutivo actúa –o hubiera debido actuar– en el marco de su competencia delimitada en la propia ley, sin asumir ninguna facultad de iniciativa o modificación de una norma con rango o valor legal». Consecuentemente, los razonamientos esgrimidos por las sentencias impugnadas para excluir las modificaciones presupuestarias del carácter propio de los actos con valor, rango y fuerza de ley se ajustan a la normativa y no presentan indicio alguno de vulneración de derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

En base a lo anteriormente expuesto, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional solicita: (a) la estimación parcial de los motivos de amparo primero, tercero y cuarto en el sentido de que la tipificación como delito de prevaricación administrativa de los actos de aprobación y elevación de los proyectos y anteproyectos de ley de presupuestos vulneran el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE); (b) la inadmisión del motivo segundo del recurso de amparo al incurrir en un defecto de falta de agotamiento (art. 44 LOTC) y, subsidiariamente, la estimación del motivo por vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al producirse una aplicación imprevisible del concepto «resolución en asunto administrativo» por aplicación retroactiva de la jurisprudencia interpretativa del tipo; y (c) la desestimación parcial de motivo tercero en lo relativo a la consideración de las modificaciones presupuestarias como «resolución dictada en asunto administrativo».

Y en relación con el alcance de la estimación parcial, dada cuenta que el eventual otorgamiento de amparo afectaría a varias de las conductas que integran la continuidad delictiva (art. 74.1 CP) del delito de prevaricación (art. 404 CP) por la que ha sido condenada, el Ministerio Fiscal solicita la retroacción del procedimiento al momento de dictar sentencia, con la finalidad de que la Audiencia Provincial proceda a una nueva determinación de la pena con exclusión de la conducta de la demandante relativa a la aprobación de los proyectos y anteproyectos de ley de presupuestos.

7. Por providencia de 17 de junio de 2024 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que condenó a la demandante de amparo como autora de un delito continuado de prevaricación, previsto en el art. 404 CP, a la pena de nueve años de inhabilitación especial; y (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestimó el recurso de casación núm. 601-2020 formulado frente a la anterior resolución.

La recurrente solicita la estimación del recurso de amparo y la nulidad de las resoluciones recurridas por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y ello en base a los siguientes motivos:

(i) Los órganos judiciales han llevado a cabo una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «resolución» del art. 404 CP, al considerar que cada uno de los actos de tramitación prelegislativos de las leyes de presupuestos –anteproyectos y proyectos de ley– constituye una «resolución» autónoma. Interpretación incompatible con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y fundada en pautas valorativas contrarias al principio democrático y al de separación de poderes.

(ii) La condena se funda en una aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial en el concepto de «resolución» del art. 404 CP manifiestamente imprevisible en el momento en que fueron cometidos los hechos enjuiciados.

(iii) Los órganos judiciales han llevado a cabo una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «asunto administrativo» del art. 404 CP, ya que la argumentación utilizada para calificar como tal los proyectos y anteproyectos de la ley de presupuestos y las modificaciones presupuestarias resulta ajena a toda pauta razonable de interpretación jurídica.

(iv) Los órganos judiciales han llevado a cabo una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «arbitrariedad» del art. 404 CP, al incurrir en contradicciones lógicas y desconocer la relevancia inherente a la aprobación de las leyes de presupuestos por el Parlamento.

La representación procesal del Partido Popular ha interesado la desestimación íntegra del amparo con base en las alegaciones que se han expuesto en los antecedentes. Por su parte, las representaciones procesales de don Gaspar Zarrías Arévalo, don Francisco Vallejo Serrano, don Jesús María Rodríguez Román, don Antonio Vicente Lozano Peña, don José Antonio Griñán Martínez y doña Carmen Martínez Aguayo, personados en este procedimiento, han solicitado la estimación del recurso de amparo.

El Ministerio Fiscal solicita: (i) la estimación del recurso de amparo en los motivos relativos a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción en el delito de prevaricación (art. 404 CP) de los hechos consistentes en la elaboración y aprobación de los anteproyectos y proyectos de ley; (ii) la inadmisibilidad del motivo referido a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por aplicación retroactiva de la jurisprudencia sobre el delito de prevaricación (art. 404 CP), al incurrir en la falta de agotamiento de la vía judicial previa (art. 44 LOTC) y, subsidiariamente, la estimación de este motivo; y (iii) la desestimación del motivo relativo a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción en el delito de prevaricación (art. 404 CP) de los hechos consistentes en la tramitación y aprobación de las modificaciones presupuestarias.

2. Breve delimitación fáctica y jurídica del proceso «ERE» y de la condena de la demandante de amparo.

En los antecedentes de esta sentencia se ha reproducido el resumen efectuado en la sentencia de casación por el Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 1, págs. 97 y siguientes) del relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, concerniente al sistema de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis objeto del denominado proceso «ERE».

Dada la extensión del relato fáctico de la sentencia de instancia y antes de proceder al examen individualizado de los motivos articulados en la demanda, conviene hacer unas consideraciones previas para facilitar la comprensión de los hechos objeto del proceso *a quo* y del enjuiciamiento que se llevará a cabo de la demanda de amparo: la primera contiene una sucinta exposición de los hechos que dieron lugar al proceso penal; la segunda se refiere al objeto de la denominada «pieza específica» y su superposición con las restantes piezas desgajadas de la matriz del caso «ERE»; la tercera, a los concretos hechos enjuiciados en el proceso penal; y, en fin, la última, a los hechos que han determinado la condena de la demandante de amparo.

2.1 Sucinta exposición general de los hechos del proceso «ERE».

a) Entre los años 1990 y 2000, el Gobierno de la Junta de Andalucía, con la finalidad de dar respuesta a las situaciones de crisis económica de empresas con centros directivos en la comunidad autónoma, articuló, a través de los presupuestos que gestionaba la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico –anteriormente Consejería de Trabajo e Industria–, un sistema de ayudas para financiar con fondos públicos las primas derivadas de la contratación de pólizas de rentas para trabajadores de dichas empresas que, atendiendo a su edad, les aseguraran un nivel de ingresos hasta acceder a la jubilación. Ese sistema complementaba las ayudas previas a la jubilación ordinaria

del sistema general de la Seguridad Social y las ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas.

La aplicación presupuestaria utilizada para clasificar este gasto, dentro del programa 22E, era la relativa a «Transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro» (concepto 481.00.22E). Las ayudas se tramitaban como subvenciones excepcionales estando sometidas a la normativa en materia de subvenciones, así como a la intervención delegada de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico. La función interventora comprendía la intervención previa o crítica de todo gasto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores; la intervención formal de la ordenación del pago; la intervención material del pago; y, en fin, la intervención de la aplicación o empleo de las cantidades destinadas a obras, suministros o adquisiciones y servicios.

En la tramitación de sendos expedientes sobre estas ayudas, el interventor delegado de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico formuló reparos en el informe de fiscalización que, si bien no llegaron a impedir su concesión, la dificultaron y retrasaron.

b) Según consta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, la necesidad de prolongar las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis y los reparos formulados a su tramitación motivó que el Consejo de Gobierno, la consejera y el viceconsejero de Hacienda, durante los años 2000 y 2001, aprobasen un total de siete modificaciones presupuestarias, mediante las que se crearon en el programa 22E, sendas aplicaciones presupuestarias, conceptos 440.12.22 y 440.00.22, denominadas respectivamente «Transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía –IFA–» y «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales». En cinco de esas modificaciones presupuestarias las cantidades minoradas correspondieron a las partidas presupuestarias 472.00.22E, «Trasferencias corrientes a empresas privadas en materia de relaciones laborales, acciones que generan empleo», y 481.00.22E, «Transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro, acciones que generan empleo». En las otras dos modificaciones presupuestarias las cantidades se detrajeron de diversos programas y conceptos presupuestarios de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

El destinatario de estas modificaciones presupuestarias para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis era el IFA, entidad de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, que como principal instrumento para financiar su actividad –el fomento de la actividad empresarial, la creación de empleo y la instauración de nuevas tecnologías– contaba con las denominadas transferencias de financiación, en sus modalidades de explotación y capital. Las transferencias de financiación tenían como objeto equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias del IFA.

En el segundo semestre del año 2000 se elaboró el «proyecto de decreto de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por el que se establece el procedimiento para la concesión de ayudas sociales a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza». Con esta disposición se pretendía –según se recogía en su preámbulo– «articular el conjunto de ayudas y medidas previstas por la Junta de Andalucía para que sean conocidas y se cumpla con los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, y se establezcan los requisitos y supuestos en los que sea posible la concesión de estas ayudas». En su art. 7.3 se preveía que estas ayudas «podrán ser concedidas a través del Instituto de Fomento de Andalucía». El proyecto de decreto no llegó a ser elevado para su aprobación por el Consejo de Gobierno.

Hasta el mes de julio del año 2001, los fondos recibidos por el IFA fueron entregados a los destinatarios de las ayudas mediante la suscripción de convenios particulares entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA. El 17 de julio de 2001, el consejero de Empleo y el presidente del IFA suscribieron el «Convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), para la materialización de ayudas en materia de Trabajo y Seguridad

Social» (el convenio marco). En virtud de dicho convenio, el IFA se comprometía a prestar asistencia técnica permanente a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, materializando las ayudas que, en su caso, otorgase la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la citada dirección general, a las empresas u otros entes públicos o privados. Se contemplaba la suscripción de convenios particulares entre el director general de Trabajo y el IFA, en los que habían de concretarse las previsiones del convenio marco debiendo contener, al menos, las siguientes especificaciones: (i) objeto y alcance del convenio particular; (ii) estimación económica de la asistencia o cuantía de las ayudas a materializar, empresas u otros entes públicos o privados, así como consignación presupuestaria a cuyo cargo habían de realizarse la transferencia de fondos al IFA; (iii) plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas; (iv) composición, en su caso, de la comisión de seguimiento de la asistencia técnica encargada. El IFA debía dar cuenta inmediata a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de los pagos efectuados a las empresas u otros entes públicos o privados.

En la mayor parte de los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA se hizo constar expresamente que la documentación acreditativa de las ayudas obraba en poder de la dirección general, autorizando esta su pago. En ningún caso llegaron a constituirse las comisiones de seguimiento previstas en el convenio marco.

Tras la firma del convenio marco, el Consejo Rector del IFA debía intervenir en la materialización del pago de las ayudas aprobando, en su caso, los pagos derivados de la firma de cada convenio particular de importe superior a 450 000 €. Las ayudas que superasen la cuantía de 1 200 000 € debían ser autorizadas por el Consejo de Gobierno y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

c) En los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de los años 2002 a 2009 se introdujeron en un nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, las aplicaciones presupuestarias «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» –concepto 440.00– y «Transferencia de financiación al IFA/IDEA» –concepto 440.51–, en las que se recogían los créditos destinados a favor del IFA/IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. Los fondos percibidos por el IFA –que en el año 2004 pasó a denominarse Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), adscrita a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa– se destinaban a pagar lo ordenado por la consejería conforme a lo previsto en el convenio marco.

Los proyectos de las leyes de presupuestos fueron presentados al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda, aprobación y control (art. 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía) acompañados, en lo que ahora interesa, de las correspondientes memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L, de cuyo contenido la sentencia de instancia extrae las siguientes conclusiones, que reproduce la sentencia de casación (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196):

«9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuesto anual de la Junta de Andalucía:

A) La descripción de los objetivos y actividades contenidos en las fichas del programa 31L, son, como hemos visto, del siguiente tenor:

- "Transferencias al IFA".
- "Transferencias al AIDA".
- "Mantenimiento empleo y tejido productivo andaluz".
- "Gestión de subvenciones".
- "Ayudas prejubilaciones y expedientes de regulación de empleo".
- "Suscripción de convenio".

B) Por lo que se refiere a las memorias de los informes económico financieros, en la descripción de las actividades y objetivos contenidos en las mismas, son, como hemos visto igualmente, del siguiente tenor:

- Potenciar la interlocución con los agentes sociales y económicos.
- Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades.
- Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
 - Así mismo y en una cuantía importante instrumenta la materialización de ayudas a empresas con especiales dificultades de mantenimiento del empleo, prejubilaciones y viabilidad económica.
 - Mantener las políticas de ayudas en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas, atendiendo a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
 - Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.
 - Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.
 - El centro directivo que lo ejecuta es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.
 - La previsión es para atender compromisos existentes y no se prevén fondos para nuevas, en su caso, contingencias.
 - Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas.
 - Realización de transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía en aplicación de concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz.
 - Tramitación de transferencias a empresas mediante ayudas a prejubilaciones mediante subvención de la cuota de seguridad social.
 - El programa presupuestario 31L, lo ejecuta la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, centro directivo que tiene atribuidas las competencias que corresponden a la consejería en materia de relaciones laborales.
 - Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras.
 - Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.
 - Continuar la línea de colaboración con IDEA en aplicación del concierto de ayudas para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz en vigor desde el año 2001.
 - En aras del mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, continuará en vigor durante el ejercicio 2003 el convenio marco entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el Instituto de Fomento de Andalucía de 17 de julio de 2001 referido a las ayudas a las empresas para prejubilaciones, expedientes de regulación de empleo y proyectos de viabilidad, con el que se pretende atender a los sectores o empresas en crisis para que se mantenga el mayor volumen de empleo posible.

– Mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz: cobertura de las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e impulso a la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.»

Las citadas partidas presupuestarias –440.00 «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» y 440.51 «Transferencias de financiación al IFA/IDEA»– fueron aprobadas por el Parlamento de Andalucía en las correspondientes leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009, cuyos importes resultaron incrementados como consecuencia de la aprobación de sucesivas modificaciones presupuestarias.

El IFA/IDEA, como consecuencia tanto de la aprobación de las leyes de presupuestos como de las modificaciones presupuestarias, recogió en su presupuesto de explotación, en la rúbrica «Otros gastos de explotación», los importes que preveía recibir del programa presupuestario 31L. El criterio adoptado por el IFA/IDEA a efectos de contabilidad fue el de reflejar la realidad económica de la operación de mera intermediación, es decir, reconocer como un activo –derecho de cobro– los importes a percibir de la consejería, vía transferencias de financiación de los conceptos 440.00 y 440.51, y como un pasivo –obligaciones– los compromisos de pago que asumía por orden de la consejería mediante la suscripción de los convenios particulares entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA/IDEA, en desarrollo del convenio marco.

Según consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, el consejero de Empleo – don José Antonio Viera Chacón– y el vicepresidente del IFA –don Antonio Fernández García–, para evitar dar información a los miembros del Consejo Rector del IFA ajenos a la Consejería de Empleo, así como que tuvieran que ser ratificadas por el Consejo de Gobierno las ayudas superiores a 1 200 000 € y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía», decidieron sustraer al conocimiento del Consejo Rector, a partir de la reunión de 27 de mayo de 2003, todas las ayudas sociolaborales, con el argumento de que tratándose de ayudas a trabajadores la cuantía debía calcularse en atención a lo que iba a cobrar cada trabajador y no por la suma total de las ayudas recibidas por el conjunto de trabajadores de cada empresa. Respecto de las ayudas destinadas a las empresas, el método utilizado fue el fraccionamiento de los importes de los fondos públicos concedidos.

En el ejercicio 2009 se dejaron de suscribir convenios particulares entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IDEA, dictándose por el director general de Trabajo resoluciones concediendo las ayudas y ordenando su pago al director general de IDEA.

El control financiero del IFA/IDEA se limitó a verificar que se había efectuado el pago de las ayudas ordenado por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, ya que formalmente no se trataba de ayudas concedidas por el IFA/IDEA.

d) En el año 2010 se abandonaron las transferencias de financiación al IDEA y se presupuestaron en los correspondientes programas las partidas destinadas a ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, publicándose las bases reguladoras de las convocatorias para su concesión mediante Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011 y de 13 y de 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por el Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de la Junta de Andalucía, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

En el citado decreto-ley se estableció que a estas ayudas sociolaborales no les era de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas, previendo una completa regulación de las mismas referida, entre otros extremos, a los criterios de concesión, los sistemas de control, las obligaciones de colaboración y declaración, las acciones de reintegro, el régimen disciplinario, así como su sujeción a una fiscalización previa.

e) En resumen, el sistema de otorgamiento de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis hasta el año 2010 fue el siguiente:

(i) En la década de los años 1990 estas ayudas se tramitaron como subvenciones excepcionales, siendo concedidas y pagadas por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.

(ii) Desde el año 2000 hasta el año 2010 las ayudas las concedió la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, y el pago lo efectuaba el IFA/IDEA. Su régimen se establecía en los convenios particulares suscritos entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA/IDEA, al amparo del convenio marco de 17 de julio de 2001.

(iii) Al IFA/IDEA se le atribuyeron los fondos para el pago de las ayudas mediante transferencias de financiación. La utilización de estos créditos no estaba sometida a un control previo, sino a un control *ex post*: el llamado «control financiero permanente». Este control se limitaba a (1) comprobar la legalidad del pago; (2) examinar las cuentas anuales; y (3) analizar críticamente los programas asignados al instituto.

(iv) Al IFA/IDEA se le dotó de fondos, al principio, durante los años 2000 y 2001, mediante modificaciones presupuestarias y, después, estableciendo en las leyes de presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009 unas partidas presupuestarias específicas, en el programa 31L, para que abonase dichas ayudas, cuyo importe inicial se incrementó a través de la aprobación de modificaciones presupuestarias.

El seguimiento del referido sistema de otorgamiento de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis hasta el año 2010 permitió, según las resoluciones impugnadas:

(i) que se concediesen las ayudas sociolaborales sin publicación de bases reguladoras que garantizasen la publicidad y conocimiento general por los posibles destinatarios de las ayudas; sin registro en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía; sin establecer el más mínimo mecanismo de comprobación de la pertenencia al colectivo afectado de las personas beneficiarias de las pólizas de rentas abonadas por la Consejería de Empleo; y sin exigencia de justificación alguna o seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios. Todo lo cual permitió que percibieran las rentas de las pólizas personas que nunca habían pertenecido al colectivo afectado o que siguieran percibiéndolas quienes ya se habían incorporado al mercado laboral;

(ii) que se concediesen ayudas a empresas en crisis sin realizar convocatorias que garantizasen la publicidad y conocimiento general; sin el obligatorio registro en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía; y sin que una gran parte de esas ayudas dispusiera de un objeto concreto, lo que facilitó que las ayudas fueran concedidas para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutas por asesoramientos jurídicos y avales y

(iii) que se destinasen fondos del programa 31L a fines distintos y ajenos a los recogidos para este en los correspondientes presupuestos.

2.2. La «pieza específica» y las demás piezas del proceso «ERE».

La causa matriz de los «ERE» se desgajó en una primera pieza denominada «pieza específica» y, en lo que aquí interesa, en un número no inferior a otras 200 piezas que tienen por objeto las ayudas individuales concedidas a empresas o determinados grupos de empresas.

El Tribunal Supremo declara en su sentencia, que en la «pieza específica», de la que trae causa la presente demanda de amparo, han sido enjuiciados, tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de fondos públicos o permitir su disposición, «un grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento y mantenimiento de un sistema de presupuestación que dio lugar a la concesión de ayudas al margen de los procedimientos legales establecidos». En las piezas dedicadas a las ayudas individuales son objeto de investigación, en cambio, cada

una de esas ayudas, «lo que incluye a todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas».

Entre la «pieza específica» y las piezas individuales existe, afirma la sentencia de casación, una posible zona de coincidencia, «la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos». Pese a la existencia de esta zona de coincidencia, el Tribunal Supremo confirma que «[n]o tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto [de dichas piezas], no solo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas. [...] Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz ["pieza específica"] el proceso de "diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes" y en las distintas piezas separadas la concesión y pago de las distintas ayudas». Esta división –reconoce el Tribunal Supremo– «podía dar lugar a que hubiera coincidencias entre la pieza matriz ["pieza específica"] y las piezas separadas, porque si bien hay un grupo de personas que intervinieron en "el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes", dentro de ese grupo hay personas que también intervinieron en la concesión y pago de las ayudas singulares», como «los directores generales de Trabajo y Seguridad Social, [...] los directores generales del IFA/IDEA y, en general, [...] cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos» (fundamento de Derecho 3.4; págs. 122-133).

2.3. Hechos enjuiciados en la «pieza específica».

Los hechos enjuiciados en la «pieza específica» se delimitan material y cronológicamente en el fundamento de Derecho 3.4 (págs. 135-137) de la sentencia del Tribunal Supremo en estos términos:

«(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18 de abril de 2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 1 de diciembre de 2009, por lo que cualquier hecho ocurrido fuera de esos márgenes temporales no ha sido objeto de enjuiciamiento en este proceso.

(ii) En relación con el delito de prevaricación las personas enjuiciadas y que han resultado condenadas lo han sido por adoptar las siguientes resoluciones:

– Elaboración y aprobación de los presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009, incluyendo el programa 31L en sustitución del 22E, introduciendo indebidamente la aplicación presupuestaria "Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales", habilitando anualmente mediante transferencias de financiación unas cuantías muy relevantes que se precisan en el relato fáctico.

– Aprobación de las modificaciones presupuestarias de fechas 28 de julio de 2000, 7 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 13 de noviembre de 2001, 5 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 21 de octubre de 2002, 18 de marzo de 2004, 17 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007, 22 de diciembre de 2008 (tres modificaciones presupuestarias en esa fecha) y 1 de diciembre de 2009.

– Otorgamiento del convenio marco de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT) y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) de 17 de julio de 2001, suscrito por don José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo de la Junta de Andalucía y don Antonio Fernández García, como presidente del IFA.

– Otorgamiento de los convenios particulares suscritos a partir de la firma del convenio marco, firmados hasta su cese por el acusado don Francisco Javier Guerrero Benítez, como director general de Trabajo y por el IFA. En relación con este último, firmados por su presidente hasta el 28 de enero de 2003 y posteriormente por los directores generales de dicho instituto.

– Fraccionamiento de las cuantías de las ayudas a partir del 27 de mayo de 2003 en función de las cantidades asignadas a cada trabajador y no de las cantidades asignadas a las empresas, todo ello para sustraer su conocimiento del Consejo Rector del IFA.

– Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa Pickman, S.A., según adenda suscrita por la Dirección General de Trabajo y el IFA, ratificado por el Consejo Rector del IFA en su sesión de 2 de marzo de 2004.

– Concesión de las ayudas sociolaborales.

(iii) En relación con el delito de malversación de caudales públicos las personas enjuiciadas en este proceso y condenadas por este delito lo han sido bien por su participación directa en la disposición de fondos, bien por haber permitido esa disposición.

Lógicamente la malversación tiene como soporte fáctico las disposiciones concretas de los fondos públicos y quienes han resultado condenados por este delito, lo han sido bien por su participación directa en las disposiciones de fondos, bien porque las permitieron, una vez tuvieron conocimiento de la forma en que se estaban aprobando y gestionando.

Entendemos que la condena por malversación incluye respecto de cada condenado a todas las disposiciones de fondos públicos realizadas durante el tiempo en que cada uno de ellos ejerció su cargo.

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales [disposiciones relacionadas en el apartado b)], ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital [apartado A)], como las abonadas a empresas en crisis [apartado B)] o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias [apartado C)]».

