

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

16037 *Pleno. Sentencia 94/2024, de 2 de julio de 2024. Recurso de amparo 2136-2023. Promovido por don Miguel Ángel Serrano Aguilar respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Vulneración del derecho a la legalidad penal y a la presunción de inocencia: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:94

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. 2136-2023, promovido por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección letrada de don Juan Carlos Alférez Domínguez, contra: (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; (ii) 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, y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 dictado en el mismo recurso. 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 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 30 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por la procuradora doña Patricia Rosch Iglesias, actuando en nombre

y representación de don Miguel Ángel Serrano Aguilar, bajo la dirección letrada del abogado don Juan Carlos Alférez Domínguez, mediante el que interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) Por 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, en el marco de la denominada «pieza específica» del caso «ERE», se condenó a diversos miembros del Consejo de Gobierno y de la administración de la Junta de Andalucía –incluyendo desde presidentes de la Comunidad a directores generales– por haber intervenido, a lo largo de casi diez años, en el diseño y/o ejecución de un sistema de concesión de ayudas sociolaborales.

Según el resumen efectuado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia de casación (folios 97 y siguientes) los hechos en los que se habría articulado el sistema de concesión ilegal de ayudas sociolaborales se dividirían en tres etapas diferentes:

«l) 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 0.113.00.01.00.48100, 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.
- (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.
- (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 Junta 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 euros.
- En 2003: 55 646 899 euros.

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

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

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

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 de euros.

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 ayudas 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 de 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 extrabajadores y extrabajadoras 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) El demandante fue condenado porque intervino en este procedimiento específico desde el cargo de director general del Instituto de Fomento de Andalucía/Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IFA/IDEA), que desempeñó en el periodo comprendido entre junio de 2004 y mayo de 2008, en el que suscribió los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y en cumplimiento de los mismos ordenó el pago de las ayudas a empresas privadas y particulares, con cargo a los fondos recibidos de la partida presupuestaria 440 del programa 31L, «transferencias de financiación», que contabilizó en la cuenta de resultados de la agencia como gastos de explotación.

Por dichos hechos fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 del Código penal (CP), en concurso medial con

un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a la pena de seis años, seis meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de diecisiete años y un día de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviera, aunque fueran electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Se le impuso asimismo el pago de las 2/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

c) El actor interpuso recurso de casación que fue desestimado íntegramente por la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

d) Contra la anterior sentencia el actor promovió incidente de nulidad de actuaciones que fue inadmitido por auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023.

3. El recurrente invoca en su demanda de amparo la vulneración de los siguientes derechos:

a) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en conexión con el derecho al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías, entre ellas la de legalidad procesal (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Se refiere en primer lugar a la vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que atribuye a la providencia de 26 de julio de 2022 por la que el Tribunal Supremo hizo público el fallo de su sentencia de casación, que no fue notificada de forma completa hasta el día 14 de septiembre de 2022, por lo que durante el tiempo intermedio se presentó ante la sociedad al demandante de amparo como culpable, sin exponer los fundamentos jurídicos que llevaban a tal conclusión.

Cita en apoyo de este motivo la doctrina fijada en la STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2, que cita a su vez la STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, y las SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, y 133/2018, de 13 de diciembre.

En segundo lugar, denuncia que la actuación del Tribunal Supremo vulnera la garantía procesal como parte del derecho a un proceso con todas las garantías en tanto que la sentencia debe notificarse en su integridad y en unidad de acto conforme a la normativa aplicable [arts. 160 y 789 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) y arts. 248, 266, 270 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)]. Añade el demandante que, al haber sido objeto de difusión masiva el fallo, le fue imposible reaccionar, lo que determinó su indefensión.

En virtud de este motivo de amparo solicita que se declare la vulneración de estos derechos fundamentales para formular ulteriormente reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de la administración de justicia.

b) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), vulneraciones que atribuye a la sentencia de casación porque, con el fin de confirmar la subsunción jurídica de los hechos en el delito de malversación, incluyó datos fácticos que no estaban en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, ni en su fundamentación jurídica.