La sentencia de la Audiencia Provincial dedica el apartado vigesimosegundo de los hechos probados (págs. 91-96), al que se refiere el último párrafo que se acaba de transcribir de la sentencia del Tribunal Supremo, a fijar el montante global de los créditos presupuestarios de los programas 22E y 31L, de los que se dispuso año tras año para atender a los compromisos asumidos frente a terceros mediante el mecanismo de las transferencias de financiación al IFA/IDEA para ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. Tras cuantificar su importe anual, la sentencia de instancia distingue entre los fondos del programa 31L que tuvieron por objeto ayudas sociolaborales, a las que dedica el subapartado A); los destinados a empresas en crisis, que son objeto del subapartado B), y finalmente los que se emplearon en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias de dicho programa, que describe en el subapartado C).

Este último subapartado C) resulta del siguiente tenor:

«C) Los fondos del programa 31L se emplearon también en fines distintos y ajenos a los recogidos en las fichas presupuestarias del mismo, así podemos reseñar que se abonó:

– Facturas emitidas por las mercantiles Tapsa y Cicm, derivadas de varios contratos de campañas de comunicación sobre fomento de empleo y divulgación del SAE [Servicio Andaluz de Empleo], por un total de 3 386 017,00 €, que fueron abonadas por el Instituto, en el periodo 15 de julio de 2003 a 2 de marzo de 2004.

– Financiación del protocolo suscrito el 16 de diciembre de 2002, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y el consejero de Gobernación, por el cual la Consejería de Empleo realizará las actuaciones encaminadas a la cesión al sistema de emergencias 112 Andalucía, de las dependencias correspondientes a las alas noroeste y Suroeste de la sexta planta del edificio Pabellón de Italia. Los gastos de esta cesión se compensaron contablemente con otros saldos de la agencia IDEA dentro de la comunidad de bienes "Centro de Empresas Pabellón de Italia".

– Financiación del programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería, conforme al convenio firmado el 26 de septiembre de 2003, por el acusado José Antonio Viera Chacón, como consejero de Empleo, asumiendo el pago de 180 304 €, para la realización de cursos *on line*.

– Financiación de campaña de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, conforme al protocolo de colaboración suscrito entre la Consejería de Empleo y el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, de fecha 14 de abril de 2005, que supuso el abono a la entidad Cenforpre de 491 424,43 €, mediante la suscripción de póliza de rentas y de capital, en la que figuraba como beneficiario José Antonio Gómez Román.

– Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, S.A., FCC Medio Ambiente, S.A., y CESPAS, S.A., como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo en 2006, que puso fin a la conflictividad laboral de la limpieza pública de Granada. El pago de estas cantidades se realizó mediante la suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPAS, S.A., y FCC Medio Ambiente, S.A., habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276 222,24 €.

– Colaboración en la financiación de dieciséis muestras de artesanía y jornadas relacionadas con el empleo, por municipios andaluces, en los ejercicios 2002 a 2004, de los cuales catorce eran regidos por el PSOE, uno por el PA, y uno por IU, en la fecha de la concesión, y siendo mayoritariamente pertenecientes a la provincia de Sevilla, –solo uno en Jaén y dos en Cádiz–.

– En los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2009 y 2010, se destinaron 1 192 000 € para el pago a la Fundación San Telmo, del "Curso de alta dirección de instituciones sociales", para un total de cien personas».

2.4. Hechos por los que ha sido condenada la demandante de amparo.

A partir de los hechos probados y valoración de la prueba contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento de Derecho 37, págs. 1305-1361), el fundamento fáctico de la condena de doña Magdalena Álvarez Arza se refiere a dos tipos de actuaciones. Por un lado, (i) la realización de modificaciones presupuestarias y, por otro, (ii) su participación en la elaboración y aprobación de los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004. Además, (iii) la sentencia expone los hechos que llevan a considerar que la señora Álvarez Arza era consciente de la ilicitud de su actuación.

(i) Las modificaciones presupuestarias efectuadas a partir del día 18 de abril de 2000. Según se afirma en la sentencia, esta modificación realizó un cambio de operativa que tenía por objeto eludir los procedimientos legalmente establecidos para la concesión de subvenciones, su fiscalización por la intervención delegada en la Consejería de Empleo y, en todo caso, para lograr una mayor rapidez en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales, que hasta la referida fecha se habían tramitado conforme a la normativa propia de las subvenciones. A partir de ese momento, obrando en su calidad de consejera de Hacienda, o como integrante del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, aprobó o participó en la aprobación de varias modificaciones presupuestarias. Según la sentencia, estas modificaciones se efectuaron incumpliendo las normas de estructura presupuestaria y clasificación del gasto establecidas en la Orden de la propia Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998. A través de estas modificaciones se allegaron fondos mediante la aplicación presupuestaria «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» –concepto 440.00, dentro de los programas 22E y 31L, «Administración de relaciones laborales»– para que la Consejería de Empleo los utilizara en el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis. La sentencia considera acreditado que estas modificaciones fueron las aprobadas el 18 de abril de 2000, el 28 de julio de 2000, el 7 de mayo de 2001 (aprobada por el viceconsejero de Hacienda, por delegación de la recurrente), el 29 de mayo de 2001, el 18 de septiembre de 2001, el 13 de noviembre de 2001, el 5 de diciembre de 2001, el 15 de octubre de 2002 y el 21 de octubre de 2002.

(ii) Según la sentencia, la recurrente participó también en la elaboración y aprobación de los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004 con el fin de introducir esta modificación de la operativa presupuestaria. A estos efectos, los anteproyectos de ley contenían la aplicación presupuestaria «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» –concepto 440.00–, en el nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, hasta entonces vigente. Asimismo, se considera probado que en las memorias de estos presupuestos se afirma que las transferencias de financiación tenían por objeto el pago de subvenciones en ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras. En la sentencia, con cita expresa de las memorias de los presupuestos para los ejercicios 2003 y 2004, se indica que el programa 31L tenía por objeto «[a]tender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis». Asimismo, la Audiencia Provincial de Sevilla afirma que la memoria económica del presupuesto para el 2003, dentro del programa 31L, hace referencia expresa al convenio marco de 17 julio de 2001.

(iii) La sentencia considera acreditado que la recurrente recibió los informes de control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía que advertían de la inadecuación de la partida para dicho gasto público y de sus efectos. Además, llega a la conclusión de que la señora Álvarez Arza era consciente de que se hacía un uso indebido del cambio de presupuestación, pues, aunque en el acto de juicio alegó desconocimiento, a juicio de la Sala, su propia formación académica y profesional, como doctora en ciencias económicas e inspectora de finanzas del Estado, lo desmentía. Por ello la Audiencia Provincial entiende que la demandante era conocedora de los programas de actuación, inversión y financiación del IFA/IDEA que su Consejería recibía anualmente para su aprobación y que tuvo que ser informada de las irregularidades por los cargos de su consejería, resultando contrario a las reglas de la lógica y las máximas de experiencia que dichos cargos no lo pusieran en conocimiento de la consejera.

3. Doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

El enjuiciamiento de la vulneración del art. 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2;

47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y 8/2024, de 16 de enero, FJ 6, haciendo hincapié en la prohibición de interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales.

a) El art. 25.1 CE dispone que «[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El principio de legalidad penal, además de un principio inherente al Estado de Derecho que se enuncia en el título preliminar (art. 9.3 CE) y de recordarse como un límite en la definición del estatuto y la competencia esenciales de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1 CE), se configura así como contenido de un derecho fundamental (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5).

En numerosas resoluciones (desde la STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6, hasta la STC 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3), el Tribunal ha puesto de relieve que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE es una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador y tiene un fundamento plural. Se vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos y con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica y a una previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos que garantice un ámbito de libertad de actuación en niveles constitucionalmente admisibles. Ese fundamento determina el contenido *iusfundamental* del derecho a la legalidad penal, integrado por los diversos aspectos enunciados con el brocardo jurídico *nullum crimen nulla poena sine praevia lege scripta, certa et stricta* (en distintas formulaciones, entre muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4; 127/1990, de 5 de julio, FJ 3; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, de 28 de enero, FJ 2).

b) La primera garantía que contiene el principio de legalidad es la garantía formal, que impone una reserva de ley absoluta (STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7) para definir delitos y fijar sus penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

c) En particular, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta se puede eludir tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2). Frente a tal riesgo, este aspecto material de la legalidad penal contiene un doble mandato dirigido al legislador y al aplicador. Comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6). Los jueces y tribunales, por su parte, están sometidos al principio de tipicidad (*lex stricta*) en su labor de aplicación de las

leyes, que implica una sujeción estricta a la ley penal y el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan.

d) En la determinación negativa de la previsibilidad y, con ello, de los límites de una aplicación de las normas penales conforme con el art. 25.1 CE, es doctrina reiterada de este tribunal que se quiebra el derecho «cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí» (entre otras, SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3; 153/2011, de 17 de octubre, FJ 8; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 5, o 150/2015, de 6 de julio, FJ 2). De otra manera, el aplicador se convertiría en fuente creadora de delitos y penas, con afectación de la previsibilidad como criterio material de seguridad jurídica que informa todas las exigencias del principio de legalidad al tiempo que con invasión del ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). El art. 25.1 CE «impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no solo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). La analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma penal por parte de los órganos judiciales han sido expresamente reprobadas por nuestra doctrina, por contravenir el mandato del art. 25.1 CE en tanto que exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

e) El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). No obstante, este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario, la necesaria formulación abstracta de los preceptos y su inserción en un sistema normativo complejo. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3). Son así constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

f) Debe por último tenerse presente que la tarea de este tribunal de fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal por parte de los juzgados y tribunales, labor aplicativa que les corresponde en exclusiva (art. 117.3 CE), no atañe a «la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Y tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado. De un modo mucho más restringido, y desde la perspectiva externa que le es propia como tribunal no inserto en el proceso penal, nuestra tarea se constriñe a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos

judiciales. [...] Por ello forma parte del objeto de nuestro análisis la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad *per se* nos es ajena y solo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada» (STC 129/2008, FJ 3).

4. Enjuiciamiento de la queja que denuncia la imprevisible interpretación y aplicación del delito de prevaricación.

4.1. Exposición de la queja de la recurrente y de las posiciones de las partes personadas.

a) Como ya se ha expuesto, la demandante de amparo, en su condición de consejera de Hacienda, fue condenada por la comisión de un delito continuado de prevaricación por elaborar los anteproyectos de ley de presupuestos, por aprobarlos como proyectos de ley en el Consejo de Gobierno y por la realización de modificaciones presupuestarias. Sostiene que las resoluciones impugnadas han realizado una interpretación extravagante y extensiva de los elementos del tipo del delito de prevaricación (art. 404 CP) que infringe el art. 25.1 CE. En concreto, aduce que las actuaciones realizadas con ocasión de la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos y el hecho de haber participado como miembro del Consejo de Gobierno en su aprobación como proyectos de ley no pueden considerarse «resoluciones» a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo del Código penal. También alega que no cabe entender que tales actos hayan recaído en un «asunto administrativo» ni que puedan calificarse de «arbitrarios». Afirma que no puede ser ilegal un proyecto de ley que es idéntico en su contenido a la ley finalmente aprobada por el Parlamento. Los mismos argumentos aducidos en el motivo anterior, *mutatis mutandis*, llevan a la recurrente a sostener que también esta vertiente del principio de legalidad penal ha sido vulnerada por los órganos judiciales al apreciar que las modificaciones presupuestarias por las que ha sido condenada pueden subsumirse en el art. 404 CP. También se denuncia en la demanda que las sentencias impugnadas son manifiestamente arbitrarias, al fundarse en razonamientos que incurren en quiebras lógicas y en contradicciones.

b) El Partido Popular se opone a la estimación de la queja toda vez que, a su juicio, los hechos por los que la recurrente ha sido condenada se adoptaron para conseguir una finalidad palmariamente ilegal, consistente en evitar los controles propios de las subvenciones. Por lo que se refiere a los actos prelegislativos, la representación del Partido Popular afirma que las sentencias impugnadas basan su fallo en que se adoptaron contraviniendo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, con cita de antecedentes jurisprudenciales, lo que pone de relieve que la aplicación del tipo no es imprevisible. Afirma también que las tesis de la recurrente no podrían extenderse a las modificaciones presupuestarias.

c) La representación procesal de los señores Rodríguez Román y Vallejo Serrano ha realizado consideraciones de fondo referidas a que las sentencias impugnadas son contrarias al art. 25.1 CE, debido a que llevan a cabo una extensión *in malam partem* de los términos «resolución» y «asunto administrativo» del art. 404 CP. Consideran que la elaboración de un proyecto de ley no puede ser nunca constitutiva de un delito de prevaricación.

d) El Ministerio Fiscal sostiene que la condena impuesta por haber participado en la elaboración de anteproyectos de ley, así como por su posterior aprobación en el Consejo de Gobierno, es imprevisible y, por tanto, lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Fiscalizar penalmente los proyectos de ley supone, según afirma, desapoderar a las Cortes Generales de una facultad que les corresponde en exclusiva, vulnerando así el principio de separación de poderes. Dichas conclusiones, según sostiene esta parte procesal, no resultan extrapolables a las modificaciones presupuestarias ya que sí pueden ser consideradas decisiones de naturaleza administrativa.

4.2 Síntesis de los argumentos en los que las resoluciones judiciales fundamentan la condena de la recurrente.

El Tribunal Supremo –en respuesta a las alegaciones de la recurrente– concluye que la elaboración de un anteproyecto de ley, su aprobación como proyecto, así como el proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria pueden ser calificadas como resolución en asunto administrativo en el sentido del art. 404 CP.

Considera, además, que las actuaciones llevadas a cabo por los acusados son arbitrarias en el sentido previsto en el art. 404 CP y han sido dictadas a sabiendas de su injusticia. Según se argumenta en la sentencia dictada en casación, las normas aplicables «eran precisas» (fundamento de Derecho 30, pág. 294). Y, por ello, estamos ante un supuesto de «incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo» (fundamento de Derecho 30, pág. 296). Seguidamente se exponen, de manera resumida, los principales argumentos de las resoluciones judiciales impugnadas.

a) En relación con la naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos del gobierno autonómico, denominados «actos prelegislativos» por los órganos judiciales

(i) La Sala de lo Penal afirma que esta cuestión debe tener otro enfoque «cuando se trata de determinar qué deb[e] entenderse por asunto administrativo a efectos penales». Sostiene que «[e]l Gobierno y la administración no pueden escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley para perseguir fines ilícitos, cuando es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de Derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo. Otra interpretación [concluye la Sala] posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable» (fundamento de Derecho 20.3, pág. 238-239).

(ii) Añade que «los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación» (fundamento de Derecho 20.3, pág. 239).

(iii) También considera que «lo que se debe determinar en este caso no es si las resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que es ajena a la jurisdicción penal, sino si esas resoluciones pueden cumplir con las exigencias típicas del artículo 404 CP, que es algo sustancialmente diferente» (fundamento de Derecho 21.2, pág. 245).

(iv) La sentencia de la Sala de lo Penal, a los efectos de determinar si concurren los elementos típicos del delito de prevaricación distingue «entre la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno así como el contenido del proyecto normativo, en cuanto incorpora decisiones sujetas a criterios de oportunidad y discrecionalidad, que es un acto de gobierno inmune al control jurisdiccional»; y por otro lado, «las distintas decisiones que se adoptan para aprobar un proyecto de ley de presupuestos o una modificación presupuestaria, antes de su final elevación al Parlamento (en el caso de los proyectos de ley) que tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley. Estas últimas son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política, se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción. Carecería de sentido [se afirma en la sentencia impugnada] que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley» (fundamento de Derecho 21.2, pág. 246).

(v) Las consideraciones expuestas llevan al Tribunal Supremo a concluir que «las resoluciones dictadas relativas a este segundo contenido [las adoptadas en la elaboración del anteproyecto y proyecto de ley] no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino "resoluciones en asunto administrativo", a los efectos del artículo 404 del Código penal» (fundamento de Derecho 21.2, pág. 246).

(vi) Con invocación de sus propios precedentes, la Sala concluye «que el concepto de resolución al que alude el artículo 404 CP no se reduce a la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo, sino que puede extenderse a actuaciones posteriores que ejecutan la resolución y actuaciones anteriores de relevancia que hayan sido imprescindibles para adoptar la resolución final quebrantando los controles establecidos en la ley» (fundamento de Derecho 22, pág. 253).

(vii) El Tribunal Supremo sostiene que no es admisible calificar «el procedimiento prelegislativo como un conjunto de simples "actos de trámite", sin relevancia o carentes de efecto alguno y que lo que finalmente se aprueba por el Gobierno autonómico es un documento sin valor jurídico alguno y sin efectos», como sostuvo la ahora demandante de amparo (fundamento de Derecho 23.3, pág. 263). Según la Sala «[a]lgunos de los actos de ese procedimiento tienen contenido decisorio en la medida en que las autoridades administrativas al aprobar el proyecto en cada una de sus fases debían examinarlo y comprobar su legalidad. Esas autoridades tenían la potestad de rechazar el proyecto de ley o de modificarlo para que, al margen de la decisión política de fondo sobre la materia presupuestaria, cumpliera con las exigencias de legalidad tanto en su tramitación como en su contenido. Esas autoridades aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el legislador, y lo consiguieron» (fundamento de Derecho 23.3, pág. 263). Se sostiene además que «[e]l hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad» (fundamento de Derecho 23.3, pág. 263). Por todo ello afirma que «los acuerdos del Consejo de Gobierno que pusieron fin al proceso administrativo y que produjeron como efecto la remisión del proyecto al Parlamento con un contenido ilegal, directamente dirigido a eludir los controles de todo tipo existentes en la concesión de subvenciones, constituyen resoluciones arbitrarias a los efectos del artículo 404 CP» (fundamento de Derecho 23.3, pág. 264).

b) En relación con las modificaciones presupuestarias

(i) El Tribunal Supremo considera que el hecho de que «fueran comunicadas posteriormente al Parlamento o incluidas en la cuenta general no es óbice para estimar que las resoluciones dictadas en el trámite de elaboración y aprobación de tales modificaciones sean actos de trámite, carentes de efectos *ad extra*, y no merezcan la consideración de resolución a los efectos del artículo 404 CP» (fundamento de Derecho 24.2, pág. 266).

Según la Sala, la decisión aprobatoria de las modificaciones presupuestarias fue adoptada «bien por el consejero de Hacienda, bien por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y no por el Parlamento, y estaba sujeta a unas exigencias procedimentales y también materiales y estas últimas fueron incumplidas de forma dolosa con la finalidad última de eliminar los controles administrativos en la concesión de las subvenciones para actuar libérrimamente. La decisión aprobatoria [sigue afirmando el Tribunal Supremo] culminaba el proceso de elaboración de la modificación presupuestaria y habilitaba al Gobierno para llevar a cabo las transferencias de fondos. La decisión aprobatoria venía precedida de un procedimiento de elaboración reglado, regido por normas de Derecho administrativo y ajeno a los criterios de discrecionalidad propios de toda decisión política, por lo que es una resolución a los efectos del artículo 404 del Código penal» (fundamento de Derecho 24.2, págs. 267-268).

Haciendo suyo el argumento aducido por el Ministerio Fiscal, la Sala considera que «no había razón alguna para tramitar y aprobar las modificaciones presupuestarias como transferencias de financiación porque los créditos habilitados por cada una de ellas no iban destinados a cubrir el déficit financiero de la cuenta de explotación de IFA/IDEA, sino a habilitar fondos para el pago de las subvenciones que ordenaba la Consejería de Empleo y ya hemos explicado que el cambio de clasificación presupuestaria hizo posible

la distribución de subvenciones sin control alguno, con incumplimiento absoluto del procedimiento establecido para la concesión de subvenciones» (fundamento de Derecho 24.2, pág. 268).

(ii) En cuanto a la alegación que la recurrente formuló en el juicio oral referida a que ninguna de las autoridades que intervinieron en los actos prelegislativos adoptó resolución alguna en el sentido jurídico de dicho término –esto es, entendiendo por tal aquellas que generan efectos *ad extra*–, el Tribunal Supremo asume la tesis del órgano judicial *a quo*, al considerar que cada una de las fases de dichos procedimientos –ya se refieran a los anteproyectos y proyectos de ley o a las modificaciones presupuestarias– «se constituye en un eslabón necesario y un filtro de singular relieve establecido en la ley para llegar al trámite final de aprobación» (fundamento de Derecho 27, pág. 280).

4.3 Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria.

Una vez reseñados los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si la interpretación que de la norma aplicada efectúan las resoluciones impugnadas es lesiva del art. 25.1 CE, es preciso recordar cuáles son los elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional, toda vez que el fundamento de la condena parte de una determinada comprensión de las relaciones entre el Ejecutivo autonómico y su Parlamento que trasciende del ámbito de la legalidad, adentrándose en el plano de la constitucionalidad. Esta cuestión es de gran relevancia en este caso dado que el Tribunal apreció la especial trascendencia del recurso [art. 50.1 b) LOTC] por considerar que las cuestiones en él planteadas afectan a la esencia de las relaciones institucionales entre los poderes que conforman el Estado. En el ATC 284/2023, de 5 de junio, FJ único, se afirma que este recurso tiene especial trascendencia constitucional porque «plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], concretamente, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial que puede llevarse a cabo de las actuaciones prelegislativas encomendadas al Gobierno en la elaboración de los presupuestos, la relación de esta fase de iniciativa legislativa con el ejercicio de la potestad legislativa atribuida a la Cámara, así como el alcance de la fiscalización de los presupuestos, incluyendo las modificaciones presupuestarias». Es a este tribunal al que corresponde en último término la interpretación de las cuestiones que se plantean en este recurso, al ser inherentes a la configuración propia del Estado constitucional.

Por todo ello, se van a efectuar a continuación unas breves consideraciones sobre nuestra democracia constitucional y parlamentaria. Ha de señalarse que, aunque las cuestiones a las que se va a hacer referencia se analizan partiendo de las previsiones constitucionales sobre el sistema institucional que conforman nuestro Estado, son extrapolables a los ordenamientos autonómicos. El sistema institucional previsto en el art. 152 CE para las comunidades autónomas prevé la misma forma de gobierno que la establecida por la Constitución para el Estado. Por ello, las determinaciones constitucionales a este respecto resultan plenamente aplicables a los ordenamientos autonómicos.

4.3.1 La centralidad del Parlamento, el carácter privilegiado de la ley y el monopolio de control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

La nuestra es una democracia constitucional y parlamentaria (arts. 9.1 y 1.3 CE). En atención a lo primero, incluso la ley queda sujeta a la Constitución y puede ser controlada su validez por el Tribunal Constitucional. En virtud de lo segundo, la Constitución atribuye a las Cortes Generales, que representan al pueblo español (art. 66.1 CE), la potestad legislativa del Estado, la aprobación de sus presupuestos y el control de la acción del Gobierno (art. 66.2 CE), sin más límites que los que derivan de la propia Constitución. Así lo ha afirmado el Tribunal en reiteradas ocasiones, entre otras en la STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 6, en la que se sostuvo que ««[e]l papel

esencial y de centralidad que en nuestro Estado juega el Parlamento aparece reflejado en la Constitución ya en su primer artículo, donde se declara que la "forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria" (art. 1.3 CE). La soberanía nacional, advierte el apartado 2 del mismo precepto, "reside en el pueblo español", y son las Cortes Generales las que, según expresa el art. 66.1 CE, le representan. De acuerdo con nuestra Constitución, España es una democracia parlamentaria donde las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye la Constitución (art. 66.2 CE)» (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 3, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 11)». En consecuencia, el Parlamento constituye la institución central de la democracia como forma de estado, es decir, del Estado constitucional democrático.

Del carácter central que la Constitución otorga al Parlamento deriva la posición privilegiada de la ley que conlleva su presunción de legitimidad constitucional y que determina que tanto los particulares como los poderes públicos estén sometidos a su imperio (art. 9.1 CE). Por ello, dejando aparte ahora la prelación de fuentes que impone el Derecho de la Unión Europea o el internacional, los órganos judiciales no pueden dejar de aplicarla, salvo en aquellos casos en los que la consideren inconstitucional y planteen cuestión de inconstitucionalidad ante este tribunal (art. 163 CE) o cuando la ley sea preconstitucional. A diferencia de las normas infralegales, que sí pueden ser inaplicadas (art. 6 LOPJ) o, en su caso, declaradas nulas por los órganos judiciales para garantizar la supremacía constitucional, cuando se trata de normas con rango de ley solo el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de expulsarlas del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*. En definitiva, nuestro modelo de control de constitucionalidad atribuye a la ley un privilegio –el de su presunción de constitucionalidad y su consiguiente ejecutividad– que no concurre en el resto de las fuentes del Derecho.

4.3.2 Breves consideraciones sobre el Gobierno y sus relaciones con el Parlamento.

Una de las funciones constitucionalmente atribuidas al Gobierno es la dirección de la política, interior y exterior (art. 97 CE). Dicha función se concreta –aunque naturalmente no se agota– en previsiones constitucionales que atribuyen al Gobierno facultades de iniciativa respecto de la actuación de otros poderes del Estado. Tal es el caso, entre otros, de la prerrogativa de presentar proyectos de ley. La iniciativa legislativa gubernamental es una de las facultades que le permite llevar a cabo su función de dirección política. Es uno de los modos de debatir en el Parlamento las políticas que impulsa el Gobierno que, frente a otros, tiene la peculiaridad de que, si prospera la iniciativa, las medidas previstas en ella se conviertan en ley, sin perjuicio de las enmiendas y modificaciones que se puedan producir en el debate parlamentario y sin perjuicio también de que si el Gobierno considera que las enmiendas aprobadas no se corresponden con su propuesta política, pueda retirar el proyecto a lo largo de su tramitación y antes de su aprobación definitiva por la Cámara. Como ha sostenido el Tribunal en la STC 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 3 a), «[r]esulta evidente que a través de la presentación de proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, excepcionalmente, al Senado (arts. 140 y 141 del Reglamento del Senado), el Gobierno activa las potestades en materia de dirección política que le son constitucionalmente reconocidas (art. 97 CE), y promueve la acción legislativa del Parlamento [...]. Entre las funciones del Ejecutivo está la de ejercer la iniciativa legislativa y entre las del Parlamento aceptar o rechazar tal iniciativa, pero sin que ni unas ni otras se vean limitadas más que allí donde la Constitución así lo ha entendido preciso».

Especialmente relevante es a estos efectos la iniciativa legislativa en materia presupuestaria que corresponde en exclusiva al Gobierno (art. 134.1 CE). En este sentido, en relación con la ley de presupuestos, el Tribunal ha afirmado que esta norma «no es únicamente un conjunto de previsiones contables» (STC 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 4), sino también un «vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno» (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2). Asimismo,

y como este tribunal sostiene desde sus primeros pronunciamientos, la ley de presupuestos es una «verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material» [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a)]. De igual modo, es doctrina constitucional «que los presupuestos –en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos– y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de ley» [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a)], que cita a su vez la STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5]. Asimismo, el Tribunal afirmó en la STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 7, que «la ley de presupuestos tiene una función específica y constitucionalmente definida: aprobar los presupuestos generales –en este caso, de una comunidad autónoma– para un ejercicio presupuestario que debe coincidir con el año natural, y, de este modo, fiscalizar el conjunto de la actividad financiera pública, aprobar o rechazar el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y, en fin, controlar que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al *quantum* como a su destino».

En el Estado constitucional todo poder es limitado. La función de control del Gobierno que desempeñan los parlamentos (art. 66.2 CE) es inherente a su carácter representativo y a la forma de gobierno parlamentaria que se establece en el art. 1.3 CE. Solo de este modo se garantiza el equilibrio entre estos poderes previsto en nuestra Norma Fundamental. La Constitución no define en qué consiste esta forma de control al Gobierno, pero una interpretación sistemática y teleológica ha llevado al Tribunal a entender que este control no se limita a los instrumentos que prevé su título V, sino que incluye también el que se ejerce a través de la función legislativa y, dentro de esta, de la función presupuestaria, al permitir el debate público y, de este modo, el conocimiento de los ciudadanos de la actuación del Gobierno.

Por lo que se refiere a la función presupuestaria, que es la que aquí interesa, el presupuesto constituye un instrumento esencial de control de la acción del Gobierno, pues el debate presupuestario es el modo de someter públicamente a crítica la actuación política del Ejecutivo y de su programa. La ley de presupuestos, al habilitar al Ejecutivo para la realización de los gastos en ella previstos, va más allá de establecer el marco de la legalidad de actuación administrativa pues incide, además, en las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, al ser el instrumento que cohonesta la acción del Parlamento y el Gobierno en lo referente al gasto público.

4.3.3 La naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos de ley.

Los anteproyectos y proyectos de ley no pueden ser objeto de control jurisdiccional. Como ha afirmado el Tribunal en el ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6, «la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, solo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido. La jurisdicción puede reaccionar contra la forma jurídica que resulte de esas intenciones, pero la intención misma y su debate o discusión son inmunes en una sociedad democrática a todo control jurisdiccional, singularmente si el debate se sustancia en un Parlamento, sede privilegiada del debate público».

Cuestión distinta es la trascendencia que puedan tener los vicios cometidos durante la tramitación de los proyectos normativos en la validez de la norma resultante, esto es, en la ley que trae causa del proyecto incurso en vicios de procedimiento. Estos vicios, de acuerdo con la doctrina constitucional, solo pueden ocasionar la inconstitucionalidad de la ley si las irregularidades que se han producido en el procedimiento han podido afectar al proceso de formación de la voluntad de la Cámara (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 3; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10; 68/2013, de 14 de marzo, y 89/2019, de 2 de julio, FJ 9, entre muchas otras).

En consecuencia, el control jurisdiccional del proceso de elaboración de las leyes ha de limitarse solo al vicio de forma y únicamente en los casos en los que la infracción cometida haya podido afectar a la voluntad de la Cámara. El contenido del anteproyecto o del proyecto, en tanto tales, es infiscalizable y no puede ejercerse más control que el político (ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6). Por esta razón, la prerrogativa del Poder Ejecutivo de presentar proyectos de ley es un acto político que se incardina dentro de las funciones de gobierno que la Constitución le atribuye. Este es el motivo por el que este tipo de actos tienen una naturaleza jurídica diferente de aquellos que adopta el Gobierno en el ejercicio de sus funciones administrativas que, por mandato de lo establecido en el art. 106 CE, son objeto de control por los tribunales.

4.3.4 La ley no se vincula para el futuro.

A diferencia de lo que ocurría en otros momentos de la historia, el Derecho moderno es Derecho decidido, esto es, Derecho legislado y por ello puede ser cambiado. El legislador no se vincula para el futuro sino que el ordenamiento jurídico institucionaliza procesos para el cambio, siendo el procedimiento legislativo –y sus actos preparatorios– el más relevante, estableciendo una diferenciación estructural entre la desobediencia y el cambio.

Si los proyectos tuvieran que respetar el contenido de las normas nunca podrían llevarse a cabo las modificaciones de las leyes existentes, pues los cambios normativos tienen como objeto establecer una legislación diferente de la que se encuentra en vigor. El proyecto cuyo contenido contraviene la normativa existente mientras que es proyecto no puede someterse a un juicio de legalidad –en ese momento es un acto inexistente para el Derecho– y, una vez que se ha aprobado, al haberse convertido en ley, el único juicio que cabe es el de constitucionalidad. Este juicio solo puede efectuarse respecto de la ley aprobada, no respecto de los actos que conforman su procedimiento de elaboración, que nunca tienen eficacia *ad extra* y, como meros actos de trámite, una vez dictado el acto final, esto es, la ley, carecen de autonomía respecto de ella.

En esta misma línea, en la STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 7, se afirma que la ley no incurre en arbitrariedad por modificar el régimen jurídico referido a un sector de la realidad, ya que «lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del ordenamiento; y conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos».

4.3.5 El principio de separación de poderes.

El principio de separación de poderes, aunque no está enunciado explícitamente en la Constitución, es esencial en nuestro constitucionalismo. Como ha señalado el Tribunal en la STC 70/2022, de 2 de junio, FJ 5, «[l]a Constitución establece un sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias (SSTC 45/1986, FJ 4, y 234/2000, FJ 4), un sistema de distribución de poderes que evita su concentración y hace posible la aplicación de las técnicas de relación y control entre quienes lo ejercen legítimamente (ATC 60/1981, de 17 de junio, FJ 4). En definitiva, un entramado institucional y normativo, de cuyo concreto funcionamiento resulta un sistema de poderes, derechos y equilibrios sobre el que toma cuerpo una variable del modelo democrático que es la que propiamente la Constitución asume al constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE; STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Esta distribución o equilibrio de poderes que [...] responde a la forma parlamentaria de Gobierno (art. 1.3 CE), y más específicamente, a lo que se ha dado en denominar "parlamentarismo racionalizado" (STC 223/2006, de 6 de julio, FJ 6), la realiza la Constitución en sus títulos III, "De las Cortes Generales", y IV, "Del Gobierno",

definiendo, a su vez, el título V, las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, que vienen a establecer el sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia (STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2)».

El principio de división de poderes determina que los diversos poderes que conforman nuestro Estado han de ejercer sus atribuciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en los estatutos de autonomía. Cada uno de ellos tiene constitucionalmente atribuido su ámbito competencial, que viene delimitado, no solo en su dimensión material, sino también por la forma en que han de relacionarse entre ellos. Cuando un poder del Estado se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones se infringe el principio de separación de poderes y se altera el diseño institucional constitucionalmente previsto.

4.4 Enjuiciamiento de la queja de vulneración del art. 25.1 CE.

Una vez expuestos los fundamentos de la condena de la recurrente por el delito de prevaricación, así como los rasgos esenciales de nuestra democracia constitucional y parlamentaria, se procede al enjuiciamiento de los motivos de la alegada vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Para ello, ha de distinguirse entre los hechos por los que ha sido condenada; esto es, la elaboración y aprobación de anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002, 2003 y 2004, y la aprobación de las modificaciones presupuestarias de los ejercicios 2000 a 2002.

4.4.1 Elaboración y aprobación de anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002, 2003 y 2004.

a) Enjuiciamiento de la conformidad con el art. 25.1 CE de la interpretación realizada por los órganos judiciales de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo» previstos en el art. 404 CP

Las sentencias recurridas aprecian la existencia del delito de prevaricación al considerar que la recurrente había participado en la elaboración de los anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002, 2003 y 2004. Según sostienen, tales actuaciones son constitutivas del delito de prevaricación al tratarse de resoluciones arbitrarias dictadas en asunto administrativo.

Como se ha expuesto, en el recurso de amparo se argumenta que tal calificación ha incurrido en una aplicación extensiva del tipo penal, al haber efectuado una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos «resolución», «asunto administrativo» y «arbitraria», que es lesiva del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE. Con base en doctrina constitucional y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la demandante alega que no pueden considerarse «resolución», en el sentido del art. 404 CP, los anteproyectos y proyectos de ley al ser actos prelegislativos, cuya aprobación como ley depende de la voluntad del Parlamento. Tampoco puede afirmarse, como hacen las sentencias recurridas, que tales actuaciones prelegislativas hayan recaído en un asunto administrativo, debido a que constituyen actos políticos y de gobierno.

Desde la perspectiva constitucional no cabe considerar que las decisiones adoptadas en el procedimiento de elaboración del proyecto de ley de presupuestos puedan ser calificadas como «resoluciones» recaídas en «asunto administrativo».

Como se ha adelantado, el ejercicio de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno o a los gobiernos autonómicos no genera actos que formen parte de un procedimiento administrativo. Ciertamente, tales actuaciones se integran en un «procedimiento», pues conforman el conjunto de actuaciones, el *iter*, que deben seguir los gobiernos para ejercer esta prerrogativa. Ahora bien, de ello no cabe deducir que la decisión que como consecuencia de esas actuaciones se adopte –el anteproyecto o proyecto de ley– sea una decisión administrativa: ni es un acto administrativo, ni es un reglamento, ni se trata de una decisión que se encuentra sometida al Derecho

administrativo. La elaboración de un anteproyecto o un proyecto de ley no es una actividad administrativa, sino una actividad propia de la función de gobierno en sentido estricto, pues es una prerrogativa que corresponde al Gobierno en virtud de su posición institucional, no a la organización a su servicio, que es la administración pública. Como hemos afirmado en la STC 55/2018, 24 de mayo, FJ 7 b), «[l]os estatutos de autonomía reconocen la iniciativa legislativa a los gobiernos autonómicos, no a sus administraciones. A diferencia de lo que ocurre con la potestad reglamentaria, que también corresponde al Gobierno, el ejercicio de esta prerrogativa se inserta en el ámbito de las relaciones del Gobierno con las cámaras parlamentarias. El procedimiento de elaboración y aprobación de proyectos de ley es la vía que permite al Gobierno autonómico participar en la función legislativa y, por tanto, articular sus políticas públicas a través de normas con rango de ley». Si esto es así con la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno con carácter general, en el caso de la ley de presupuestos se evidencia aún más, ya que se trata de «una norma singular por su vinculación inmediata con la propia función del Gobierno, a quien corresponde la dirección y orientación de la política económica, como afirmamos tempranamente en la STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2, y hemos reiterado después en numerosas ocasiones» (STC 34/2018, 12 de abril, FJ 6).

Es claro, por tanto, que las actuaciones realizadas cuando el Gobierno ejerce la iniciativa legislativa no pueden considerarse en modo alguno una actuación administrativa. Son actos realizados por el Poder Ejecutivo en el ejercicio de su función de gobierno. La sentencia del Tribunal Supremo se apoya para concluir que estamos ante un acto administrativo en la STS 163/2019, de 26 de marzo, en la que se condenó a un gerente de urbanismo por la emisión de una «memoria técnica». Es imprevisible equiparar a estos efectos un informe técnico con el anteproyecto o el proyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma.

Como sostiene el Ministerio Fiscal, tampoco cabe calificar estas actuaciones como «resolución», al no tener el carácter de definitivas. Esta naturaleza jurídica no la tiene siquiera el acuerdo del Consejo de Gobierno –como en este caso– por el que se aprueba el anteproyecto, pues incluso este acto no tiene más efectos *ad extra* que el de, en su caso, posibilitar que el Gobierno ejerza su iniciativa legislativa «sometiendo» al Congreso el proyecto acompañado de una exposición de motivos y los antecedentes necesarios (art. 88 CE).

Desde un punto de vista constitucional, las consideraciones que acaban de hacerse no se cohonestan con las contenidas en las sentencias impugnadas en las que se sostiene que las actuaciones realizadas con ocasión de la elaboración de los anteproyectos y su aprobación como proyectos de ley –las actuaciones prelegislativas, en terminología de las resoluciones impugnadas– han de calificarse como resoluciones recaídas en un asunto administrativo a los efectos de apreciar que concurren los elementos típicos del delito de prevaricación (art. 404 CP).

Como se ha indicado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo parte de la consideración de que «el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo» y también afirma que «los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación». Estas consideraciones, sin embargo, no resultan compatibles con la naturaleza de este tipo de actos. Una cosa es que la elaboración de los anteproyectos de ley deba efectuarse siguiendo un procedimiento y otra muy distinta que el ejercicio de esta prerrogativa pueda calificarse como reglada. La circunstancia de que existan normas que disciplinen cómo han de elaborarse los anteproyectos de ley y su aprobación como proyectos de ley no los convierte en actos reglados.

El carácter reglado se predica, en principio, de las potestades y, por lo general, se refiere a aquellos supuestos en los que la norma que atribuye potestades a la administración define de modo agotador el modo en que ha de ejercerlas, sin dejarle margen alguno de apreciación. En tales casos se entiende que el acto dictado al amparo

de esas potestades es reglado. Todo ello sin perjuicio de los elementos reglados ínsitos a los actos discrecionales, pero esta cuestión ahora no viene al caso. Lo determinante a estos efectos es que las sentencias impugnadas han considerado que la recurrente, al participar en su condición de consejera de Hacienda en la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos y en su aprobación como proyecto de ley durante los años 2002, 2003 y 2004, ha incurrido en un delito de prevaricación por no respetar las normas que regulan su producción. Según el Tribunal Supremo «[c]arecería de sentido que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley». Por ello, concluye que estas actuaciones «no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino "resoluciones en asunto administrativo", a los efectos del artículo 404 del Código penal».

Esta conclusión no es compatible con la interdicción de interpretaciones extensivas o analógicas que el principio de legalidad (art. 25.1 CE) impone a los aplicadores de las normas de carácter punitivo. La determinación del sentido de los elementos típicos «resolución» recaída en «asunto administrativo» que ha efectuado la Sala de lo Penal no puede deducirse del hecho de que sean actuaciones que hayan de adoptarse en un procedimiento regulado por normas, pues deducir de tal hecho su carácter de «resolución» y de «asunto administrativo» no encuentra respaldo en el entendimiento que de estos conceptos tiene la comunidad jurídica.

De acuerdo con lo establecido en la STC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2, «no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 97 del Texto constitucional, está sujeta al Derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, como son los actos que regula el título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución».

De esta doctrina se deduce con toda claridad que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial. Excluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) tal y como ya se ha expuesto.

En efecto, afirmar, como hace la Sala de lo Penal, que «cuando se trata de determinar qué deb[e] entenderse por asunto administrativo a efectos penales» ha de adoptarse un enfoque distinto del seguido por la jurisprudencia contencioso-administrativa y la constitucional y considerar –apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo– que la elaboración de un anteproyecto de ley y su aprobación como proyecto constituye una «resolución» recaída «en un asunto administrativo» porque de otro modo las reglas de la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley podrían ser desconocidas sin consecuencias, supone atribuir carácter penal a hechos a los que la ley penal no ha atribuido esta naturaleza. Por otra parte, la interpretación que ha efectuado el Tribunal Supremo de los elementos típicos del delito de prevaricación «resolución» y «asunto administrativo» no se compadece, como se acaba de indicar, con la naturaleza que a este tipo de actuaciones le atribuyen los tribunales citados, que son a los que por el objeto de su jurisdicción les corresponde, en principio, determinar el sentido de tales conceptos, ni con el sentido que les atribuye la normativa administrativa ni, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, con la interpretación que hasta ese momento había efectuado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de los elementos típicos del delito de prevaricación.

Por todo ello, en consonancia con lo alegado por el fiscal, ha de entenderse que la interpretación efectuada de los elementos típicos «resolución» y «asunto administrativo» es imprevisible y, por este motivo, lesiva del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

b) Enjuiciamiento de la conformidad con el art. 25.1 CE de la interpretación realizada por los órganos judiciales del concepto «arbitraria» previsto en el art. 404 CP

La recurrente, además de cuestionar la interpretación que han efectuado las resoluciones impugnadas por haber ejercido en su condición de consejera de Hacienda la iniciativa legislativa como resoluciones recaídas en asunto administrativo, también cuestiona que se hayan calificado tales actuaciones como arbitrarias.

En efecto, la demandante ha sido condenada por dictar resoluciones «arbitrarias» y la arbitrariedad se produce, según las sentencias impugnadas, al incluir en el anteproyecto de presupuestos «un criterio de presupuestación ilegal, en concreto, el uso de transferencias de financiación para pago de subvenciones excepcionales». Según sostienen estas resoluciones, al calificar como «transferencia de financiación» un gasto que estaba destinado a pagar ayudas sociolaborales y no a equilibrar la cuenta de resultados del IFA/IDEA los proyectos finalmente aprobados «contenían una clasificación económica del gasto contraria a las órdenes que la propia Consejería de Economía y Hacienda dictaba anualmente» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 11.2, pág. 190). Esto es, los anteproyectos de ley, según las sentencias recurridas, no se adecuaban a lo establecido por la normativa presupuestaria establecida en las Órdenes de 22 de mayo de 1998 y de 4 de junio de 2003 (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 45, pág. 1692).

En la demanda de amparo se aduce la vulneración del art. 25.1 CE por entender que las resoluciones impugnadas, al calificar de ilegal el uso de las transferencias de financiación para el pago de ayudas sociolaborales que contenía el programa 31L, que incorporaban primero los textos prelegislativos –anteproyecto y proyecto de ley– y que tras su aprobación por el Parlamento de Andalucía se incluyeron en la ley de presupuestos, han efectuado una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «arbitraria» del art. 404 CP. Sostiene la recurrente que no puede considerarse ilegal, y por ello no puede ser arbitrario, un proyecto de ley cuyo contenido es coincidente con el de la ley aprobada por el Parlamento, que tiene su origen en aquel.

La Sala de lo Penal afirma que «por las circunstancias concretas en que se produjo la tramitación parlamentaria, no puede afirmarse que el Parlamento andaluz avalara con su aprobación la ilegalidad que incorporaban los distintos proyectos, ni tampoco que la aprobación autorizara al pago de las ayudas sociolaborales sin los presupuestos y controles establecidos en la ley» (fundamento de Derecho 11.2, pág. 192). También considera que «la alegación de que la aprobación parlamentaria elimina toda ilicitud de los proyectos de ley [aducida por la señora Álvarez en su recurso de casación] no es admisible porque el Parlamento andaluz con su aprobación habilitó unos créditos presupuestarios, pero ni modificó la naturaleza de las transferencias de financiación ni autorizó la forma en que se ejecutó el gasto» (fundamento de Derecho 11.2, pág. 196). La sentencia entiende, asimismo, que «[l]as máximas autoridades de la Junta de Andalucía aprobaron y mantuvieron el sistema de presupuestación indebido [el establecido en el proyecto de ley] para conseguir el objetivo ilícito» (fundamento de derecho 13.2, pág. 200) y que, por ello, incurrieron en arbitrariedad.