Se refiere a estas frases: «precisamente se cambió el sistema de presupuestación para evitar todo control y para disponer del erario público de forma discrecional y arbitraria, al margen de todo condicionante legal» (págs. 348 y 349) y «[s]e modificó el sistema de presupuestación, no por razones técnicas o neutrales, sino con una deliberada finalidad: con el pretexto de agilizar el pago de las ayudas se buscó un sistema para disponer libérrimamente de los fondos públicos eliminando todos los controles y todas las exigencias de la normativa de subvenciones» (pág. 352).

La sentencia de instancia declaró probado que el objetivo perseguido por los encausados fue agilizar el trámite del pago de las ayudas en un contexto de crisis económica, lo que supuso una reducción de los controles, pero no que se buscara con ello disponer libremente de los fondos como si fueran propios. Esta finalidad de disposición ilegal de los fondos, o el ánimo de malversación, no aparece en el *factum* de la sentencia de instancia, como se recoge en el voto particular de las dos magistradas disidentes.

Mediante esta mutación fáctica el Tribunal Supremo pasa a atribuir dolo directo a todos los condenados por el delito de malversación de caudales públicos que no estaban integrados en la Consejería de Empleo, cuando en la sentencia de instancia se les atribuía un dolo eventual en la medida en que debieron conocer las actividades malversadoras de los otros encausados.

La sentencia de instancia tampoco estimó acreditado que la Intervención General hubiera efectuado una advertencia de riesgo de menoscabo de los fondos públicos, ni tan siquiera en el informe adicional al informe de cumplimiento de 2003.

El actor, que impugnó en su recurso de casación la condena por el delito de malversación a título de dolo eventual que hizo la Audiencia Provincial, por considerarla errónea al no desprenderse del cambio de forma de presupuestación de las ayudas, se ve sorprendido por el Tribunal Supremo cuando en su sentencia le atribuye una finalidad o conocimiento directo de que se iba a producir la malversación que no se desprendía del relato de hechos probados.

El Tribunal Supremo también ha vulnerado el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE al modificar el fundamento de la condena por malversación de caudales públicos basándola en que el actor actuó con dolo directo y de común acuerdo con los otros acusados.

En virtud de este motivo solicita la nulidad parcial de la sentencia de casación en los términos indicados.

c) Vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE al no relatarse en los hechos probados de la sentencia hechos subsumibles en los arts. 404 CP (prevaricación) y 432 CP (malversación). Esta vulneración la atribuye a la sentencia de la Audiencia Provincial, y a la del Tribunal Supremo por no haberla reparado.

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia no contiene la descripción de ningún acto administrativo, con fecha y descripción concreta, dictado por el demandante de amparo. El demandante fue director del IFA/IDEA y como tal no tramitó ningún expediente de ayuda, porque dicho ente público actuó siempre como una mera caja pagadora en función de las órdenes de pago que emitía la Dirección General de Trabajo. Tampoco aprobó las cuentas anuales del ente, competencia que correspondía a su consejo rector; el demandante solo las formulaba. El IFA/IDEA tampoco realizaba ningún acto material de confección del presupuesto.

En cuanto a la malversación afirma que la sentencia ha creado un tipo nuevo, distinto del establecido por el legislador, pues el demandante no se apropió de caudales públicos ni consintió que ningún tercero se los apropiara. En el relato de hechos probados de la sentencia se describen lo que la sentencia considera que son desviaciones normativas en la tramitación de los distintos procedimientos administrativos o presupuestarios, pero eso en sí mismo no es suficiente para dar por probados los elementos objetivos y subjetivos del delito del art. 432 CP. La presunta comisión de un delito de prevaricación no puede conducir sin más a dar por probada la malversación, ni siquiera a título de dolo eventual. La sentencia, al excluir el enjuiciamiento de las ayudas individuales, ha dejado fuera del objeto de enjuiciamiento la finalidad pública e interés social de cada una de ellas. La concepción de que se malversa porque se prevarica no es conforme con el tipo penal y así se dice en el voto particular de las dos magistradas del Tribunal Supremo.