Las afirmaciones anteriores no pueden considerarse acordes con la prohibición de una aplicación de la ley extensiva *in malam partem* que establece el art. 25.1 CE. El Tribunal Supremo, al apreciar que la reforma de la ley de presupuestos en este punto no ha llevado a cabo una modificación del régimen de concesión de las ayudas sociolaborales, ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004 de modo imprevisible. Estas leyes son claras al respecto. El programa 31L tiene como objeto otorgar transferencias al IFA en materia de relaciones laborales. Si las transferencias se otorgan al IFA (posteriormente IDEA) «en materia de relaciones laborales» es evidente que no son para equilibrar su cuenta de resultados o sufragar sus pérdidas estructurales. Así, además, se explicita con toda claridad en las

memorias que acompañan al presupuesto en su tramitación parlamentaria y que se transcriben en las resoluciones impugnadas (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 11.2 págs. 193 y ss). Por otra parte, este tribunal no puede dejar de tener en cuenta que la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla afirma que en la cuenta de resultados del IFA/IDEA se contabilizaban correctamente los pagos de las ayudas laborales ya que no se incluían como gastos de explotación sino como «meras operaciones de tesorería» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 18.3, pág. 616-617).

Los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo para rechazar la alegación de la recurrente suponen privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente que, como ya se ha expuesto, es coincidente con lo establecido en la Constitución. Una cuestión es que el Gobierno, por la posición que ocupa en el sistema de poderes, tenga atribuida en exclusiva la iniciativa legislativa en materia presupuestaria y que dicha posición sea generadora de consecuencias jurídicas en el procedimiento legislativo (poder de retirada del proyecto hasta su aprobación definitiva, arts. 128 del Reglamento del Congreso y 130 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, veto presupuestario, etc.) y otra, muy distinta, sostener que la intervención del Parlamento en la aprobación del presupuesto es meramente formal, hasta el punto de concluir que no puede entenderse aprobado el sistema de presupuestación expresamente previsto en la ley al considerar que este sistema había sido establecido ilegalmente por el Gobierno en el proyecto de ley. Los principios que rigen nuestro sistema constitucional, en particular los que otorgan la centralidad al Parlamento en la conformación del Estado y a los que se ha hecho referencia anteriormente, niegan tal posibilidad.

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo soslaya, además, el tenor literal del art. 106 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que dispone que corresponde al Parlamento de Andalucía «[e]l examen, la enmienda y la aprobación de los presupuestos» (del mismo modo el art. 134 CE atribuye esta competencia a las Cortes Generales). A la vista de los preceptos citados, es patente que ni nuestra Constitución ni tampoco los estatutos de autonomía excluyen al Parlamento de la aprobación del presupuesto –como sucede en algunos países–, sino que, por el contrario, se le confiere la potestad no solo de modificar el proyecto presentado por el Gobierno, sino también de rechazarlo y devolverlo. Por ello, una vez aprobado el presupuesto, el proyecto sale de la esfera del proponente para convertirse en una ley del Parlamento. Es, por tanto, el Parlamento el único autor de los presupuestos.

Como se ha expuesto, la ley de presupuestos generales es una ley que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes. En la STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a), el Tribunal afirmó que «se trata de una verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material». Por ello, los jueces, que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), tienen el deber de respetarla cualquiera que sea el juicio que su contenido les merezca. Solo cuando consideran que es inconstitucional y que de su validez depende el fallo de un asunto deben plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero fuera de este supuesto no podrán cuestionar sus determinaciones y, menos aún, no tomarla en consideración.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que los anteproyectos y proyectos normativos, como ya se ha indicado, no pueden ser objeto de un juicio de legalidad. La circunstancia de que, según las sentencias recurridas, en esta materia existiera una normativa específica (las órdenes de 22 de mayo de 1998 y de 4 de junio de 2003) en la que se establecía que las transferencias de financiación debían destinarse a un uso distinto –el equilibrio de la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad– del que le atribuyeron los proyectos de ley de presupuestos –otorgar ayudas sociolaborales– no significa que esta exigencia normativa no pueda ser modificada y para ello los cambios han de quedar concretados en primer término en los trabajos preparatorios de las leyes.

La ley de presupuestos es un instrumento idóneo para efectuar esta modificación, ya sea de las normas indicadas o de una norma con rango de ley. La modificación de la normativa presupuestaria por este cauce nunca puede ser delito ni tampoco puede serlo la elaboración del texto articulado por quienes tienen la iniciativa legislativa. De otro modo, como ya se ha dicho en la STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 7, a la que antes se ha hecho referencia, se petrificaría el ordenamiento jurídico, negando el carácter dinámico que le es inherente.

Otra cosa sería que se hubiera considerado que se actuó en fraude de ley. No es este, sin embargo, el motivo que ha determinado la condena de la recurrente, pues precisamente lo que las resoluciones judiciales le imputan es haber introducido en la ley un concepto presupuestario que permitió la concesión de las ayudas sociolaborales sin los controles que, con carácter general, se exigen a las subvenciones. Es, por tanto, la propia ley la que establece que se puedan transferir fondos al IFA/IDEA a través del concepto presupuestario «transferencia de financiación». Por esta razón, deducen las sentencias impugnadas que este gasto no está sometido a controles previos. En consecuencia, no puede considerarse que se haya aplicado la ley para conseguir un fin prohibido por el ordenamiento jurídico, pues la finalidad que tuvo este cambio normativo fue, precisamente, establecer un sistema de presupuestación que permitiera atribuir fondos al IFA/IDEA para que este organismo pudiera otorgar las ayudas sociolaborales sin las exigencias del procedimiento subvencional.

A tenor de lo expuesto, es indubitado que las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004, en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía. Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las referidas leyes de presupuestos tienen este alcance, han efectuado, también por este motivo, una interpretación absolutamente imprevisible del elemento típico «arbitrariedad», lesiva del art. 25.1 CE.

c) Incidencia de las resoluciones judiciales impugnadas en nuestro sistema de relaciones entre poderes constitucional y estatutariamente previsto

Todo cuanto se ha expuesto pone de manifiesto que las sentencias impugnadas, al enjuiciar la legalidad de los anteproyectos y proyectos de ley –declaran la ilegalidad del programa 31L– y en la medida en que el programa 31L contenido en las leyes de presupuestos tiene el mismo tenor que aquellos, están ejerciendo materialmente un control negativo de constitucionalidad sobre el contenido de las leyes de presupuestos que les está vedado, alterando de este modo el sistema de relaciones institucionales constitucional y estatutariamente establecido.

Si bien es cierto que, como afirmó la STC 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 6, «[a] este tribunal no le corresponde el control de cualesquiera alteraciones o irregularidades que se produzcan, dentro del ámbito parlamentario, en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo», ello no le impide analizar las interferencias o alteraciones que en esa relación procedan de otros poderes del Estado, en este caso del Judicial, cuando afectan sustancialmente al ejercicio de sus atribuciones. Tal forma de proceder incide en el modo en que la Constitución y el Estatuto de Autonomía para Andalucía configuran las relaciones entre los referidos poderes. Este es precisamente el caso de este recurso de amparo.

En el supuesto que ahora se analiza, las sentencias impugnadas parten de la consideración de que las iniciativas legislativas –llamadas prelegislativas en las sentencias impugnadas– que dieron lugar a las leyes de presupuestos para los ejercicios 2002 a 2004 incurrían en una «incontestable ilegalidad» al establecer un sistema de presupuestación «indebido» (las transferencias de financiación). Las resoluciones judiciales recurridas afirman que el referido sistema tenía como objetivo evitar los controles previstos en la legislación presupuestaria relativos a la concesión de subvenciones. Esta consideración, que constituye el fundamento de la condena, y el hecho mismo de entrar a analizar la «legalidad» de los anteproyectos y proyectos de ley,

supone incidir en un ámbito ajeno al control judicial, excediendo de la función que los jueces y tribunales tienen atribuida por el art. 117.3 CE.

En efecto, las sentencias impugnadas, al fundamentar la condena penal de la recurrente en su participación en las actuaciones llamadas prelegislativas que posteriormente, tras la aprobación de los proyectos por el Parlamento, dieron lugar a las leyes de presupuestos en las que en uno de sus programas –el 31L– se preveía un sistema de presupuestación (el de las transferencias de financiación) que, a juicio de los órganos judiciales cuyas resoluciones se recurren, es manifiestamente ilegal, y deducir de ello su responsabilidad penal, están efectuando un control sobre este tipo de actuaciones que afecta a las relaciones entre Gobierno y Parlamento, alterando, de este modo, el sistema institucional que se deriva de la Constitución y del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

La pretendida ilegalidad del sistema de presupuestación previsto, primero, en los anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos y asumido finalmente por el Parlamento, se convirtió en un sistema de presupuestación que, al estar previsto en una ley –la ley de presupuestos– no puede ser objeto de control por los órganos judiciales, sino solo, en su caso, por este tribunal. La jurisdicción penal, al calificar de «manifiestamente ilegal» el sistema de presupuestación, ha ejercido una función que en modo alguno le corresponde atribuyéndose unas prerrogativas que la Constitución no le otorga.

Aunque en línea de principio no cabe descartar la posibilidad de que quien elabora un texto normativo pueda incurrir en un delito o en una infracción administrativa con ocasión de su tramitación, esta situación no puede darse en este caso. El delito que se le imputa a la recurrente es el de prevaricación, que se comete cuando una autoridad o funcionario público, a sabiendas de su injusticia, «dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo» (art. 404 CP). Las decisiones que se consideran delictivas las ha adoptado la recurrente ejerciendo sus funciones como consejera de Hacienda, que le obligan, entre otras cosas, a ejercer la iniciativa legislativa del Gobierno en materia presupuestaria. Si el contenido de esta iniciativa es o no conforme a Derecho es una cuestión que no puede ser objeto de control por los órganos judiciales. Tal control, como se viene insistiendo, en la medida en que lo que se considera «ilegal» es el contenido de un determinado programa presupuestario previsto en la ley, solo podrá ser ejercido por el Tribunal Constitucional si la iniciativa legislativa prospera, se convierte en ley y es impugnada o cuestionada por quien tiene legitimación para ello. Este juicio, obviamente, solo podría tener lugar en términos de constitucionalidad, nunca de legalidad.

En suma, la calificación de la actuación de la recurrente en el ejercicio de su iniciativa legislativa que, como titular de la Consejería de Hacienda y miembro del Consejo de Gobierno, le correspondía supone una aplicación imprevisible e insostenible del tipo del delito de prevaricación contraria al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

4.4.2 Aprobación de las modificaciones presupuestarias.

Como ya se ha expuesto en este mismo fundamento jurídico, apartado 4.1, la recurrente fue condenada como autora de un delito de prevaricación por haber aprobado también las modificaciones presupuestarias realizadas el 18 de abril de 2000, el 28 de julio de 2000, el 7 de mayo de 2001 (aprobada por el viceconsejero de Hacienda, por delegación de la recurrente), el 29 de mayo de 2001, el 18 de septiembre de 2001, el 13 de noviembre de 2001, el 5 de diciembre de 2001, el 15 de octubre de 2002 y el 21 de octubre de 2002, incumpliendo las normas de estructura presupuestaria y clasificación del gasto establecidas en la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998.

En la demanda de amparo se alega que las mismas razones que se aducen respecto de los actos prelegislativos son también aplicables, *mutatis mutandis*, a las modificaciones presupuestarias. La recurrente añade que no existen pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tipo de actos, lo que, a su juicio, es indicativo de que estas decisiones no están sometidas al Derecho administrativo ni pueden ser consideradas

actos administrativos. Además, alega que en la doctrina científica existe una notable controversia acerca de su naturaleza jurídica, en particular sobre si son actos administrativos o actos políticos.

En el apartado 4.1 de este fundamento jurídico se han expuesto sucintamente las alegaciones de las partes personadas en este recurso y del Ministerio Fiscal. En el apartado 4.2 se recogen las razones por las que el Tribunal Supremo confirma la condena de la recurrente por aprobar las modificaciones presupuestarias. Estas razones, en síntesis, son que este tipo de actos no tienen naturaleza parlamentaria, ya que fueron adoptadas por la consejera de Hacienda o por el Consejo de Gobierno. La Sala entiende que se adoptaron incumpliendo los requisitos procedimentales y materiales «con la finalidad última de eliminar los controles administrativos en la concesión de las subvenciones para actuar libérrimamente». El Tribunal Supremo también afirma que como estas decisiones debían adoptarse siguiendo un procedimiento reglado, «regido por normas de Derecho administrativo y ajeno a los criterios de discrecionalidad propios de toda decisión política», son «resoluciones» a los efectos del delito de prevaricación. La Sala concluye que estas actuaciones «cumplen con la exigencia de tipicidad del artículo 404 CP».

Los argumentos de la demandante por los que aduce que estos actos no pueden considerarse resoluciones recaídas en un asunto administrativo no pueden prosperar. El Tribunal no va a dilucidar en este recurso de amparo la naturaleza jurídica de estas decisiones. Tan solo le corresponde enjuiciar si la interpretación de estos conceptos efectuada por las resoluciones impugnadas incurre en la infracción invocada del art. 25.1 CE. En consecuencia, el análisis ha de limitarse a examinar si la consideración de tales decisiones como resoluciones recaídas en un asunto administrativo es lesiva del derecho fundamental a la legalidad penal, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de tales actos, lo que excedería del objeto del recurso de amparo.

El hecho de que estas decisiones hayan sido adoptadas por órganos –la consejera de Hacienda y el Consejo de Gobierno– que por las funciones que ejercen tienen tanto naturaleza política como administrativa pone de manifiesto que su consideración como resolución recaída en un asunto administrativo no es, *prima facie*, descartable. La circunstancia de que exista un debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de este tipo de decisiones no supone que los órganos judiciales, al calificarlas como resoluciones recaídas en un asunto administrativo, hayan efectuado una interpretación extravagante o imprevisible. Al contrario, pone de manifiesto que tal interpretación es posible. Por otra parte, la alegación de la demandante por la que se aduce que no existe doctrina jurisprudencial al respecto no puede interpretarse, como hace la recurrente, como un dato que evidencie que este tipo de decisiones no tiene carácter administrativo.

El análisis de esta cuestión ha de partir de que este tipo de actuaciones requieren siempre una habilitación legislativa (en este caso, los arts. 38 y ss. de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, hoy derogada) que otorgue a un órgano administrativo la potestad de modificar los estados numéricos de las leyes de presupuestos cuando concurren los supuestos previstos en la ley habilitante y con las limitaciones que en ella se establezcan. Calificar estos actos como administrativos entra dentro de los márgenes de interpretación admisibles en Derecho, dado que no existe norma ni principio alguno que impida llegar a esta conclusión. Como se acaba de señalar, la cuestión que debe determinarse ahora no es la naturaleza jurídica de este tipo de actos, sino si los órganos judiciales al calificarlos de administrativos han ido más allá de la previsión del tipo legal y han incluido dentro del ámbito de lo penalmente prohibido conductas que la ley con toda evidencia no contempla. En este caso no puede llegarse a tal conclusión. Por todo ello, el Tribunal entiende que la consideración de estos actos como resoluciones recaídas en un asunto administrativo es acorde con el principio de legalidad penal que consagra el art. 25.1 CE.

Cuestión distinta es si las modificaciones presupuestarias que efectuó la recurrente pueden considerarse arbitrarias por ser manifiestamente ilegales. Las resoluciones

impugnadas llegan a esta conclusión al apreciar que se realizaron prescindiendo de las exigencias procedimentales y materiales con la finalidad de eludir los controles exigidos por la normativa subvencional (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 24.2, pág. 265 a 271). Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo, tomando en consideración la normativa presupuestaria, en particular la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998, llegan a la conclusión de que las modificaciones presupuestarias efectuadas la contravienen y por ello aprecian su manifiesta ilegalidad. No es función de este tribunal examinar la corrección jurídica de la referida apreciación. Sin embargo, sí entra dentro de sus atribuciones el efectuar un juicio externo de las razones que llevan a los órganos judiciales a resolver en el sentido expuesto, pues solo de este modo puede verificarse que las resoluciones judiciales, al calificar como manifiestamente ilegales las modificaciones presupuestarias efectuadas, no han desbordado los límites que impone el art. 25.1 CE.

A partir del año 2002, en el que las leyes de presupuestos contienen el programa 31L que tiene por objeto otorgar transferencias al IFA en materia de relaciones laborales, cambió el criterio de presupuestación. En los documentos que las acompañan, en particular en las memorias –transcritas en sus pasajes más relevantes en las sentencias que ahora se recurren– se hace referencia a la finalidad que con ese programa se pretende, quién ha de ejecutarlo y cómo debe hacerlo. Según consta en las resoluciones judiciales impugnadas, el objetivo del programa 31L es, entre otros, «atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis». También se incluyen entre estos objetivos «[c]ubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 11.2, pág. 193, que transcribe las págs. 571 y ss. de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que, a su vez, reproduce el contenido de las memorias de los informes económico-financieros).

Las sentencias impugnadas ponen de manifiesto cómo estas memorias determinan el órgano encargado de ejecutar el programa 31L, que es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. Este centro directivo «tiene atribuidas las competencias que corresponden a la consejería en materia de relaciones laborales». En estos documentos a los que aluden las sentencias, se detalla que la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social instrumenta «la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 11.2, pág. 194).

Sin embargo, las resoluciones recurridas no extraen consecuencia alguna del cambio normativo que se produce en el año 2002, que incluye por primera vez el programa 31L en la ley de presupuestos y que tiene como objeto otorgar transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales, tal y como se acaba de exponer. Una vez en vigor este programa presupuestario resulta imprevisible que los actos dictados a su amparo se consideren manifiestamente ilegales, pues las modificaciones presupuestarias tenían cobertura en una norma con rango de ley.

De conformidad con lo expuesto, no pueden considerarse arbitrarias las modificaciones presupuestarias realizadas en el ejercicio 2002 (las efectuadas el 15 y el 21 de octubre de 2002) al encontrarse amparadas en la ley de presupuestos para ese año. Por todo ello, las resoluciones impugnadas, en lo que se refiere a estas concretas modificaciones presupuestarias, al calificarlas como manifiestamente ilegales, han incurrido en una interpretación del todo imprevisible del tipo penal que ha determinado la condena. No ocurre lo mismo con las otras modificaciones presupuestarias que no tenían amparo en norma legal alguna [realizadas el 18 de abril de 2000, el 28 de julio

de 2000, el 7 de mayo de 2001 (aprobada por el viceconsejero de Hacienda, por delegación de la recurrente), el 29 de mayo de 2001, el 18 de septiembre de 2001, el 13 de noviembre de 2001 y el 5 de diciembre de 2001]. Respecto de estas últimas modificaciones presupuestarias, su consideración como resoluciones arbitrarias recaídas en un asunto administrativo no desborda los límites del art. 404 CP.

4.4.3 Enjuiciamiento de la lesión del art. 25.1 CE en relación a quiebras lógicas y contradicciones que se atribuyen a las resoluciones impugnadas.

Como ya se ha expuesto en el apartado primero de este fundamento jurídico, la recurrente en amparo alega también la lesión del art. 25.1 CE, toda vez que las sentencias impugnadas incurren en contradicciones y quiebras lógicas al fundamentar su condena. Entre otras, señala las siguientes:

(i) A pesar de que el proyecto de ley y la ley que trae causa de aquel contemplaban el mismo sistema de presupuestación, las sentencias impugnadas consideran que la ley no avaló dicho sistema por el carácter ilegal de los proyectos.

(ii) Otra de las quiebras lógicas de las sentencias que la recurrente alega es que atribuyen eficacia jurídica a los proyectos de ley. La demandante entiende que los proyectos de ley son meras propuestas legislativas que, como tales, no permiten deducir de ellos ninguna consecuencia jurídica. Por ello, al atribuirles esta eficacia *ad extra* incurren en una quiebra lógica «de índole normativo-institucional».

(iii) Se aduce también que la negativa de las resoluciones recurridas a atribuir a las leyes de presupuestos los efectos jurídicos que necesariamente se desprenden de su aprobación (el uso de transferencias de financiación para sufragar ayudas sociolaborales) parece deberse a que consideran que el Parlamento no era consciente de lo que aprobaba. Para fundamentar esta afirmación transcribe los siguientes pasajes de la sentencia de la Audiencia Provincial:

«[T]eniendo en cuenta la ilícita presupuestación realizada por el Ejecutivo andaluz, contenida en el proyecto de presupuesto remitido al Parlamento, carece de sentido afirmar que fue el Parlamento de Andalucía quien decidió que las transferencias de financiación constituían la figura presupuestaria adecuada para implantar la política de ayudas sociolaborales que se pretendía llevar a cabo» (fundamento de Derecho 10, pág. 463).

Asimismo, transcribe el siguiente párrafo:

«Lo que de ningún modo puede afirmarse es que el Parlamento legitimó el uso de las transferencias de financiación para el pago de subvenciones concedidas por la Dirección General de Trabajo. Pues resulta impensable que el parlamento legitimara un sistema que, entre otras consecuencias, obligaba a aumentar ficticiamente la partida de "gastos" en el presupuesto del IFA/IDEA, como única forma posible de equilibrarlos con los ingresos» (fundamento de Derecho 10, pág. 466).

La demandante de amparo pone de manifiesto que las resoluciones impugnadas niegan eficacia a la ley de presupuestos al entender que el Parlamento no pudo aprobar semejante ilegalidad no siendo consciente de lo que aprobaba y, para justificar esta conclusión, reproduce el siguiente pasaje de la sentencia de la Audiencia Provincial:

«La documentación anexa remitida al Parlamento, acompañando el proyecto de presupuesto, utilizó durante el periodo 2002 a 2009 una terminología ambigua y equívoca. Pues, nunca señaló claramente el verdadero sistema de concesión de subvenciones sociolaborales. No indicó qué órgano las concedería, si la Consejería de Empleo o IFA/IDEA. Incluso daba a entender en alguna documentación anexa, que iban a ser otorgadas por IFA/IDEA. Tampoco señaló de forma inequívoca que la función de IFA/IDEA, en base al convenio suscrito con la Consejería de Empleo, quedaba limitada al pago material de las subvenciones.

Por ello, la aprobación presupuestaria de la transferencia de financiación, en ningún caso supuso que el Parlamento aprobó dicho crédito, para que con cargo al mismo se otorgaran por la Consejería de Empleo subvenciones sociolaborales o a empresas en crisis».

(iv) La representación procesal de la señora Álvarez Arza subraya lo contradictorio que resulta «afirmar que los parlamentarios se equivocaron sobre el contenido de lo que aprobaban cuando al mismo tiempo se afirma que las leyes no aprobaron lo que se ha considerado ilegal. ¿Dónde está el error, entonces?».

Por último, se aduce que lo que subyace en los argumentos anteriores es que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera que las leyes de presupuestos son inconstitucionales al no haberse conformado debidamente la voluntad de la Cámara por haber sido engañada. La recurrente afirma que, de ser esto así, la Sala hubiera debido plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y, como no lo ha hecho, no puede desconocer la plena validez jurídica de una ley aprobada.

En definitiva, lo que la recurrente alega es que las contradicciones en las que han incurrido las resoluciones impugnadas han tenido como consecuencia que se haya efectuado una interpretación de los elementos típicos imprevisible y, por ello, prohibida por el art. 25.1 CE.

Resulta patente que las resoluciones impugnadas contienen argumentos contradictorios que, además, se fundamentan en una concepción de nuestro sistema institucional que no se coherente con los parámetros interpretativos comúnmente aceptados. Por lo que se refiere a lo primero, esto es, a las contradicciones y quiebras lógicas en las que incurre la sentencia, basta la lectura de los pasajes que se acaban de transcribir para apreciar que incurren en tales defectos.

No se puede apreciar que los proyectos de ley establecen un sistema de presupuestación no avalado por el Parlamento cuando la ley aprobada recoge expresamente el mismo sistema de presupuestación que aquellos. Tal afirmación, además, resulta contradictoria e incompatible con las reglas constitucionales y estatutarias que disciplinan el sistema de fuentes, al dar eficacia jurídica a un proyecto de ley y negar, al mismo tiempo, esa eficacia a la ley que trae causa de ese proyecto, que establece el mismo sistema de presupuestación que el contenido en el proyecto. Como se expuso anteriormente, los anteproyectos y proyectos de ley, en cuanto meras propuestas normativas, no pueden ser objeto de control jurídico. Ha de traerse de nuevo a colación el ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6, en el que el Tribunal declaró que «la necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, solo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido». La paradoja que presenta este caso es que el Tribunal Supremo no solo otorga eficacia jurídica *ad extra* al proyecto, lo que en sí mismo es incompatible con la naturaleza de este tipo de actos, sino que, además, niega eficacia al programa presupuestario aprobado por el Parlamento, que tiene naturaleza de ley y que, como tal, tiene efectos generales. El aplicador del Derecho no puede dejar de aplicar una ley en vigor.

(v) Otra de las contradicciones señaladas por la recurrente se refiere a que las sentencias recurridas afirman que las fichas del programa presupuestario 31L, así como las distintas memorias acompañadas a los proyectos de ley de presupuestos «ofrecían una información poco detallada que posibilitó la aprobación de los proyectos de ley (sin objeciones en lo que a esta partida se refiere) en el trámite parlamentario» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 14.2, pág. 211). Sin embargo, tal y como se deriva con toda claridad del fundamento de Derecho 11.2 de la sentencia del Tribunal Supremo, es patente que la información facilitada al Parlamento no podía inducirle a error, por cuanto que no había duda alguna de que las transferencias de financiación no estaban destinadas a equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de IFA/IDEA. Como ya se ha indicado, las resoluciones judiciales transcriben pasajes de las memorias que acompañan a las leyes de presupuestos en las que se especifica que los fines del

programa 31L, entre otros, es «atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis».

No resulta coherente afirmar, por una parte, que la documentación que se remitió al Parlamento acompañando a los proyectos de ley de presupuestos era «escasa, confusa y errónea», además de «poco detallada» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 11.2, pág. 192) y deducir de ello, que «no puede afirmarse que el Parlamento andaluz avalara con su aprobación la ilegalidad que incorporaban los distintos proyectos, ni tampoco que la aprobación autorizara al pago de las ayudas sociolaborales sin los presupuestos y controles establecidos en la ley» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 11.2, pág. 193) y, por otra, entender que la referida documentación contenía información suficiente para atribuirle el valor de prueba de cargo para fundamentar en ella la condena por el delito de prevaricación (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 113.3, pág. 875).

Por ello, la subsunción en el tipo del art. 404 CP de los hechos que se le imputan a la recurrente es imprevisible en el sentido que a este término le ha otorgado el Tribunal a los efectos de apreciar si el aplicador del Derecho ha incurrido en una infracción del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

La apreciación de la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal respecto a la elaboración de las iniciativas legislativas durante los años 2002, 2003 y 2004, hace innecesario entrar a examinar el segundo motivo que alega la demandante; esto es, vulneración del referido derecho por considerar que se ha realizado una aplicación retroactiva de la jurisprudencia.

5. Conclusión y efectos de la estimación parcial del recurso de amparo.

Los argumentos expuestos determinan la estimación parcial del recurso de amparo.

La aplicación que han efectuado los órganos judiciales del art. 404 CP al condenar a la recurrente en amparo como autora de un delito continuado de prevaricación (art. 404 CP) por haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002, 2003 y 2004 y haber participado en su aprobación como proyectos de ley en las sesiones del Consejo de Gobierno, así como por haber realizado las modificaciones presupuestarias de 15 y de 21 de octubre de 2002 infringe el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). La lesión de este derecho fundamental se produce por haber efectuado los órganos judiciales cuyas resoluciones se recurren una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal que no se corresponde con la interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica —es incompatible con el sistema institucional constitucional y estatutariamente previsto— e incurre en manifiestas quiebras lógicas en la argumentación. Todo ello conlleva que, en relación con los referidos hechos, la conducta prohibida, tal y como ha sido interpretada en las sentencias impugnadas, resulte imprevisible para sus destinatarios.

No puede apreciarse lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la condena por delito continuado de prevaricación por haber efectuado las modificaciones presupuestarias de 18 de abril de 2000, de 28 de julio de 2000, de 7 de mayo de 2001 (aprobada por el viceconsejero de Hacienda, por delegación de la recurrente), de 29 de mayo de 2001, de 18 de septiembre de 2001, de 13 de noviembre de 2001 y de 5 de diciembre de 2001. En relación con estas conductas, los órganos judiciales han efectuado una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal acorde con las exigencias que se deriva de este derecho fundamental.

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento con exclusión de las siguientes conductas realizadas por la recurrente: haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002, 2003 y 2004; haber participado en su aprobación

como proyectos de ley en las sesiones del Consejo de Gobierno; y haber realizado las modificaciones presupuestarias de 15 y de 21 de octubre de 2002.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza y, en su virtud:

1.º Reconocer que se ha vulnerado su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, y de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ordenando la retroacción del proceso al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se dicte un nuevo pronunciamiento respetuoso con el derecho fundamental vulnerado, en los términos que se indican en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.

3.º Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil veinticuatro.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—César Tolosa Tribiño.—Juan Carlos Campo Moreno.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6971-2022

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno, formulamos el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza, el cual a nuestro juicio debió ser desestimado, porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Sin perjuicio de adherirnos al voto particular discrepante suscrito por el magistrado don César Tolosa Tribiño, consideramos necesario recalcar algunos puntos esenciales de nuestro desacuerdo con el parecer de la mayoría

1. Descalificaciones gratuitas al Tribunal Supremo y a la Audiencia Provincial de Sevilla.

Previamente debemos referirnos al tono, a nuestro juicio reprobable, que utiliza la sentencia de este Tribunal para descalificar la actuación tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Provincial de Sevilla.

En su fundamento jurídico 4.3 (subapartados 1 a 5) se reprocha a ambos órganos jurisdiccionales su desconocimiento de los «elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional», tales como el carácter constitucional, parlamentario y democrático del Estado, el principio de separación de poderes, la naturaleza de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento y hasta del monopolio del control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional. Como si las sentencias

recurridas hubieran declarado la inconstitucionalidad de las leyes de presupuestos de la Junta de Andalucía de 2001 a 2010, o le hubieran dirigido alguna tacha en este sentido, cosa que no han hecho como más adelante se explicará. Se reprocha también a los dos órganos judiciales efectuar una interpretación del art. 404 CP «insostenible» [FJ 4.4.1 c)] que «no encuentra respaldo en el entendimiento que de estos conceptos ["resolución" recaída en "asunto administrativo"] tiene la comunidad jurídica» [FJ 4.4.1 a)], cuando es precisamente el órgano jurisdiccional «superior» en materia penal (art. 123.1 CE) quien la sostiene. Y, como corolario, se concluye que los magistrados que dictaron las dos sentencias tienen «una concepción de nuestro sistema institucional que no se cohonestaba con los parámetros interpretativos comúnmente aceptados» (FJ 4.4.3).

Se trata, además, de amonestaciones innecesarias, pues se hacen una vez que la sentencia ya ha concluido que la interpretación de los conceptos «resolución», «asunto administrativo» y «arbitraria» eran «imprevisibles» en el fundamento jurídico 4.4.1 a) y b), lo que bastaba para declarar la vulneración del art. 25.1 CE. No contentos con ello, y por tanto a mayor abundamiento, nuestros compañeros se extienden en vapulear a las sentencias recurridas por incidir en «nuestro sistema de relaciones entre poderes constitucional y estatutariamente previsto» [subapartado c) de ese mismo fundamento jurídico 4.4.1] y contener «quebras lógicas y contradicciones» tan evidentes –se dice para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»– que «basta la lectura» de los pasajes convenientemente seleccionados y transcritos (de unas pocas líneas entre sentencias de más de mil páginas) para comprobarlas (FJ 4.4.3).

Esta severa e innecesaria crítica se hace a dos sentencias adoptadas por unanimidad de sus magistrados. Tanto los tres magistrados que dictaron la sentencia de instancia como los cinco que aprobaron la de casación coincidieron en calificar la conducta de la recurrente como prevaricación del art. 404 CP. Una interpretación apoyada además por el Ministerio Fiscal, que mantuvo la acusación ante la Audiencia Provincial y ante el Tribunal Supremo por este delito, y por los juristas del Tribunal de Cuentas del Estado, la Cámara de Cuentas de Andalucía, la Intervención General autonómica y los servicios jurídicos de la Junta de Andalucía cuyas resoluciones e informes detallados sobre las ilegalidades cometidas se extractan oportunamente a lo largo de las sentencias recurridas, y que la sentencia de la mayoría niega de raíz.

Más que cargar de razones a quienes las profieren, estas innecesarias descalificaciones evidencian la endeblez de sus argumentos. No es razonable suponer que todo el mundo se equivoca y que ocho magistrados veteranos (de ocho que intervinieron en el caso, y por tanto el cien por cien de ellos) desconocen tan elementales principios. Y efectivamente sucede que las sentencias recurridas no «fiscalizan» ni ejercen un «control negativo de constitucionalidad sobre el contenido de las leyes de presupuestos que les está vedado» [FJ 4.4.1 c)]. La sentencia parte de una premisa errónea: las sentencias no fiscalizan las leyes de presupuestos porque niegan, razonadamente y de un modo constitucionalmente correcto, que estas regulasen la forma de conceder las ayudas, como presupone la sentencia de la mayoría. Lo que las sentencias recurridas valoran son los trabajos preparatorios de esas leyes que recopilan la «documentación anexa» que se acompaña a los proyectos de ley de presupuestos que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía presenta al Parlamento, una actividad previa y separable que tiene naturaleza administrativa según la legislación vigente y la doctrina constitucional, en contra de lo que sostiene la mayoría de este tribunal.

2. La elaboración de anteproyectos y proyectos de ley puede ser considerada «asunto administrativo» por la jurisdicción penal.

La idea que informa gran parte de la sentencia es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de ley de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. Niega, en consecuencia, que toda la actividad tendente a la elaboración de los

anteproyectos de ley que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento pueda considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito puedan calificarse como resoluciones recaídas en un «asunto administrativo» que es el término que emplea el art. 404 del Código penal, que es el presupuesto de que parten la sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo para fundar la condena por prevaricación de la recurrente.

Las sentencias impugnadas no se refieren tanto a las leyes de presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía en los años 2001 a 2009 (2002, 2003 y 2004, por lo que se refiere a la recurrente) como a los trabajos preparatorios de esas leyes, y esa actividad prelegislativa tiene, a nuestro juicio, inequívoca naturaleza administrativa. Así se desprende también de lo expresado en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno, de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, y hasta de la STC 55/2018, de 24 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, entre otros, contra esos artículos de esta última ley.

La Ley 50/1997, del Gobierno, contiene una extensa regulación de cómo deben tramitarse los anteproyectos de ley antes de su elevación al Consejo de Ministros y de la remisión por este del proyecto de ley subsiguiente al Parlamento. Es cierto que esta ley se refiere al Gobierno de la Nación y no al de las comunidades autónomas, pero sería absurdo sostener que estos trabajos preparatorios tienen una doble naturaleza, «administrativa» cuando los lleva a cabo la administración del Estado, y «no administrativa» o «legislativa» cuando se trata de las comunidades autónomas.

La Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, sí se refiere a todas las administraciones públicas, también a las comunidades autónomas, remitiendo a lo que dispongan sus estatutos de autonomía en cuanto a los órganos a quien corresponde la iniciativa legislativa, pero estableciendo con la naturaleza de «bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» y «procedimiento administrativo común» (art. 149.1.18 CE) algunas indicaciones generales de buena regulación.

Estos preceptos fueron impugnados por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y la STC 55/2018 estimó el recurso, pero no porque esa actividad previa a la remisión de un proyecto de ley a las Cortes Generales o a las diferentes Asambleas Legislativas autonómicas –en aquel caso al Parlament de Cataluña– se integrara en la actividad legislativa, sino porque se trata de una actividad propia de las comunidades autónomas («[o]rganización de sus instituciones de autogobierno», art. 148.1.1 CE) y el Estatuto de Autonomía de Cataluña (arts. 150 y 159) reconocía a la Generalitat competencia para regular su propia organización y procedimiento, por más que en algunos casos esas directrices contenidas en el art. 129 de la Ley 39/2015 fueran coincidentes con las desarrolladas por la legislación autonómica.

Esa actividad que el Tribunal Supremo llama «prelegislativa» es, para la STC 55/2018, propia de un procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El Estado no puede regularla bajo el título del procedimiento administrativo «común» (art. 149.1.18 CE), pero es «procedimiento administrativo». Por eso, tras la STC 55/2018 esas normas siguen siendo de aplicación al procedimiento prelegislativo estatal. Una cosa es que la jurisdicción contencioso-administrativa venga declarando que esa actividad no constituye un acto impugnabile ante ella y otra que, como dice la sentencia de la que discrepo, esa actividad «no pued[a] ser objeto de control por ningún órgano judicial» [FJ 4.4.1 a)].

La mayoría de nuestro Tribunal cita de manera desviada el ATC 135/2004 (aludido en los fundamentos jurídicos 4.3.3 y 4.4.3). En ese ATC 135/2004 inadmitimos la impugnación del Gobierno de la Nación contra el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por el Gobierno de esa comunidad (el llamado «Plan Ibarretxe») y contra la resolución de la mesa del Parlamento autonómico admitiendo a trámite esa propuesta. El Gobierno alegaba que el contenido de la propuesta era abiertamente inconstitucional, y que por tanto la propuesta solo podía

tramitarse como un procedimiento de reforma de la Constitución, y no como un procedimiento de reforma del Estatuto de Autonomía, como había hecho el Parlamento autonómico. Sostuvimos entonces, efectivamente, que ese proyecto de reforma no podía ser objeto de control por el Tribunal Constitucional porque su efecto era solamente abrir un procedimiento parlamentario cuyo resultado era incierto. De su tramitación podía resultar una norma o no resultar ninguna, y en el primer caso esa norma podía ser contraria a la Constitución o conforme con esta. Por lo tanto, no podía este tribunal anular la propuesta de reforma ni impedir su debate.

Pero esta imposibilidad lógica de controlar vicios *hipotéticos* contenidos en proyectos de normas (o actos) que podrían suponer la anulación del producto final si no fueran corregidos nada tiene que ver con la posibilidad de examinar si en la elaboración de un anteproyecto de ley [que es un acto previo y diferente a la «decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley» como acto de gobierno conforme a la STC 45/1990 aludida en la sentencia: FJ 4.4.1 a)] la autoridad responsable ha incurrido *efectivamente* en un delito de prevaricación del art. 404 CP.

En abstracto, de la simple alteración de la partida presupuestaria que antes cobijaba los créditos concedidos al Instituto de Fomento de Andalucía (IFA, posteriormente Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, IDEA), e incluso de la ampliación de sus competencias, no cabe colegir el designio último de los que promovieron tal cambio, que consistía en eludir los controles ordinarios existentes hasta entonces para el otorgamiento de subvenciones. No es en el ámbito de la inconstitucionalidad de leyes de presupuestos donde se mueven las sentencias impugnadas, sino en el de la creación de un marco jurídico aparentemente neutro a cuyo amparo pudiera actuarse disponiendo de ingentes cantidades de dinero sin control efectivo alguno.

En nuestra opinión, refrendada por la regulación establecida en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, antes citada), la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo. Por eso tenemos que discrepar del fundamento jurídico 4.4.1 de la sentencia en que se da a esta actividad la naturaleza de actos de gobierno excluidos de todo control por parte de cualquier órgano jurisdiccional, incluso de su posible enjuiciamiento por la jurisdicción penal. Esto equivale a consagrar un ámbito de impunidad que sí nos parece contrario a la Constitución.

Tal como nosotros lo vemos, los actos prelegislativos son susceptibles de control penal, y por consiguiente no parece que pueda considerarse «imprevisible», como hace la mayoría, la interpretación efectuada por las sentencias recurridas. Una cosa es que sea la primera vez que un asunto como este se haya planteado ante los tribunales penales y otra muy distinta que la respuesta dada por ellos a esta cuestión novedosa sea «imprevisible».

3. El incumplimiento de la normativa general sobre subvenciones puede considerarse «arbitraria» por la jurisdicción penal.

En el apartado siguiente de este mismo fundamento jurídico [FJ 4.4.1, letra b)] se enjuicia la interpretación del concepto de resolución «arbitraria» previsto en el art. 404 CP.

La definición de este concepto corresponde sin duda alguna a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y este explica que, según su jurisprudencia, se identifica la arbitrariedad como una ilegalidad patente, grosera, palmaria, clamorosa o flagrante, y señala como hechos relevantes de este caso los siguientes:

- (i) que se cambió el sistema de financiación de las «ayudas sociolaborales» sin razón aparente;
- (ii) que se hizo y mantuvo ese cambio a pesar de las múltiples advertencias de la Intervención y los servicios jurídicos sobre las ilegalidades que se estaban produciendo;
- (iii) que la consecuencia real del cambio fue la falta de control y absoluta ilegalidad de la concesión de subvenciones.

Por todo ello concluye: «A partir de estos hechos, dada la incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo y en atención a la finalidad directamente perseguida por los autores no cabe otra conclusión que la de afirmar la arbitrariedad e injusticia de las resoluciones objeto de enjuiciamiento» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 30, pág. 296).

Ninguna de estas razones se analiza en la sentencia de la mayoría, sino que vuelve a reiterarse la idea de la aprobación parlamentaria como sanadora de todos los posibles vicios denunciados y la imprevisibilidad de la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial de Sevilla y por el Tribunal Supremo.

La razón de la condena a la recurrente por parte de estos tribunales es clara: como con arreglo a la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de hacienda pública de Andalucía, coincidente con la Ley 38/2003, general de subvenciones del Estado, las subvenciones y ayudas debían otorgarse con arreglo a unos principios de publicidad, libre concurrencia y objetividad, y el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, la recurrente y otros funcionarios idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada como «relaciones laborales» y disfrazada como transferencia de crédito al IFA (posteriormente IDEA) para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no se deroga.

Efectivamente, las leyes de presupuestos hubieran podido derogar esa legalidad, o desplazarla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 4/2012 en la llamada «tercera etapa» de los ERE [sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 1, «Resumen de los hechos probados», pág. 111, reproducido en el antecedente 2 a) de nuestra sentencia]. El art. 1 de este Decreto-ley estableció expresamente que «[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas», lo que evidencia que el criterio seguido en años anteriores de no seguir los trámites impuestos por esa «normativa general sobre subvenciones públicas» no se ajustaba a la legalidad vigente.

En esta situación no nos parece que la respuesta penal de la actuación de la recurrente pueda calificarse de imprevisible.

4. Interpretación de las leyes de presupuestos efectuada por las sentencias recurridas.

La mayoría reitera una y otra vez la idea de que las leyes de presupuestos regularon el modo de concesión de estas ayudas. Por eso diserta ampliamente sobre las «Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 4.3), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» (FJ 4.3.2), la posibilidad de modificar las leyes vigentes (FJ 4.3.4) y el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional (FJ 4.3.1), para terminar concluyendo que las sentencias recurridas han «priva[do] de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» de presupuestos «que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes» y es por tanto un «instrumento idóneo para efectuar esta modificación» legislativa [FJ 4.4.1 b)].

Si así hubiera sucedido, podría compartirse lo razonado por la mayoría. Pero esta parte de una premisa incorrecta. Las sentencias recurridas interpretan de otro modo las leyes de presupuestos.

La (supuesta) modificación legislativa se habría producido con la calificación de las ayudas sociolaborales como «transferencia de financiación», según reconoce la mayoría en el fundamento jurídico 4.4.1 b) antes citado. Una modificación que se habría producido en las «memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L» cuyo contenido extracta la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196), transcrita en este punto por el fundamento jurídico 2.1 c) de nuestra sentencia («9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuesto anual de la Junta de Andalucía [...]»).

Pues bien, tanto la Audiencia Provincial de Sevilla como el Tribunal Supremo niegan razonadamente que esa calificación tuviera eficacia normativa y vinculante y habilitara la exclusión de los controles propios de las subvenciones.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla lo hace en su fundamento de Derecho 15 (aludido en la sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 23.1, pág. 256, última línea), que cita y reproduce el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que dice así:

«El debate del presupuesto se referirá al articulado y al estado de autorización de gastos. Todo ello sin perjuicio del estudio de otros documentos que deban acompañarlo.»

Un precepto que le lleva concluir lo siguiente:

«[L]os únicos documentos objeto de debate, y por tanto de aprobación parlamentaria, son el texto articulado de la ley y los estados de gastos de cada uno de los entes públicos de la comunidad autónoma. Sin que el resto de documentos que, como documentación anexa, acompañan al proyecto de presupuesto, sean objeto de aprobación por el Parlamento, *ni, en consecuencia, adquieran fuerza de ley.*»

Y el Tribunal Supremo es igualmente concluyente: «ninguna de las leyes de presupuestos aprobadas modificó el régimen jurídico aplicable a las subvenciones» (fundamento de Derecho 23.3, pág. 262); las leyes de presupuestos «habilitaron unos créditos presupuestarios» pero no aprobaron «la forma de ejecución del gasto» ni su «concesión y pago [...] eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones» (fundamento de Derecho 11.2, págs. 189-190).

En lugar de detenerse en estos razonamientos, como corresponde a un recurso de amparo que debe examinar la razonabilidad de la interpretación efectuada por las sentencias recurridas, la mayoría cambia los términos del debate, hace supuesto de la cuestión y afirma que los tribunales penales han ejercido «materialmente un control negativo de constitucionalidad sobre el contenido de las leyes de presupuestos que les está vedado» [FJ 4.4.1 c)], dando por sentado lo que esos tribunales niegan: el valor de ley de la «documentación anexa» a los proyectos de ley de presupuestos.

Lo que era objeto de discusión ante la jurisdicción penal, y esta negó motivadamente, no era «el carácter formal o material» de la ley de presupuestos, cuestión hace tiempo «superada» como reconoce la mayoría citando la STC 72/1992, de 13 de mayo, sino si la «documentación anexa» a la ley de presupuestos, donde se contiene ese cambio de calificación de créditos, supuso efectivamente una modificación, derogación o desplazamiento de la normativa general sobre subvenciones.

Por el sencillo expediente de omitir los razonamientos de las sentencias objeto de amparo, la mayoría asume apodícticamente que sí han producido ese cambio legislativo. Pero la lectura del análisis de la «documentación anexa» al proyecto de ley de presupuestos ofrecido por las págs. 193-196 de la sentencia del Tribunal Supremo, transcritas en el fundamento jurídico 2.1 c) de nuestra sentencia, no permite sostener esta conclusión. Antes al contrario: estas «fichas», «memorias» y «documentación anexa al proyecto de presupuesto» llaman varias veces «subvenciones» a las «ayudas sociolaborales» del programa 31L, de modo que difícilmente puede sostenerse que esa «documentación anexa» autorizara la elusión del régimen de estas.