En virtud de este motivo solicita la nulidad plena de las resoluciones judiciales impugnadas.

d) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque al no existir un acervo probatorio concluyente para declarar la culpabilidad por delito de malversación, se ha verificado una valoración irracional, ilógica y arbitraria de la prueba.

El informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003 de la Intervención, firmado en el año 2005, no tiene naturaleza jurídica de prueba y, por otra parte, afirmar, como hace la sentencia condenatoria, que todo aquel que hubiera tenido conocimiento de las irregularidades cometidas por otros a que se refiere dicho informe tenía dolo de malversar es realizar una conclusión irracional y arbitraria.

En cualquier caso, dicho informe solo pone de manifiesto determinadas irregularidades procedimentales y administrativas, no contiene consideraciones o evidencias que pongan de manifiesto los elementos constitutivos de un dolo eventual de malversar en el demandante. Tampoco contenía ninguna advertencia de la existencia de hechos que pudieran constituir malversación.

En virtud de este motivo solicita la nulidad parcial de las resoluciones judiciales impugnadas en lo que se refiere a la condena por delito de malversación de caudales públicos.

En el otrosí de la demanda se solicita asimismo, con invocación del art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria en lo que se refiere a la pena de prisión, que el demandante empezó a cumplir el 2 de enero de 2023 en el centro penitenciario Sevilla I, argumentando que el mantenimiento la ejecución de la pena le produce un perjuicio irreparable que haría perder al amparo su finalidad y que su suspensión no ocasionaría perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 288/2023, 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 y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

Acordó, asimismo, en aplicación del art. 51 LOTIC, requerir a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla para 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 desearan, 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 ordenó también formar pieza separada de suspensión y en ella conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que efectuasen alegaciones sobre dicha cuestión.

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) LOTIC, a propuesta de la Sala Segunda, «recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo que se tramita en dicha Sala con el número 2136-2023, interpuesto por don Miguel Ángel Serrano Aguilar».

Por ATC 438/2023, de 26 de septiembre, el Pleno de este tribunal, tras recibir las alegaciones del recurrente, del Ministerio Fiscal y del Partido Popular, denegó la suspensión cautelar solicitada dada la duración de la pena de prisión que le había sido impuesta al demandante, de seis años y seis meses, superior al límite de cinco años que este tribunal ha venido tomando en consideración para dirimir la aplicación de este tipo de medida.

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

a) Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 24 de julio de 2023 se tuvo por recibida de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla copia en formato digital de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y los emplazamientos practicados. Observándose que no se había emplazado a todas las partes del mencionado procedimiento, se acordó remitir nuevo oficio a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, a fin de que procediera a emplazar a todas las partes, a excepción de la recurrente en el presente proceso y de las ya emplazadas, con entrega de copia de la demanda, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el presente recurso de amparo.

b) Por escrito presentado el 25 de julio de 2023, el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, actuando en nombre y representación del Partido Popular, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano, solicitó 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.

c) Por escrito presentado el 26 de septiembre de 2023, el actor formuló alegaciones en las que dio por reproducidos la totalidad de los argumentos contenidos en el escrito de interposición del recurso de amparo, insistiendo particularmente en el motivo cuarto, en el que denunciaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia absoluta de prueba de cargo de la comisión de un delito de malversación de caudales públicos. Reproduce el voto particular emitido por dos de las magistradas de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y aduce que la sentencia ha basado su condena únicamente en que tuvo conocimiento del informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003, emitido por la Intervención del Control Financiero Permanente del IFA/IDEA, y en que por el solo hecho de su conocimiento asumió la eventualidad de que se malversasen fondos públicos, valoración que resulta manifiestamente irracional, arbitraria e ilógica, pues se trata de un informe que solo refleja irregularidades procedimentales y administrativas, y de cuya lectura no se obtiene información alguna que induzca a pensar que se estuvieran malversando fondos públicos. A lo sumo, lo que el demandante pudo conocer años después no sería más que una situación pasada que pudiera pensarse que estaría corregida en el momento en que el actor accedió a dicho informe.