Además, la conclusión de las sentencias recurridas sobre la ausencia de valor legal de esa «documentación anexa» a las leyes de presupuestos no vulnera el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, pues viene corroborada por importantes y evidentes argumentos constitucionales.

En primer lugar, esa «documentación anexa» no está publicada, ni se publica conjuntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno por aplicación de la máxima del art. 9.3 CE: «La Constitución garantiza

[...] la publicidad de las normas». Si no hay publicidad, no puede haber «norma» vinculante, ni mucho menos «verdadera ley», como asume la mayoría.

En segundo lugar, la diferenciación conceptual entre el anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos, por una parte, y su «documentación anexa», por otra, viene corroborada por otras normas. No solo el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla en el pasaje antes transcrito (idéntico además a los arts. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 150.1 del Reglamento del Senado), sino también los arts. 34.5 y 35 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de hacienda pública de Andalucía (vigente en la fecha de los hechos) y el art. 37 de la Ley 47/2003, general presupuestaria del Estado (LGP), igualmente citados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento de Derecho 15). Por ejemplo, según este último precepto (art. 37 LGP), al «proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, *integrado por el articulado con sus anexos y los estados de ingresos y de gastos*», «se acompañará» cierta «documentación complementaria», que incluye, entre otras, «[l]as memorias descriptivas de los programas de gasto y sus objetivos anuales». De la misma manera, el art. 35 de la Ley 5/1983 establecía que «[e]l proyecto de ley de presupuestos y la documentación anexa se remitirán al Parlamento» al menos dos meses antes de la expiración del anterior. Todo proyecto de ley del Gobierno va acompañado de cierta documentación (cfr. art. 88 CE y art. 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno), pero no por ello esa documentación adquiere el rango y fuerza de la ley una vez aprobada esta.

En tercer lugar, nuestra doctrina también ha reconocido la naturaleza no normativa de las memorias y fichas presupuestarias (no publicadas): «las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8).

Finalmente, el ya citado art. 1 del Decreto-ley 4/2012 excluyó expresamente la aplicación de la normativa general de subvenciones, lo que evidencia, como ya hemos dicho, que las leyes de presupuestos anteriores no habían excluido la aplicación de esa normativa general.

En cuanto a las modificaciones presupuestarias producidas en los años 2000, 2001 y 2002, por las mismas razones que entendemos que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 31L no sanaron el vicio que arrastraban en cuanto a su oculta finalidad de eludir los controles previos de la intervención, tampoco las modificaciones presupuestarias de 2002 pueden escudarse en la ley de presupuestos.

Las leyes de presupuestos habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse. Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 31L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones. Resulta, por tanto, infundada la afirmación de la sentencia de que disintimos según la cual el Tribunal Supremo ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para los ejercicios 2002, 2003 y 2004 de modo imprevisible.

5. Conclusión.

En resumen, consideramos que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos del delito de prevaricación y su aplicación al caso que supera el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal. Un canon que han superado anteriormente otras interpretaciones razonadas por los tribunales penales pero que pueden resultar más o menos controvertidas, como por ejemplo condenar por prevaricación a un particular a pesar de que el delito solo pueden cometerlo los «funcionarios» según la letra del Código penal (SSTC 47/1995, de 6 de febrero, FJ 6, y 41/1998, de 24 de febrero, FFJJ 5 y 6), o la

condena a un alcalde, también por prevaricación, por actos que incluyen algunos que la jurisdicción contencioso-administrativa considera conformes con el Derecho administrativo (ATC 324/2003, de 20 de octubre, FJ 6).

Aplicando este mismo rasero de la razonabilidad, entendemos que la interpretación del delito de prevaricación efectuada en este caso por los tribunales competentes para ello, que son la Audiencia Provincial de Sevilla y especialmente el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en la materia (art. 123.1 CE), no es imprevisible ni, por consiguiente, contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

Y en este sentido emitimos nuestro voto particular.

Madrid, a veinte de junio de dos mil veinticuatro.–Ricardo Enríquez Sancho.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel Jorquera.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6971-2022

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular. Considero que el recurso de amparo debió ser inicialmente inadmitido –como ya expuse en el voto particular al ATC 284/2023, de 5 de junio– y una vez admitido desestimado, por las razones que se exponen a continuación.

1. Consideraciones previas.

Antes de exponer las razones por las que entiendo que la sentencia de la que manifiesto mi discrepancia ha devastado los límites de la jurisdicción constitucional, al irrumpir en el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria y suplantar la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley (art. 123 CE); y que como consecuencia de ello ha ocasionado un daño institucional difícilmente reparable, al anular las sentencias dictadas en el asunto de corrupción más importante de la historia reciente de España y rectificar por primera vez desde que el Tribunal Constitucional entró en funcionamiento el criterio del Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica, debo efectuar dos consideraciones previas.

1.1 Omisión de razonamiento del Tribunal Supremo y principio de unidad del Ministerio Fiscal.

En primer lugar, causa tanto desconcierto y desazón, que en las veintiocho páginas de los antecedentes de hecho de la sentencia no se dedique ni una sola línea al contenido del razonamiento de las resoluciones impugnadas –luego cuestionado– en el que se califica la conducta de la recurrente de delito de prevaricación administrativa, como inquietud y preocupación, que en un procedimiento penal de tanta relevancia perezca uno de los principios vertebradores del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: su «unidad de actuación» (art. 2.1 EOMF) pues el Ministerio Fiscal ahora refuta como contraria al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) una condena impuesta y confirmada a instancia del propio Ministerio Fiscal.

1.2 Contenido de la sentencia del Tribunal Supremo como respuesta al planteamiento de la recurrente en el recurso de casación.

En segundo lugar, el deber de respeto institucional a la plausible labor desempeñada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la exigencia de poner en el primer plano – que es donde merecen estar– los argumentos que llevan al Tribunal Supremo a calificar la conducta de la recurrente de delito de prevaricación administrativa, obligan a suplir la injustificada omisión de la sentencia y a sintetizar las sólidas razones que el Tribunal

Supremo le dedica en el apartado VI de los fundamentos de Derecho, a lo largo de noventa páginas, con la rúbrica «Juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa», páginas 220 a 310. Esta labor la abordaré a continuación efectuando la debida síntesis de los quince fundamentos de Derecho que contiene el referido apartado de la STS 749/2022, de 13 de septiembre (desde el 17 al 31) y cuya lectura evidencia por sí sola la razón del radical desencuentro con la sentencia firmada por los otros siete magistrados y el incomprensible silencio que sobre su contenido se guarda.

a) Con el título «Preliminar», la STS 749/2022 se refiere al pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial y efectúa una primera precisión: el juicio histórico de la sentencia no recoge hechos aislados sino una actuación muy compleja, integrada por un conjunto de decisiones, adoptadas por distintas autoridades administrativas, en un periodo de tiempo muy prolongado, pero dirigidas todas ellas a conseguir un único propósito, el otorgamiento de subvenciones excepcionales incumpliendo de forma absoluta los requisitos establecidos en la normativa sobre subvenciones, singularmente la ausencia de bases de convocatoria, la falta de publicidad y la falta de fiscalización previa, dando lugar a la arbitrariedad en la dotación de fondos y en su aplicación concreta. Este conjunto de decisiones hizo posible la distribución ilegal de subvenciones por importe de cerca de setecientos millones de euros y durante un dilatado periodo de diez años. Para que fuera posible semejante ilegalidad, con afectación de una cantidad ingente de fondos públicos, fue necesario adoptar a lo largo del tiempo distintas resoluciones, sin las cuales ni se habrían concedido las ayudas en los términos en que lo fueron, ni se habrían sometido a aprobación parlamentaria unos proyectos de ley que encubrían el mecanismo fraudulento utilizado para evitar los controles establecidos por el legislador.

b) La STS 749/2022 precisa las resoluciones que deben ser analizadas para llevar a cabo el juicio de subsunción normativa y de entre ellas, a los efectos que ahora interesan, distingue lo siguiente: la elaboración y aprobación de los presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009, incluyendo el programa 31L en sustitución del 22E, introduciendo indebidamente la aplicación presupuestaria «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales» y habilitando anualmente mediante transferencias de financiación unas cuantías muy relevantes que se precisan en el relato fáctico.

c) El Tribunal Supremo plasma en la sentencia la doctrina sobre el delito de prevaricación administrativa, arrancando de unas consideraciones generales: (i) El delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son el servicio prioritario de los intereses generales, el sometimiento a la Ley y al Derecho y la objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines. (ii) La sanción penal de la prevaricación tiende a garantizar el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

d) Expone cuáles son, conforme a consolidada jurisprudencia, los presupuestos típicos del delito de prevaricación: (i) Una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo. (ii) Que sea contraria a Derecho, es decir, ilegal. La contradicción con el Derecho o ilegalidad puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la falta de respeto a las normas esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución por contravenir la legislación vigente o por constituir un supuesto de desviación de poder, esto es, contraria a la Justicia, la razón y las leyes, dictada solo por la voluntad o el capricho. (iii) Que ocasione un resultado materialmente injusto. (iv) Con conocimiento de actuar en contra del Derecho. (v) Es norma penal en blanco que exige la remisión y estudio a la legislación administrativa de base. (vi) Es un delito en que la actividad coincide con el resultado, no es preciso que la resolución injusta se ejecute y se materialice en actos concretos que determinen un perjuicio tangible para un ciudadano determinado o un ámbito específico de la

administración. El delito produce un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse.

e) Examina el procedimiento prelegislativo desde el prisma del elemento del tipo «asunto administrativo».

Indica que el art. 404 CP describe el elemento objetivo del delito de prevaricación administrativa como el dictado de «una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Es relevante destacar, atendida la argumentación que desarrolla la sentencia que resuelve el recurso de amparo, que la sentencia del Tribunal Supremo señala expresamente que «[n]o ha habido controversia alguna en relación con la naturaleza administrativa de las resoluciones por las que se concedieron las ayudas». Indica que lo que se sostiene en muchos recursos es que las resoluciones dictadas en los procesos de elaboración de los proyectos de ley de presupuestos o de las modificaciones presupuestarias no se dictaron en un «asunto administrativo». Esto es, que las decisiones adoptadas en esos procesos de elaboración normativa no serían más que resoluciones de mero trámite, sin valor autónomo y sin transcendencia frente a terceros, producidas dentro del proceso legislativo de elaboración de las leyes, que integraría tanto la fase de tramitación gubernativa, manifestación de la iniciativa legislativa que corresponde al Gobierno, como la fase propiamente legislativa de tramitación parlamentaria.

f) Destierra como idea que cualquier acto vinculado con la actividad parlamentaria es inmune a la jurisdicción penal.

El sentido de la autonomía parlamentaria es más limitado. En apoyo de dicha afirmación, recuerda la STC 58/2022, de 7 de abril, dictada con motivo de la condena a determinados miembros de la mesa de un Parlamento autonómico por desobedecer unas órdenes del Tribunal Constitucional, en que se declara que «las admoniciones y los apercibimientos de eventuales responsabilidades que se dirigen a los miembros de la mesa del Parlamento de Cataluña en modo alguno atentan contra la autonomía parlamentaria y los derechos de los diputados del Parlamento de Cataluña. Son la consecuencia obligada de la sumisión a la Constitución de todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluidas las Cámaras legislativas. [...] Por otra parte, como reiteradamente venimos declarando, el debido respeto a las resoluciones del Tribunal Constitucional y, en definitiva, a la Constitución, que incumbe a todos los ciudadanos y cualificadamente a los poderes públicos, veda que las mesas de las Cámaras admitan a trámite una iniciativa que de forma manifiesta incumpla el deber de acatar lo decidido por este tribunal (por todas, SSTC 46/2018, de 26 de abril, FFJJ 5 y 6; 47/2018, de 26 de abril, FFJJ 5 y 6; 115/2019, de 16 de octubre, FFJJ 6 y 7 [EDJ 2019/714327], y 128/2019, de 11 de noviembre».

El Tribunal Supremo ahonda en el argumento, con cita de precedentes, de que, aun tratándose de parlamentarios, su inmunidad no alcanza a la desobediencia de un mandato judicial, distinguiendo a tal fin la actividad puramente parlamentaria y las actuaciones de la mesa del Parlamento, que son actos gubernativos. No dar cumplimiento a un mandato judicial en ejecución de lo resuelto en una sentencia firme es, en definitiva, no aplicar la ley. Y es meridiano que los actos parlamentarios no pueden nunca dirigirse al incumplimiento de la ley.

En referencia a la desobediencia de miembros de la mesa de un Parlamento, indica que la decisión es un acto de instrumentalidad parlamentaria, por su contenido y finalidad, pero no un acto de producción legislativa, ni de control del Gobierno. En definitiva, la histórica restricción del privilegio no puede ahora ser ampliada, para dar cobertura a un acto interno que ni afecta a la soberanía de la Cámara ni altera su configuración.

Concluye que «[s]i no puede predicarse la naturaleza estrictamente parlamentaria de un acto gubernativo de la mesa de una cámara legislativa, difícilmente puede incluirse en esa categoría al trámite prelegislativo de un proyecto de ley por tres razones: No lo realiza el Parlamento sino el Gobierno, no tiene naturaleza política en lo que atañe al

procedimiento de tramitación y a las reglas a que ha de ajustarse su elaboración y está sujeto al Derecho administrativo».

g) Sostiene que, según ha razonado, el proceso prelegislativo de elaboración de un proyecto de ley no es un acto estrictamente parlamentario, pero tampoco forma parte en sentido estricto del proceso legislativo de elaboración de una ley.

El título V del Reglamento del Parlamento de Andalucía (artículo 108 y siguientes), al igual que ocurre con el Reglamento del Congreso de los Diputados (artículos 109 y siguientes), establece como momento inicial del proceso legislativo la recepción de un proyecto de ley, junto con los documentos de necesario acompañamiento (exposición de motivos, memoria, antecedentes, etc.). Los trámites anteriores no forman parte de ese proceso en sentido estricto.

Indica –y por su extraordinario rigor conviene reproducirlo literalmente– que:

«[T]ratándose de una ley tan trascendental como la del presupuesto anual, con un componente técnico muy relevante, el proceso de elaboración estaba previsto en la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de Andalucía, y en la posterior ley, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo. En ambas normas se regulan con cierto detalle los trámites que habían de seguirse en la elaboración del proyecto de ley de presupuestos hasta la aprobación por el Consejo de Gobierno, siendo objeto, además, de un desarrollo reglamentario singular y detallado. Además, dada la especial naturaleza de toda ley presupuestaria, su contenido material en ciertos aspectos viene predefinido por otras leyes. Por lo tanto, estamos ante procesos regulados por el Derecho administrativo.

A la vista de lo anterior surgen de inmediato las siguientes preguntas: ¿Las normas a que ha de ajustarse el procedimiento prelegislativo tienen algún valor? ¿Tiene sentido que la infracción de esas normas esté protegida por la inmunidad propia de los actos parlamentarios?

Es cierto que todo Parlamento goza de absoluta libertad, dentro de los límites constitucionales, para legislar, y también lo es que a todo Gobierno se le atribuye la iniciativa legislativa, que es uno de los mecanismos a través de los cuales ejerce su función de dirección política. Pero esta función viene precedida de un procedimiento previo que tiende a garantizar la calidad y legalidad del proyecto de ley. El Gobierno, en este caso el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, cuenta con información, tiempo, medios técnicos y órganos de control jurídico para hacer posible que el texto del proyecto de ley que se eleva finalmente al Parlamento se ajuste a la legalidad y cumpla con las directrices políticas y económicas establecidas por el propio Gobierno.

La diferente naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo nos resulta patente si se atiende a las distintas normas que lo regulan y al momento en el que las normas constitucionales o el Estatuto de Autonomía de Andalucía fijan el inicio del procedimiento legislativo [...].

Los pronunciamientos que excluyen del control contencioso-administrativo a los proyectos de ley avalados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo tienen como objetivo determinar el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa. Carece de sentido que un proyecto de ley pueda ser impugnado de forma paralela a la ley que posteriormente lo apruebe y sería contrario a la facultad de iniciativa legislativa que corresponde a todo Gobierno y, sobre todo, al ámbito soberano del Parlamento, que la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera limitar la facultad del Parlamento de examinar, enmendar y aprobar un proyecto de ley.

Pero la cuestión tiene otro enfoque cuando se trata de determinar qué deba entenderse por asunto administrativo a efectos penales. El Gobierno y la administración no pueden escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley para perseguir fines ilícitos, cuando es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando

esas normas son de Derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo. Otra interpretación posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable.

En la STS 259/2015, de 30 de abril, dijimos, con cita de otros precedentes (STS 941/2009, de 29 de septiembre) que por "asunto administrativo" no han de entenderse los "asuntos regidos por el Derecho administrativo", sino "todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos" y entendemos que los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación».

h) Bajo la rúbrica «Control de los actos de gobierno» rebate el argumento defendido en el recurso de casación, y también en el recurso de amparo, que consiste en afirmar que las resoluciones por las que se acordó elevar los proyectos de ley al Parlamento o las que aprobaron las modificaciones legislativas son actos políticos inmunes a todo control jurisdiccional.

El argumento del Tribunal Supremo, silenciado en la sentencia, al refutar el carácter político inmune de las resoluciones adoptadas desmantela el discurso de la sentencia acerca del principio de separación de poderes (FJ 4.3.5), la centralidad del Parlamento (FJ 4.3.1) y sobre el Gobierno y sus relaciones con el Parlamento (FJ 4.3.2), en el que está ausente toda referencia al Poder Judicial, más si cabe cuando lo enjuiciado por los órganos judiciales ha sido un conjunto de decisiones, adoptadas por distintas autoridades político-administrativas, en un periodo de tiempo muy prolongado, pero dirigidas todas ellas a socavar el imperio de la Ley haciendo posible la desviación de cerca de setecientos millones de euros durante un dilatado periodo de diez años.

El Tribunal Supremo alecciona –frente a la narración de la sentencia del Tribunal Constitucional– sobre las bases fundacionales del Estado de Derecho, cuando afirma que la idea de que determinadas actuaciones políticas de gobierno puedan quedar exentas de control jurisdiccional está en estrecha relación con el ejercicio democrático del poder y con la noción de Estado de Derecho, hasta el punto de que no faltan corrientes doctrinales que apuntan a la tesis de que no debiera haber actos exentos de la posibilidad de control jurisdiccional sobre la base de cuatro preceptos constitucionales: el artículo 1.1 CE que califica a España como un Estado de Derecho; el artículo 9.1 CE que dispone la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; el artículo 103 CE que atribuyen al Poder Judicial el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el artículo 24 CE que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Destaca la STS 749/2022 que el control de los actos del Gobierno se ha ido ampliando progresivamente hasta el punto de que el concepto de acto político, incluso de acto de gobierno, está en franca decadencia. En la doctrina administrativista se utiliza la categoría más amplia de acto discrecional para establecer los límites del ámbito de actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa. Recuerda que era la autoritaria Ley de la jurisdicción administrativa de 1956, que participaba de los valores propios del régimen autoritario entonces vigente, la que excluía de control jurisdiccional los actos políticos, pero reservando exclusivamente ese calificativo a «los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa», e incluso distinguiendo entonces claramente entre las funciones política y administrativa.

Refiere que con la entrada en vigor de la Constitución se acogen los valores democráticos en el ejercicio del poder y se configura España como un Estado de Derecho, lo que obligó a aprobar la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al ser incompatible el Estado de Derecho con ámbitos de inmunidad construidos a partir de la idea decadente de acto político, siendo

necesario ampliar el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa. Incluso antes de su entrada en vigor, en relación con los elementos reglados, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sometió a control jurisdiccional una decisión netamente política, el nombramiento de fiscal general del Estado, cuya propuesta corresponde constitucionalmente al Gobierno, conforme al artículo 124.4 CE.

Indica la STS 749/2022 que el control jurisdiccional de los actos de gobierno está plenamente asentado y que «para hablar de actos políticos de Gobierno –o de los Consejos de Gobierno– es necesaria no solo su procedencia formal [que contempla el artículo 2 a) LJCA], sino también que tengan por contenido una determinación de la denominada "dirección política" del órgano que la emite que ostente total libertad en el fin, de forma que el contenido de esa decisión permita optar entre varias opciones y que todas ellas sean lícitas y admisibles en el sentido constitucional y legal de la palabra, con la consecuencia de que el acto no será controlable judicialmente en sus elementos de fondo, pero sí en los elementos reglados que nuestra jurisprudencia ha denominado "judicialmente asequibles"» [STS 920/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio (ECLI:ES:TS:2019:2088)].

i) Elaborado argumentalmente el marco referente a las inmunidades de jurisdicción, examina si las decisiones adoptadas en los procesos prelegislativos de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos son o no «actos de gobierno», caracterizados por la discrecionalidad propia del acto político. Resalta el carácter no fiscalizable en vía contencioso-administrativa, conforme a diversos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, del envío de un proyecto de ley al Parlamento, al ser calificado como ejercicio de la iniciativa legislativa, inmune al control jurisdiccional, incluso aunque su proceso de elaboración está reglado y sujeto a normas imperativas. Sin embargo, indica que no puede desconocerse que la elevación de un proyecto de ley al Parlamento viene precedida de un procedimiento prelegislativo, regulado por normas de Derecho administrativo, lo que permite sostener que la decisión por la que se aprueba un proyecto de ley y se remite al Parlamento tiene una doble naturaleza: es una decisión política pero, a la vez, es una decisión que culmina el proceso prelegislativo.

La STS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8582) parece distinguir entre la decisión de remisión del proyecto de ley y los trámites precedentes. Respecto de estos últimos, dice que «diferente, desde luego, de los que se adopten en el ejercicio de las funciones ejecutiva, en su faceta administrativa, y reglamentaria, cuya culminación es la aprobación de la ley, y que tiene sus propios mecanismos de control».

La STS 749/2022 justifica el carácter no fiscalizable en vía contencioso-administrativa del envío de un proyecto de ley al Parlamento, pues no tiene sentido admitir un recurso contra un proyecto de ley que no es aún norma y que puede sufrir modificaciones o incluso no ser aprobado en su tramitación parlamentaria. Y no es admisible tampoco cercenar las facultades del Gobierno en el ejercicio de la iniciativa legislativa sometiendo al Parlamento a tuteladas innecesarias, cuando el órgano legislativo puede modificar el proyecto de ley y cuando se dispone de instrumentos jurídicos que pueden corregir las ilegalidades que se adviertan en la ley finalmente aprobada.

Sin embargo, la STS 749/2022 precisa que lo que se debe determinar no es si las resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo son susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que es ajena a la jurisdicción penal, sino si esas resoluciones pueden cumplir con las exigencias típicas del artículo 404 CP, que es algo sustancialmente diferente.

Indica que, por lo ya expuesto, el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo y que en ese procedimiento se dictan algunas resoluciones que son indispensables para que tenga lugar la remisión del anteproyecto de ley al Parlamento y que deben ajustarse a lo establecido en las leyes. De modo que puede distinguirse, por tanto, entre la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno así como el contenido del proyecto normativo, en cuanto incorpora decisiones sujetas a criterios de oportunidad

y discrecionalidad, que es un acto de gobierno inmune al control jurisdiccional, y las distintas decisiones que se adoptan para aprobar un proyecto de ley de presupuestos o una modificación presupuestaria, antes de su final elevación al Parlamento (en el caso de los proyectos de ley) que tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley. Estas últimas son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política, se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción. Carecería de sentido que la ley imponga unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley.

En el caso de una ley de presupuestos esta distinción es especialmente relevante. Una ley de esa naturaleza tiene un doble contenido: de un lado, la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, que es una decisión de naturaleza política. De otro, el procedimiento de elaboración y los criterios financieros que desarrollan y aclaran los estados cifrados, que deben sujetarse a las normas de naturaleza procedimental y financieras de obligado cumplimiento. Lo mismo puede predicarse del proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria.

Por tanto, las resoluciones dictadas relativas a este segundo contenido no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino «resoluci[ones] en un asunto administrativo», a los efectos del artículo 404 del Código penal.

j) Luego la STS 749/2022 da cuenta de la constante doctrina de la Sala sobre el elemento del tipo «resolución» en «asunto administrativo». Señala que el tipo penal describe el elemento objetivo sin acudir a conceptos propios del Derecho administrativo, tales como «resolución administrativa» o «resolución susceptible de control a través de la jurisdicción contencioso-administrativa», «resolución que pone término al proceso administrativo», que podrían permitir perfilar con mayor precisión la delimitación del tipo objetivo del delito tipificado en el artículo 404 CP. Indica que por ello se hace necesario que la jurisdicción penal aborde el entendimiento del precepto con autonomía como así ha proclamado en reiteradas resoluciones (SSTS 941/2009, de 29 de septiembre), y en el ejercicio de esa función nomofiláctica ha hecho precisiones en distintos pronunciamientos de esta Sala a lo largo de los últimos años:

(i) No puede identificarse la «resolución» en «asunto administrativo», con «resolución administrativa», pues la primera es más amplia y permite incluir, por ejemplo, declaraciones de voluntad bilaterales como los contratos administrativos.

(ii) El presupuesto de que la resolución tenga contenido decisorio, no exige que ponga fin a la vía administrativa ni que concluya el procedimiento, por lo que ha de entenderse como resolución no solo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que a pesar de no ser conclusivos tengan un contenido material sustantivo de suerte que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento. Por otra parte, para la consumación del delito no es necesario que se trate de una resolución firme, siendo irrelevante que haya sido confirmada o revocada por el superior jerárquico.

(iii) También pueden tener la consideración de resolución a efectos penales los informes vinculantes o la realización de actos previos tendentes a manipular la voluntad del órgano decisor mediante la formulación de proposiciones contrarias a la ley o informes que no responden a la verdad cuando se hace a sabiendas de que el órgano decisor aprobará la propuesta.

(iv) El Tribunal Supremo, con cita del art. 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, recuerda que «la STS 163/2019, de 26 de marzo, ha declarado que constituye resolución a efectos penales los actos decisivos del procedimiento siempre que constituyan un eslabón necesario en la cadena instrumental que determina la resolución final, doctrina de especial relevancia en decisiones administrativas adoptadas en procesos de decisión complejos.» En tal sentido, el Tribunal Supremo indica que son resoluciones a efectos penales los «"eslabones de

relevancia" en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarles, "decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta"».

(v) Incluso en la STS 1051/2013, de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2013:5074), se ha afirmado que «toda la tramitación de un expediente puede ser prevaricadora cuando el procedimiento ha sido incoado para delinquir, en cuyo caso no todas las decisiones adoptadas durante su desarrollo pueden ser consideradas actos de trámite, debiéndose discriminar en cada caso si las distintas resoluciones adoptadas durante ese desarrollo tienen o no contenido decisorio». Indica que los «actos de trámite», no carecen en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice.

Recuerda que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la administración y de justicia y acierto en sus resoluciones [STS 18/2014, de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2014:235)]. De modo que se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, ya que en tales casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución [STS 743/2013, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:4949)].

k) Indica que la sentencia considera resoluciones constitutivas de delito de prevaricación todas las resoluciones necesarias para que esta ilegal distribución de fondos pudiera llevarse a cabo, a saber: la aprobación de los proyectos de ley de presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; la aprobación de los proyectos de presupuestos por el consejero de Hacienda y por la Comisión General de Viceconsejeros; la aprobación de los proyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo, con la intervención determinante del consejero, viceconsejero y secretario general técnico; la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias; la concesión de las subvenciones y los convenios suscritos para proceder al pago de las subvenciones, tanto el convenio marco de 17 de julio de 2001, como los distintos convenios Particulares.

Señala que con la prevaricación se castiga la desviación de poder y que la prevaricación puede, en ocasiones, presentarse mediante una acción compleja. Los acusados adoptaron estas decisiones para conseguir una finalidad palmariamente ilegal: evitar el cumplimiento de las exigencias de las normas sobre subvenciones y el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía. En eso radica la desviación de poder y la relevancia penal de la conducta enjuiciada. Todos ellos adoptaron, en su ámbito administrativo de decisión, resoluciones necesarias para que el efecto finalmente pretendido se pudiera producir.

l) La STS 749/2022 afirma que la remisión de un proyecto de ley de presupuestos al Parlamento andaluz va precedida de un extenso y detallado expediente administrativo, compuesto, a su vez, de distintos expedientes en los que, conforme a lo previsto en las leyes, se van produciendo distintas resoluciones. El procedimiento de elaboración del presupuesto se regula en el título II de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de Andalucía y del Decreto Legislativo de la Junta de Andalucía 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la hacienda pública de la Junta de Andalucía y que consagra el principio de legalidad como base del cumplimiento de la gestión presupuestaria de la Junta de Andalucía.

El Tribunal Supremo, con expresa mención de las normas aplicables, distingue las fases presupuestarias. En la primera los órganos superiores de la Junta y de las distintas

consejerías remiten los respectivos anteproyectos que deben confeccionarse, de acuerdo con las leyes que sean aplicables, con las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno y por las órdenes aprobadas por la Consejería de Hacienda. La segunda fase se integra por las actuaciones realizadas a través de la Dirección General de Presupuestos para elaborar el anteproyecto, que culmina con la elaboración definitiva que es competencia del Consejero de Hacienda. De la minuciosa regulación resulta que la intervención de la Consejería de Hacienda a través de la Dirección General de Presupuestos no consistía en una mera agregación u ordenación de los trabajos presupuestarios de las distintas consejerías, sino también en una función de análisis y control, ya que podía introducir modificaciones y dictar instrucciones. Esta fase culminaba con la elaboración del anteproyecto de ley de presupuesto, para su posterior elevación al Consejo de Gobierno, que correspondía al consejero de Hacienda. La tercera fase venía determinada por el estudio y aprobación del proyecto de ley de presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que adoptaba dos decisiones: la aprobación del anteproyecto de ley y su remisión al Parlamento.

Refiere que los distintos proyectos de ley, con la finalidad última de eludir los controles legales y los principios de publicidad y libre concurrencia aplicables a las subvenciones, incluyeron a sabiendas una clasificación presupuestaria contraria a Derecho, incorporando en cada anteproyecto una documentación que no era suficientemente explicativa del destino que iba a darse a esos fondos. De modo que la decisión final del Gobierno autonómico de elevar o no el proyecto de ley al Parlamento es una decisión política pero la aprobación del proyecto de ley es una resolución que culmina el procedimiento prelegislativo y es el filtro previsto por el legislador para que ese proyecto sea respetuoso con la legalidad tanto en los aspectos procedimentales como en su contenido. El hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad.

No es admisible calificar el procedimiento prelegislativo como un conjunto de simples «actos de trámite», sin relevancia o carentes de efecto alguno y que lo que finalmente se aprueba por el Gobierno autonómico es un documento sin valor jurídico alguno y sin efectos.

Algunos de los actos de ese procedimiento tienen contenido decisorio en la medida en que las autoridades administrativas al aprobar el proyecto en cada una de sus fases debían examinarlo y comprobar su legalidad. Esas autoridades tenían la potestad de rechazar el proyecto de ley o de modificarlo para que, al margen de la decisión política de fondo sobre la materia presupuestaria, cumpliera con las exigencias de legalidad tanto en su tramitación como en su contenido. Esas autoridades aprobaron los proyectos de ley en cada una de sus fases a sabiendas de su ilegalidad y con la deliberada intención de suprimir los controles formales establecidos por el legislador, y lo consiguieron.

Señala que precisamente la eliminación de esos controles, asociada a la indebida clasificación presupuestaria aplicada a las subvenciones, es lo que permite afirmar que las distintas resoluciones adoptadas en el proceso prelegislativo no eran actos de trámite carentes de trascendencia alguna.

Termina indicando, con cita de la STS 743/2013, de 11 de octubre, que «[e]l procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el

control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución».

m) La STS 749/2022, examina las resoluciones del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobatorias de las modificaciones presupuestarias; se refiere nuevamente a las que aprueban los proyectos de presupuestos por la consejera de Hacienda y examina también las resoluciones adoptadas por la Comisión General de Viceconsejeros, por el director general de Presupuestos, por los secretarios generales técnicos de las consejerías de Empleo e Innovación y por la Consejería de Empleo, en las que no nos vamos a detener. A continuación, analiza la arbitrariedad de las resoluciones como elemento típico del delito de prevaricación administrativa.

Indica que el correcto entendimiento del delito de prevaricación administrativa solo puede realizarse, como ha señalado la doctrina científica, desde una concepción democrática del poder público. La corrupción política y administrativa y la desviación de poder son incompatibles con un Estado democrático de Derecho, en el que han de prevalecer principios como la igualdad ante la ley, el control del poder público, la imparcialidad y la corrección en la actuación administrativa.

Distingue entre la injusticia y la arbitrariedad como los dos atributos que definen la prevaricación. Unos entienden que son términos equivalentes y otros consideran que la injusticia es la contrariedad con el Derecho y la arbitrariedad añade un plus consistente en que esa ilegalidad sea clamorosa. También hay quienes entienden, apoyándose en la literalidad del precepto, que la injusticia es un atributo predicable del comportamiento del sujeto activo y la arbitrariedad el atributo de la resolución.

El Tribunal Supremo sostiene que en el presente caso el delito de prevaricación se proyecta en un conjunto de resoluciones que introdujeron un sistema de presupuestación indebido (transferencias de financiación) para evitar los controles establecidos en la ley de concesión de subvenciones y de este modo conceder subvenciones al margen de la cuidadosa normativa reguladora de estas.

Indica que en los fundamentos precedentes se ha expuesto con detalle por qué motivos las ayudas sociolaborales eran subvenciones y las razones por las que las transferencias de financiación eran una herramienta presupuestaria, no para la concesión y el pago de subvenciones, sino para cubrir el déficit de explotación de las actividades propias de una empresa o entidad pública.

Las normas aplicables a ambos institutos eran precisas, por más que en el juicio se hayan ofrecido interpretaciones alternativas que la sentencia de instancia, con buen criterio, no ha tomado en consideración. Y la finalidad perseguida por los condenados también ha quedado en evidencia por varias circunstancias concurrentes:

- (i) Se cambió el sistema de presupuestación sin una razón sólida que lo justificara.
- (ii) El propio director general de Empleo, también condenado en las presentes actuaciones, reconoció en su declaración que recibió instrucciones para instaurar un nuevo sistema para el pago de las ayudas ante los problemas que venía planteando la Intervención Delegada de la Junta de Andalucía.
- (iii) Se hizo y se mantuvo ese cambio a pesar de las múltiples advertencias que se realizaron sobre las ilegalidades que se estaban produciendo.
- (iv) La consecuencia real del cambio fue la falta de control y absoluta ilegalidad en la concesión de las subvenciones.
- (v) El sistema enjuiciado solo operó durante el tiempo a que se contraen las presentes actuaciones. Antes y después el procedimiento utilizado fue el propio de las subvenciones.

Por ello concluye que la injusticia y la arbitrariedad de las resoluciones dictadas no solo se determinan en este caso por su flagrante contradicción con el Derecho sino por la finalidad ilícita perseguida por sus autores. Y recuerda nuevamente la relevancia que

tiene la omisión del procedimiento legalmente establecido atendida la finalidad del mismo.

Finaliza la exposición de este apartado VI de los fundamentos de Derecho analizando de modo exhaustivo la concurrencia del elemento subjetivo del injusto.

2. Contenido y alcance del principio de legalidad penal y su incidencia en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

2.1 Contenido del principio de legalidad penal.

Es preciso ahora examinar cuál es la doctrina sobre el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) que la sentencia aborda en su fundamento jurídico 3, al que nos remitimos al compartir su exposición. Debemos destacar de dicha doctrina tres aspectos:

a) El fundamento plural del principio de legalidad: la seguridad jurídica y la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos a fin de garantizar al ciudadano un ámbito de libertad de actuación.

b) Su proyección sobre los jueces y tribunales que deben aplicar la norma sancionadora, que se concreta en la prohibición de aplicarla a casos no comprendidos en ella realizando una subsunción irrazonable. De modo que queda excluida la analogía *in malam partem* y las interpretaciones extensivas de la norma en tanto exegesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos que las mismas determinan. Por otra parte, exige que la aplicación metodológica de la norma no incurra en quebras lógicas o se aparte de modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica y que desde un punto de vista axiológico su aplicación se corresponda con pautas valorativas que informa el texto constitucional.

c) Y, finalmente, que el Tribunal Constitucional al fiscalizar la interpretación y aplicación de la norma penal debe tener presente que la labor aplicativa le corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). De modo que hemos reiterado en múltiples pronunciamientos que al Tribunal Constitucional no le corresponde la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. En otras palabras, «es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

2.2 Proyección de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del principio de legalidad a los casos que se le han planteado desde su constitución.

En el fundamento jurídico 3, como aval de la doctrina sobre el principio de legalidad penal se citan, con alguna reiteración, cuarenta y cuatro sentencias de este tribunal (SSTC 14/2021, de 28 de enero; 25/2022, de 23 de febrero; 47/2022, de 24 de marzo; 54/2023, de 22 de mayo; 8/2024, de 16 de enero; 137/1997, de 21 de julio; 151/1997, de 29 de septiembre; 232/1997, de 16 de diciembre; 162/1999, de 27 de septiembre; 150/1989, de 25 de septiembre; 133/1987, de 21 de julio; 127/1990, de 5 de julio; 111/1993, de 25 de marzo; 53/1994, de 24 de febrero; 75/2002, de 8 de abril; 234/2007, de 5 de noviembre; 15/1981, de 7 de mayo; 142/1999, de 22 de julio; 64/2001, de 17 de marzo; 25/2004, de 26 de febrero; 218/2005, de 12 de septiembre; 297/2005, de 21 de noviembre; 283/2006, de 9 de octubre; 24/2004, de 24 de febrero; 242/2005, de 10 de octubre; 162/2008, de 15 de diciembre; 81/2009, de 23 de marzo; 135/2010, de 2 de diciembre; 9/2018, de 5 de febrero; 129/2008, de 27 de octubre; 153/2011, de 17 de octubre; 185/2014, de 6 de noviembre; 150/2015, de 6 de julio; 123/2001, de 4 de junio; 81/1995, de 5 de junio; 34/1996, de 11 de marzo; 170/2002, de 30 de septiembre; 229/2003, de 18 de diciembre; 229/2007, de 5 de noviembre; 189/1998, de 28 de septiembre; 13/2003, de 28 de enero; 138/2004, de 13 de septiembre; 9/2006, de 16 de enero, y 262/2006, de 11 de septiembre).

De todas las sentencias citadas, únicamente se refieren a supuestos en que, como en el caso planteado en la demanda de amparo, se cuestiona la subsunción del hecho probado en la parte objetiva del tipo penal –dejando por tanto de lado las que versan sobre sanciones administrativas– las SSTC 25/2022, 47/2022, 137/1997, 129/2008, 153/2011, 150/2015, 123/2001, 34/1996, 170/2002, 229/2003, 189/1998, 111/1993, 142/1999 y 262/2006 que enjuician la subsunción de diversas conductas en otros tantos delitos y faltas.

Pues bien, las once primeras (SSTC 25/2022, 47/2022, 137/1997, 129/2008, 153/2011, 150/2015, 123/2001, 34/1996, 170/2002, 229/2003 y 189/1998) se refieren respectivamente a quejas sobre la subsunción de la conducta en los delitos o faltas de desobediencia, sedición, coacciones, contra la hacienda pública, imprudencia leve, falsedad documental (en dos ocasiones), descubrimiento y revelación de secretos, apropiación indebida, prevaricación judicial y contra la salud pública y, siguiendo la arraigada doctrina por la que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, en todas ellas se desestimó la vulneración del principio de legalidad penal.

Únicamente se estimó la vulneración del principio de legalidad penal en tres casos, las STC 111/1993, 142/1999 y 262/2006. En las dos primeras relativas a condenas por delito de intrusismo al entender que «título oficial» a que se refiere el art. 321.1 del Código penal no puede ser entendido sino como «título académico oficial» y en la tercera por delito de lesiones graves, al no constar en los hechos probados la gravedad de las mismas. Ninguna de estas condenas fue dictada o confirmada por el Tribunal Supremo, que, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, es la máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (art. 117.3 y 123.1 CE).

Resulta por tanto llamativo que sea en el caso más grave de corrupción política institucionalizada y mantenida durante más de diez años, cuando el Tribunal Constitucional rectifique por primera vez desde que inició su andadura al Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica de un delito.

3. Cuestionamiento de la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional para estimar la vulneración del principio de legalidad penal.

3.1 Fundamento 4.3 de la sentencia: «Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria».

a) Dicho fundamento se justifica en que «el fundamento de la condena parte de una determinada comprensión de las relaciones entre el Ejecutivo autonómico y su Parlamento que trasciende del ámbito de la legalidad», sin embargo, no aclara cuál es la –debemos entender– errónea comprensión de la STS 749/2022 que precisa la extensa ilustración del Tribunal.

b) Tampoco el posterior razonamiento al abordar la vulneración del principio de legalidad penal nos aclara el porqué de dicha disertación acerca de la centralidad del Parlamento, el carácter privilegiado de la ley, el monopolio del control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, las funciones del Gobierno y del Parlamento, la naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos de ley, la separación de poderes y la posibilidad de que las leyes se modifiquen.

c) No se entiende la razón de dicho fundamento. La recurrente, doña Magdalena Álvarez Arza, no personificaba al Gobierno de la Junta de Andalucía, no lo encarnaba. Cuando cometió los delitos por los que fue condenada era consejera de Economía y Hacienda y el excurso del fundamento jurídico 4.3 de la sentencia no contiene ni una sola referencia a la posición institucional de los consejeros o de los ministros en el sistema constitucional ni a las razones por las que no sean responsables penalmente de los delitos que puedan cometer.

d) Por otra parte, sorprende que al tratar la separación de poderes la sentencia solo se refiera a dos de los poderes del Estado y omita al Poder Judicial. Precisamente, relacionada con dicha omisión, es inexplicable que la sentencia no dedique ningún fundamento a exponer nuestra doctrina sobre la interpretación estricta y finalista del privilegio de la inviolabilidad y de la inmunidad y consiguientemente sobre su inviable proyección en términos constitucionales a los miembros del Gobierno al no existir previsión constitucional en tal sentido (STC 9/1990, de 18 de enero, FJ 4).

Los miembros del Gobierno no son irresponsables, ni gozan de inmunidad por los delitos que puedan cometer al elaborar y aprobar los anteproyectos de leyes de presupuestos. La Constitución sencillamente no lo prevé (arts. 56.3 y 71.1 CE) porque en un Estado de Derecho pretender situar a los miembros del Gobierno, en cualquier ámbito, por encima de la Ley, como se desprende de la sentencia, ni está justificado (art. 9.1 y 3 CE, a los que se refiere la STS 749/2022), ni podría estarlo so derrumbe del propio Estado de Derecho.

e) Sostener la irresponsabilidad de los miembros del Gobierno por su actuación al elaborar, aprobar o elevar a los Parlamentos proyectos de ley con el propósito acreditado de distribuir ilegalmente subvenciones por importe de cerca de setecientos millones de euros y durante un dilatado periodo de diez años sería incompatible con los compromisos internacionales de España.

Baste indicar que, de tratarse de fondos procedentes de la Unión Europea, la sentencia de la que discrepo generaría un riesgo sistémico de impunidad respecto a las infracciones de fraude grave, del que se derivaría el incumplimiento de las obligaciones de España con la Unión Europea, lo que sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 325, apartado 1, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea que obliga a luchar contra el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, por un lado, a prevenir y combatir la corrupción en general y a prever la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias en caso de tales infracciones (SSTJUE de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion y otros*, asunto C-357/19, § 184 a 187 y 193 a 194, y de 24 de julio de 2023, *Lin*, asunto C-107/23 PPU, § 83 a 84, 86, y 91 a 94, y auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Sala Sexta), de 7 de noviembre de 2022, *FX y otros*, asuntos acumulados C-859/19, C-926/19 y C-929/19, § 92). Por otra parte, no se comprendería que los intereses financieros de la Unión Europea se deberían proteger penalmente con mayor intensidad que los propios.