Añade que los informes de control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía, incluido el informe adicional de 2003, no contenían advertencia ni conclusión alguna de la existencia de hechos que pudieran ser calificados como malversación de caudales públicos, y prueba de ello sería que el interventor general de la Junta de Andalucía, don Manuel Gómez, que venía acusado de malversación de caudales públicos, fue absuelto en la sentencia que se recurre.

d) Por escrito presentado igualmente el 26 de septiembre de 2023, el Partido Popular formuló alegaciones en las que interesó la desestimación del recurso de amparo. En síntesis, manifiesta su sustancial conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos de las resoluciones judiciales impugnadas, al tiempo que reprocha al recurso de amparo haber hecho una selección parcial y fragmentada de los fundamentos de la condena.

Rebate el primer motivo de amparo, relativo a la comunicación anticipada del fallo, porque la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuando dictó la providencia que lo daba a conocer, así como un comunicado de prensa con el mismo contenido, ya había concluido sus deliberaciones y solo estaba pendiente la redacción del voto particular

anunciado. No hubo por lo tanto una filtración ni una imputación anticipada de la culpabilidad de los acusados, por lo que no se vulneraron sus derechos a la presunción de inocencia y al honor, debiendo prevalecer en la ponderación de los intereses en juego la libertad de información [art. 20.1 d) CE] y el principio de publicidad de la justicia (art. 120.1 CE).

Rechaza el segundo motivo de amparo, que denunciaba que la sentencia de casación introdujo datos fácticos que no estaban en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, con el argumento de que las únicas divergencias apreciables entre ambas resoluciones judiciales son puramente jurídicas y referidas: (i) a la finalidad perseguida por los acusados, pues la sentencia de instancia asocia la agilización del sistema de subvenciones a un cúmulo de ilegalidades que detalla y que es consecuencia de la eliminación de controles; (ii) a la concurrencia de un dolo directo o eventual, distinción que es producto de la valoración jurídica de los hechos, no de la alteración del *factum* de la sentencia de instancia, y (iii) a los distintos criterios de autoría, fruto nuevamente de la aplicación de un distinto enfoque jurídico y argumental a los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida en casación. Prosigue diciendo que la sentencia del Tribunal Supremo no introduce hechos nuevos cuando reitera la cita de las pruebas de cargo que hace la sentencia recurrida, y que dedica extensos razonamientos al examen de la concurrencia de los requisitos de los delitos de prevaricación y de malversación.

Rechaza el tercer motivo de amparo, relativo a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) porque se hizo una aplicación motivada y previsible de los tipos penales. El delito de prevaricación se justifica en que tanto el convenio marco como los convenios particulares tenían la consideración de resolución administrativa y condujeron al resultado materialmente injusto de la concesión de las ayudas sin tramitación de expediente alguno. El delito de malversación de caudales públicos, en que el actor intervino directa y materialmente en el engranaje delictivo, desde su cargo de director general del IFA/IDEA, al suscribir los convenios particulares, cuando podía haberse negado a firmarlos. En este punto la aprobación parlamentaria de las transferencias de financiación no autorizaba el pago de subvenciones con cargo a las mismas, siendo prueba decisiva, aunque no única, de esta operativa el informe pericial elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado.

Rebate asimismo el cuarto motivo de amparo relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en cuanto al delito de malversación de caudales públicos argumentando que la prueba se valoró de forma racional y motivada y que, contra lo que se afirma en la demanda de amparo, la condena no se basa únicamente en que el actor conoció el informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio de 2003 emitido por la Intervención del control financiero permanente del IFA/IDEA, sino que también se toman en consideración otros elementos de valor incriminatorio que aparecen detallados en la sentencia de instancia como son la firma de los convenios particulares que instrumentaron las ayudas, las competencias que ejerció como director de la citada agencia, la indebida contabilización de estos pagos como gastos de explotación propios de la agencia, las «salvedades por incertidumbre» que se hacían en los informes de auditoría externa en cuanto a la recepción de fondos de la Consejería de Trabajo para salvar los descubiertos que se iban generando en las cuentas de la agencia y las observaciones sobre la inadecuación de la aplicación presupuestaria verificadas por un vocal en el consejo rector celebrado el 18 de octubre de 2005.

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 la tuviera por personada 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

la tuviera por personada en el procedimiento a los efectos previstos en los arts. 47.1, 51.2 y 52.1 LOTC.

g) Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023, el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de don Antonio Vicente Lozano 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 con el fin de sostener los derechos y ejercitar las acciones que a sus mandantes pudieran corresponder.

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 que se le tuviera por personado en el procedimiento, manifestando al mismo tiempo su adhesión al recurso de amparo formulado por don Miguel Ángel Serrano Aguilar en todo lo que pueda favorecer a su mandante, por entender que los fundamentos, alegaciones y vulneraciones de derechos fundamentales denunciados son plenamente aplicables y predicables de doña Carmen Martínez Aguayo.

i) Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 23 de octubre de 2023 se tuvieron por recibidos los nuevos 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 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, 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 presentado 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 y segundo 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 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, impugnadas en el mismo.

l) Por escrito presentado 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 y segundo 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 la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, impugnadas en el mismo.

m) Por escrito presentado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de doña Carmen Martínez Aguayo evacuó escrito de alegaciones en el que manifestó su adhesión al presente recurso de amparo 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 presentado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román evacuó escrito de alegaciones en el que solicitó la estimación del presente recurso de amparo, que se declarase la vulneración del

derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y que se declarasen nulas las sentencias impugnadas en el mismo.

Aduce en concreto:

(i) Respecto del delito de prevaricación del art. 404 CP, que se ha verificado una interpretación extensiva *in malam partem* de los conceptos típicos «resolución» y «asunto administrativo», porque los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos políticos o de gobierno, y no pueden ser considerados como asunto administrativo susceptible de revisión en vía jurisdiccional, incluida la penal, y porque no puede existir una ley ilegal, ni ilegalidades dentro de una ley. Conforme se dictamina en el informe pericial de los profesores señores Zornoza y Martínez Lago, las leyes de presupuestos posteriores a la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, que contemplaron transferencias de financiación para finalidades no previstas en el art. 18.1 de esa ley, permiten descartar la ilegalidad de las partidas presupuestarias objeto de incriminación, pues procedía resolver el conflicto de normas conforme a los principios generales de que la ley especial prevalece sobre la general y la ley posterior deroga a la anterior. En cuanto a las modificaciones presupuestarias, el informe favorable del interventor general de la Junta de Andalucía, que resultó absuelto en la causa, y del interventor adjunto a la agencia IFA/IDEA excluye la existencia de una ilegalidad palmaria, manifiesta y evidente.

(ii) Respecto del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, que no existió connivencia o acuerdo en el actuar delictivo, ni en forma de coautoría con división de funciones, que es lo que sostiene la Audiencia Provincial, ni como autoría individual, por la que se inclina el Tribunal Supremo. No se justifica la comisión por omisión, pues no se establece el fundamento de la supuesta posición de garante de los condenados, ni tan siquiera se cita el art. 11 CP. Tampoco se justifica la concurrencia del elemento subjetivo del tipo; el Tribunal Supremo aprecia un dolo directo separándose del criterio de la sentencia de instancia, que consideró el dolo eventual.