3.2 Fundamento 4.4 de la sentencia: «Enjuiciamiento de la queja de vulneración del art. 25.1 CE».

3.2.1. Irrupción del Tribunal Constitucional en el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria suplantando la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley.

a) El fundamento 4.4 de la sentencia contiene el apartado 4.4.1 «Elaboración y aprobación de anteproyectos y proyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002, 2003 y 2004». Dentro del mismo las letras «a) Enjuiciamiento de la conformidad con el art. 25.1 CE de la interpretación realizada por los órganos judiciales de los conceptos "resolución" y "asunto administrativo" previstos en el art. 404 CP»; «b) Enjuiciamiento de la conformidad con el art. 25.1 CE de la interpretación realizada por los órganos judiciales del concepto "arbitraria" previsto en el art. 404 CP»; y «c) Incidencia de las resoluciones judiciales impugnadas en nuestro sistema de relaciones entre poderes constitucional y estatutariamente previsto».

b) La sentencia comienza su razonamiento acerca de la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) con la construcción de un novedoso parámetro de control del proceso de subsunción penal efectuado por los jueces y tribunales, «la perspectiva constitucional», y la proyecta a los conceptos penales «resoluciones» y «asunto administrativo». Sin ambages, con la cobertura de dicha «perspectiva constitucional» se erige, por primera vez desde que el Tribunal Constitucional ejerce su cometido constitucional, en máximo intérprete de la legalidad penal y suplanta también

por vez primera desde que ejerce su jurisdicción la función de interpretación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo acerca de los elementos que integran la parte objetiva del tipo de injusto de un delito, socavando la jurisdicción del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (arts. 117.3 y 123.1 CE).

c) El radical viraje en la doctrina del Tribunal Constitucional que representa esta sentencia obliga necesariamente a recordar el contenido y alcance del control que tradicionalmente este tribunal ha asumido en relación con el proceso de interpretación y aplicación de las normas penales. Para ello, nos serviremos de la STC 229/2003, de 18 de diciembre, en la que este tribunal abordó, desde la perspectiva del principio de legalidad penal, la condena no a un político, sino a un magistrado, y no por delito de prevaricación administrativa, sino por un delito de prevaricación judicial. Decía entonces el Tribunal (FJ 16):

«Por lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3). En otras palabras, "es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados" (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

Por tanto, en este ámbito nuestro papel como jurisdicción de amparo "se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, por la de los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan", verificando "si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a aquellos valores" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; citándola, SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4). Además desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que, más allá de estas constataciones, nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues solo de este modo puede verse en la decisión sancionadora "un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular. [...] Dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios" (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

En definitiva, nuestro canon de enjuiciamiento constitucional, configurado a partir de la STC 137/1997, es el siguiente: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in*

malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).»

d) Consecuente con dicha doctrina no procede exponer una «perspectiva constitucional» de los elementos que constituyen el tipo penal del delito de prevaricación administrativa y sustituir la interpretación del Tribunal Supremo de los conceptos penales, sino examinar el conjunto de los razonamientos esgrimidos en la sentencia recurrida, tanto en relación con el delito de prevaricación administrativa en abstracto, como con su concurrencia en el caso concreto. Al hacerlo no cabe sino concluir que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal de prevaricación administrativa en el presente caso es acorde con las exigencias del principio de legalidad, como se expone a continuación.

e) Como se ha expuesto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dedica el apartado VI de los fundamentos jurídicos de su sentencia a exponer el juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa. Su razonamiento, atendida la interpretación del delito de prevaricación y la subsunción de los hechos en el mismo, no puede calificarse de extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni por su soporte metodológico, ni por las pautas valorativas que la inspiran. ¿Acaso la recurrente podía considerar imprevisible o extravagante que pudiera ser condenada cuanto menos por un delito de prevaricación administrativa (dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia) cuando sometió a aprobación del Gobierno y posteriormente a aprobación parlamentaria unos anteproyectos y proyectos de presupuestos que introducían un sistema de presupuestación indebido, las transferencias de financiación, para evitar los controles establecidos en la ley en la concesión de subvenciones y conceder subvenciones ilegales?

f) Procede que destaquemos del exhaustivo y pormenorizado razonamiento de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo los siguientes aspectos:

(i) Desde el punto de los valores y bienes jurídicos que justifican la existencia del delito de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP, sostiene la STS 749/2022 que la tipificación del delito pretende la tutela del correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, que son: el servicio prioritario de los intereses generales; el sometimiento a la Ley y al Derecho y la objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de esos fines. Añade que la sanción penal de la prevaricación administrativa tiende a garantizar el debido respeto a la imparcialidad y objetividad en el ámbito de la función pública y el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas.

A la luz de dicho entendimiento del bien jurídico tutelado por el delito, no resulta sostenible, desde el punto de vista axiológico, que la proyección de tipo penal a la conducta realizada por la recurrente, consistente en la elaboración, aprobación y remisión de proyectos de leyes de presupuestos al Parlamento infringiendo la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de Andalucía con el propósito de conceder subvenciones ilegales, eludiendo los mecanismos que las normas

reguladoras de las mismas establecían, pueda merecer reproche alguno desde el prisma del principio de legalidad penal. El reproche penal no se opone a la orientación material de la norma y no puede considerarse imprevisible para la destinataria.

(ii) Desde el punto de vista del esquema racional seguido por la STS 749/2022, tampoco incurre en una argumentación ilógica o extravagante. La sentencia del Tribunal Supremo confirma la subsunción penal de los hechos probados –no controvertidos– en el delito de prevaricación administrativa. A tal fin, destaca extensamente los elementos del tipo: resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; contraria a Derecho; que ocasione un resultado materialmente injusto, sin que sea preciso que determine un perjuicio tangible, basta la producción de un daño inmaterial constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerse, al tratarse de un delito en que la actividad coincide con el resultado; y conocimiento de actuar en contra del Derecho.

Por una parte, indica que la aprobación de un anteproyecto de ley por la consejera, su posterior aprobación por la Junta de Andalucía y la decisión de remisión al Parlamento son resoluciones que se dictan en un «asunto administrativo». A tal fin, acude a un parámetro temporal: indica que un proyecto de ley no es un acto parlamentario, ni forma parte del proceso legislativo de elaboración de una ley, pues tanto el Reglamento del Parlamento de Andalucía (arts. 108 y ss.) como el Reglamento del Congreso de los Diputados (arts. 109 y ss.), establecen el momento inicial del proceso legislativo en la recepción del proyecto de ley, junto con los documentos que lo acompañan. Los trámites anteriores no forman parte de ese proceso. Atiende también a las normas que regulan dicho proceso cuando indica que los trámites desde la elaboración del proyecto de ley de presupuestos hasta su aprobación por el Consejo de Gobierno están regulados por el Derecho administrativo (entonces por la Ley 5/1983, 19 de julio, general de la hacienda pública de Andalucía). Define, con sustento en las SSTS 259/2015 (ECLI:ES:TS:2015:1718) y 941/2009 (ECLI:ES:TS:2009:5849), que «asunto administrativo» son «todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos».

Por otra parte, excluye que se trate de actos del Gobierno inmunes al control judicial. De este modo sostiene que la inmunidad parlamentaria no alcanza al Gobierno, que no puede escudarse en ella para incumplir las leyes y aprobar proyectos de ley para perseguir fines ilícitos. Otra interpretación posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable, ajeno a las bases fundacionales del Estado de Derecho y a los arts. 1.1, 9.1, 103 y 24 CE. Afirma que incluso la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que excluía el control de los actos políticos, concretaba estos a los de defensa del territorio, las relaciones internacionales y la seguridad interior y organización militar, distinguiendo incluso entonces entre las funciones políticas y administrativas. Destaca que es incompatible con el Estado de Derecho la construcción de ámbitos de inmunidad del poder a partir de una idea en decadencia de acto político.

Refiere que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (STS 920/2019, de 26 de junio) establece los presupuestos para que se pueda calificar un acto como acto político del Gobierno: su procedencia formal [art. 2 a) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa], que su contenido sea una determinación de la «dirección política», esto es, que el contenido de la decisión permita optar entre varias opciones lícitas y admisibles en el sentido constitucional y legal de la palabra. No es controlable el fondo de la decisión, pero sí los elementos reglados de la misma.

Justifica la ausencia de control por la jurisdicción contencioso-administrativa del proyecto de ley y distingue entre los criterios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política y las distintas decisiones –resoluciones– que se adoptan al aprobar un proyecto de ley de presupuestos antes de su elevación al Parlamento, que deben respetar los criterios financieros dispuestos en las leyes aplicables.

Afirma la autonomía de la jurisdicción penal, proclamada en diversas sentencias, para la interpretación de los elementos normativos incorporados en el tipo objetivo del

delito tipificado en el art. 404 CP. No puede identificarse «resolución» en «asunto administrativo», con resolución administrativa, pues el concepto «resolución» es más amplio y no exige que ponga fin a la vía administrativa, comprendiendo aquellos que, sin poner fin a la misma, tengan un contenido material o resuelvan algún aspecto fundamental para la resolución del procedimiento, con independencia de que luego sea confirmada o revocada. Son calificados como resolución los actos previos tendentes a manipular la voluntad del órgano decisor mediante decisiones contrarias a la ley, siempre que constituyan un eslabón necesario relevante para la decisión final.

Destaca que la remisión de un proyecto de ley de presupuestos al Parlamento andaluz va precedida de un extenso y detallado expediente administrativo compuesto, a su vez, de distintos expedientes en los que, conforme a lo previsto en las leyes, se van produciendo distintas resoluciones y que está sujeto al principio de legalidad como base del cumplimiento de la gestión presupuestaria de la Junta de Andalucía. La STS 749/2022, distingue las tres fases de elaboración de los proyectos de leyes de presupuestos y destaca la intervención que en dichas fases tenía la consejera de Hacienda en el análisis y control de la legalidad presupuestaria. Advierte que las autoridades administrativas al aprobar el proyecto en cada una de sus fases debían examinarlo y comprobar su legalidad. Esas autoridades tenían la potestad de rechazar el proyecto de ley o de modificarlo para que, al margen de la decisión política de fondo sobre la materia presupuestaria, cumpliera con las exigencias de legalidad tanto en su tramitación como en su contenido.

Atendida la naturaleza del delito de prevaricación sostiene que el hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento lo aprobara o no. Aprecia la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto.

Finaliza dicha argumentación señalando que la corrupción política y administrativa y la desviación de poder son incompatibles con un Estado democrático de Derecho, en el que han de prevalecer principios como la igualdad ante la ley, el control del poder público, la imparcialidad y la corrección en la actuación administrativa.

Pues bien, expuesto lo anterior podemos indicar que la impecable argumentación desarrollada por la STS 749/2022 no utiliza argumentos contrarios a los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sino que lo refuerzan. Y desde luego, no puede afirmarse, como efectúa la sentencia aprobada por la mayoría de los magistrados, que utilice criterios o modelos interpretativos que la comunidad jurídica no acepta.

g) La Ley de 19 de julio de 1983, de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contiene entre los «principios generales» del título preliminar, los siguientes artículos:

«Artículo 13.

Los gastos públicos, incluidos en el presupuesto de la Comunidad, realizarán una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía y a los principios de solidaridad y territorialidad.»

«Artículo 14.

1. La administración de la hacienda de la Comunidad Autónoma estará sometida al siguiente régimen:

- a) De presupuesto anual y de unidad de caja.
- b) De intervención de todas las operaciones de contenido económico.

c) De contabilidad tanto para reflejar toda clase de operaciones y de resultados de su actividad como para facilitar datos e información, en general, que sean necesarios para el desarrollo de sus funciones.

[...].»

Y en el capítulo I, «Contenido y aprobación», del título II, «Del presupuesto», se dispone lo siguiente:

«Artículo 34.

El procedimiento de elaboración del presupuesto se acomodará a las siguientes reglas:

Primera: Los órganos superiores de la Junta y de las distintas consejerías remitirán a la Consejería de Hacienda, antes del día 1 de mayo de cada año, los correspondientes anteproyectos del estado de gastos, debidamente documentados, ajustados a las leyes que sean de aplicación y a las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno, a propuesta del consejero de Hacienda.

Del mismo modo, y antes de dicho día, las distintas consejerías remitirán a la de Hacienda los anteproyectos de estados de ingresos y gastos y, cuando proceda, de recursos y dotaciones de los organismos, instituciones y empresas, que comprenderá todas sus actividades.

Segunda: El estado de ingresos del presupuesto de la Junta será elaborado por la Consejería de Hacienda, conforme a las correspondientes técnicas de evaluación y al sistema de tributos y demás derechos que hayan de regir en el respectivo ejercicio.

Tercera: El contenido del presupuesto se adaptará a las líneas generales de política económica establecidas en los planes, y recogerá la anualidad de las previsiones contenidas en los programas plurianuales de inversiones públicas establecidos en los mismos.

Cuarta: Con base a los referidos anteproyectos de gastos, a las estimaciones de ingresos y a la previsible economía durante el ejercicio presupuestario siguiente, la Consejería de Hacienda, previo estudio y deliberación en la Comisión Delegada de Planificación y Asuntos Económicos del anteproyecto de ley del presupuesto, someterá el mismo al acuerdo del Consejo de Gobierno.

Quinta: Como documentación anexa al anteproyecto de ley del presupuesto se cursará al Consejo de Gobierno:

- a) La cuenta consolidada del presupuesto.
- b) La memoria explicativa de su contenido y de las principales modificaciones que presente el anteproyecto comparado con el presupuesto vigente.
- c) La liquidación del presupuesto del año anterior y un avance de la del ejercicio corriente.
- d) Un informe económico y financiero.
- e) La clasificación por programas del presupuesto.»

En el presente caso, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla declara probadas, como resultado de la valoración de la prueba que le compete, entre otras, las siguientes irregularidades más significativas en la concesión de las ayudas (algunas de ellas cometidas en el ámbito presupuestario e insertas en el conjunto de la operación):

- «– En muchos casos no ha existido expediente de concesión de la ayuda.
- El director general de Trabajo y Seguridad Social no tiene delegadas competencias para la concesión de subvenciones excepcionales.
- No consta que se haya dado publicidad a la concesión de las ayudas (artículo 109 LGHPA).
- Se ha omitido la fiscalización previa.

- No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía.
- No se consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual, ni el presupuesto subvencionado y el porcentaje que representa la subvención sobre el presupuesto aceptado.
- No consta informe de la Dirección General de Asuntos Europeos y Cooperación, de la Consejería de Presidencia, sobre cumplimiento del deber de notificar a la comisión las subvenciones concedidas a empresas.
- No consta memoria explicativa de la excepcionalidad de las subvenciones, ni los requisitos que se exigen para ser beneficiario, ni se detalla la forma en que debería realizarse la justificación del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida la ayuda.
- Los convenios de colaboración por los que se han concedido las ayudas no adoptan ni la forma ni los contenidos mínimos que exige la Ley 38/2003, de 17 de noviembre.
- Ni las subvenciones ni los convenios han sido publicados en el "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía", ni en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía.
- La concesión de las subvenciones no ha sido objeto de informe previo por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.
- No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni la de sus representantes.
- No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, en la concesión.
- No consta solicitud presentada por los interesados ni su aceptación expresa.
- No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 de LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones).
- No consta declaración expresa de los beneficiarios de no haber recaído sobre ellos resolución administrativa o judicial firme de reintegro.
- No se acredita por los beneficiarios estar al corriente en sus obligaciones fiscales.
- No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda.
- No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono».

A la vista de los hechos probados, puede afirmarse que las resoluciones penales no han vulnerado el derecho a la legalidad penal, ni se encuentran incursas en una interpretación extravagante e imprevisible del elemento típico «resolución» al que se refiere el art. 404 CP.

Al contrario, de lo expuesto puede afirmarse con rotundidad que son los criterios adoptados por la sentencia de la mayoría los que adoptan pautas de razonamiento extrañas a la conformación del Estado de Derecho y al sometimiento de los poderes públicos al imperio de la Ley, que difícilmente serán aceptadas por la comunidad jurídica.

3.2.2. Quiebras lógicas en que incurre el razonamiento de la sentencia por la que se considera vulnerado el principio de legalidad penal

Podríamos detener en este punto el examen de la vulneración planteada, pero es preciso poner de manifiesto las razones por las que considero infundado el razonamiento de la sentencia adoptada por la mayoría de siete magistrados y de la que discrepo.

a) El razonamiento de la sentencia, para alcanzar la conclusión estimatoria de la demanda de amparo, incurre en una argumentación ilógica y extravagante ajena a los criterios que informan el ordenamiento constitucional y los propios precedentes de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional.

b) En primer lugar, como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional sustituye al Tribunal Supremo –y lo hace por primera vez en su historia– en la interpretación y aplicación de la parte objetiva de un delito, en este caso del de prevaricación, y se erige

en intérprete supremo de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo», socavando los límites de la jurisdicción constitucional y el respeto institucional a la función del Tribunal Supremo, al efectuar la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la subsunción de los hechos probados.

c) La sentencia asienta su premisa argumental, sobre la que gira constantemente su discurso, en una quiebra lógica que se erige en la piedra angular de todo su razonamiento: lo enjuiciado ha sido la función de iniciativa legislativa del Gobierno autonómico a través de la cual cumple su función de dirección política que le atribuye el art. 97 CE –ajena al control de ningún órgano judicial– por lo que no se trata de una «resolución» recaída «en un asunto administrativo».

Frente a ello cabe indicar que es incomprensible y extravagante, por irracional, personificar o encarnar al Gobierno de la Junta de Andalucía en la figura de una consejera. Ni una consejera es el Gobierno autonómico, ni un ministro es el Gobierno de la Nación. En consecuencia, ni un consejero, ni un ministro, tienen atribuida la función de iniciativa legislativa, ni la función de dirección política que le corresponde al Gobierno como órgano colegiado. De ser así habría tantas funciones de dirección política como consejeros o ministros, lo que es absurdo. Como tampoco se puede apelar a ninguna de tales funciones –de iniciativa legislativa o de dirección política– para exonerar de responsabilidad penal a la consejera por las determinaciones manifiestamente ilegales adoptadas en el ámbito de su competencia, ni para inaplicar el concepto de «resolución» dictada en «asunto administrativo» a las decisiones adoptadas por la entonces consejera en la tramitación del anteproyecto de presupuestos que iba a someter a la consideración del Gobierno autonómico. Lo deja meridianamente claro la sentencia del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, dicho razonamiento es incoherente e inexplicable si se contrasta con la doctrina tradicionalmente sostenida por este Tribunal Constitucional acerca del privilegio de la inviolabilidad y de la inmunidad (por todas, STC 9/1990, de 18 de enero) así como con la ausencia de previsión constitucional de tales privilegios en relación con los miembros del Gobierno (arts. 56.3 y 71.1 CE) y con el principio constitucional de sujeción de todos los poderes públicos al imperio de la Ley (art. 9.1 CE), piedra angular de la propia subsistencia del Estado de Derecho, que se socava con el razonamiento de la sentencia de la que discrepo.

En tercer lugar, el argumento de inmunidad de jurisdicción que contiene la sentencia es inexplicable cuando recientemente este tribunal ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por la presidenta de un Parlamento autonómico condenada por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por delito de sedición, entre otros hechos por haber permitido con su voto que determinadas proposiciones de ley fuesen tramitadas (STC 184/2021, de 28 de octubre).

d) El Tribunal Constitucional sustituye al Tribunal Supremo y se erige en máximo intérprete del concepto «resolución» que contiene el art. 404 CP al excluir del mismo de forma apodíctica las resoluciones que carecen del carácter de definitivas o que no producen efectos *ad extra*, efectuando con ello la interpretación última del tipo sancionador que desplaza la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia interpretación de la naturaleza del delito y de los fines que lo justifican.

e) La sentencia de la que discrepo afirma de modo reduccionista e ininteligible que la STS 749/2022 deduce que concurre el elemento «resolución» recaída en «asunto administrativo» del hecho de que se trate de actuaciones que se adoptan en un procedimiento regulado por normas y que con ello incurre en una aplicación del tipo que es incompatible con la interdicción de interpretaciones extensivas o analógicas y que ello «no encuentra respaldo en el entendimiento que de estos conceptos tiene la comunidad jurídica».

f) Finalmente, también de modo apodíctico, sin sustento en razonamiento alguno que lo avale, afirma que la interpretación que el Tribunal Supremo ha efectuado de los elementos típicos del delito de prevaricación, «resolución» y «asunto administrativo» no se compadece con la interpretación que hasta ese momento había efectuado la Sala de

lo Penal de los elementos típicos del delito de prevaricación. Frente a ello, debe indicarse que afortunadamente no ha sido frecuente que el Tribunal Supremo tenga que enjuiciar actos de corrupción generalizados y prolongados en el tiempo institucionalizados mediante proyectos de ley, por lo que es difícil afirmar que el Tribunal Supremo se haya apartado de sus pronunciamientos precedentes.

Por otra parte, como se ha expuesto con anterioridad al exponer los injustificadamente omitidos razonamientos del Tribunal Supremo, la STS 749/2022 confirma mediante la cita de su propia jurisprudencia la tradicional interpretación del delito de prevaricación administrativa en cuanto a los valores y bienes jurídicos que justifican su existencia, la naturaleza del delito que se consuma por la propia resolución dictada, integrando el daño material la quiebra que los ciudadanos tienen en la credibilidad de las instituciones.

Nada dice la sentencia de la mayoría del parámetro temporal, apuntalado con la cita del art. 108 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, utilizado por la STS 749/2022 para calificar de determinaciones en asuntos administrativos las adoptadas con carácter previo al inicio del proceso legislativo. No le interesa tampoco a la sentencia aludir a las referencias que el Tribunal Supremo efectúa a sus precedentes (SSTS 941/2009 y 259/2015), para indicar que son «asuntos administrativos» «todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos». Tampoco le parece oportuno a la mayoría enfrentarse al argumento de que la inmunidad parlamentaria no alcanza al Gobierno o que es incompatible con el Estado de Derecho la construcción de ámbitos de inmunidad del poder a partir de una idea en decadencia de acto político. Podríamos seguir, pero el atropello argumental es atronador, basta por tanto que nos remitamos a la lectura de la síntesis argumental de la STS 749/2022, pues como hemos adelantado su mera lectura evidencia por sí sola la razón del radical desencuentro con la sentencia firmada por los otros siete magistrados.

g) Cierra la sentencia su argumento cuestionando el carácter arbitrario de la conducta realizada por la que fuera consejera de Hacienda de la Junta de Andalucía, con un argumento que no tiene desperdicio: la STS 749/2022 no ha tomado en consideración que los proyectos de leyes de presupuestos fueron aprobados por el Parlamento y con ello se desconoce la centralidad del Parlamento en la conformación del Estado de Derecho.

Dicho argumento es absurdo, extravagante e irrazonable, por varias razones.

En primer lugar, supone someter la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno por los delitos que puedan cometer al aprobar proyectos de ley a condición resolutoria. Si dichos proyectos de ley se aprueban por el Parlamento, pese a que por su estructura típica el delito de prevaricación ya se hubiera consumado y la afectación al bien jurídico protegido –la credibilidad en las instituciones y la confianza que las mismas merecen– ya se hubiera producido, el delito desaparece. Por el contrario, si no se hubiera aprobado el proyecto de ley la conducta podría ser considerada arbitraria.

En segundo lugar, introduce un factor de incertidumbre e imprevisibilidad contrario a la certeza en la que se asienta el principio de legalidad –que se dice aplicar– al hacer depender la responsabilidad penal de factores ajenos a la conducta del acusado. La arbitrariedad de su conducta dependerá de un elemento completamente ajeno a la misma: el resultado de la tramitación parlamentaria, lo cual es inconcebible en términos racionales. ¿Qué sucederá con la tramitación del procedimiento penal y con la calificación de «arbitraria» de la conducta, si se demora la tramitación parlamentaria del proyecto de ley por la prórroga sucesiva del plazo para la presentación de enmiendas? ¿Deberá suspenderse el procedimiento a fin de verificar si se aprueba o no la ley? Y, ¿podrá ser calificado de arbitrario el proyecto de ley si decae la iniciativa por la disolución del Parlamento?

Por último, dicha argumentación es incompatible con la reciente STC 184/2021, de 28 de octubre, en que la aprobación por el Parlamento autonómico de Cataluña de las Leyes 19/2017, de 6 de septiembre, reguladora del llamado referéndum de

autodeterminación, y 20/2017, de 8 de septiembre, no supuso que la condena por el Tribunal Supremo fuera contraria al principio de legalidad.

Es por todo ello que entiendo que la sentencia de la que discrepo debilita los fundamentos del Estado de Derecho, introduce causas de irresponsabilidad no previstas en la Ley, incurre en un exceso de jurisdicción que socava la posición institucional que la Constitución reconoce al Tribunal Supremo, debilita la persecución eficaz de los delitos de corrupción institucionalizada cometidos por el Gobierno o sus miembros y finalmente supone un incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España frente a la corrupción.

Y en este sentido emito el presente voto particular.

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil veinticuatro.—César Tolosa Tribiño.—Firmado y rubricado.