6. Por escrito presentado el 8 de enero de 2024, el Ministerio Fiscal formuló alegaciones en las que interesó la íntegra desestimación de la demanda de amparo.

La fiscal ante el Tribunal Constitucional que lo suscribe, tras identificar las resoluciones judiciales impugnadas en la demanda de amparo interpuesta por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, la fecha de presentación de esta y los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia, examina con carácter preliminar el cumplimiento de los presupuestos procesales del art. 44 LOTC y concluye que se han cumplido debidamente, indicando que el de previo agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria se realizó mediante los recursos de casación contra la sentencia de instancia y el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de casación, apreciando asimismo que a través de los mismos se verificó la invocación tempestiva de la vulneración de los derechos fundamentales que se dicen lesionados. Seguidamente analiza los cuatro motivos de amparo esgrimidos en la misma.

Respecto del primero de ellos, sobre la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el derecho al honor, que se atribuye a la providencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2022 que anticipó el fallo de la sentencia que resolvió el recurso de casación mediante la reproducción de un comunicado de prensa, la fiscal, tras sintetizar las alegaciones efectuadas en el recurso de amparo en sustento de este motivo y citar doctrina constitucional relativa tanto a la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4, y 77/2023, de 20 de junio, FJ 5), como al derecho al honor del art. 18.1 CE, aduce que el auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones realizó una ponderación adecuada de los intereses en juego al desechar que se hubieran producido estas vulneraciones con base en la relevancia pública del asunto, el derecho a comunicar o recibir libremente

información veraz [art. 20.1 d) CE] y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 CE), así como la ausencia de una norma expresa que lo prohibiera.

En relación con la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE) por la inclusión en la sentencia de casación de datos fácticos que no aparecen en la de instancia, la fiscal, tras hacer una síntesis de las alegaciones del demandante y de los fundamentos del auto del Tribunal Supremo que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, invoca doctrina constitucional sobre el principio acusatorio (STC 45/2022, de 23 de marzo, FJ 10) y la prohibición de *reformatio in peius* (STC 102/2022, de 12 de septiembre, FJ 5) y concluye que el motivo no puede prosperar porque las frases cuestionadas de la sentencia de casación no añadieron nada nuevo a lo declarado en los hechos probados de la sentencia de instancia, sino que los resumieron o concretaron, sin producir alteración o ampliación de los mismos.

Añade que, por lo demás, la alegada alteración de los hechos probados no tendría consecuencias en la condena del señor Serrano porque no afecta a su conducta, tal y como está fijada en los hechos declarados probados en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en los que no se le imputa una participación en la elaboración de las leyes de presupuestos o en los procedimientos de modificación presupuestaria, sino que su condena se basa en las conductas desplegadas en la fase de la ejecución de las ayudas a través de los pagos efectuados por el organismo IFA/IDEA con fondos recibidos indebidamente como «transferencias de financiación» y destinados al pago de subvenciones excepcionales, que eran reflejados como «otros gastos extraordinarios», mediante la firma de los convenios particulares por medio de los que se efectuaban los citados pagos, pese a haber sido advertido de la inadecuación del procedimiento y siendo conocedor de los desfases presupuestarios al concederse las ayudas sin una previa dotación presupuestaria. En consecuencia, considera que las expresiones contenidas en la sentencia de casación son meramente argumentativas e irrelevantes, en tanto que no tienen consecuencias en la fijación de los hechos que se le imputan al actor, ni tampoco producen un cambio en el título de imputación.

Sobre la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la fiscal, tras sintetizar las alegaciones del demandante y los fundamentos de la sentencia de casación que desestimó la alegación de que la sentencia de instancia hubiera incurrido en tal vulneración en las condenas tanto por el delito de prevaricación como por el de malversación de caudales públicos, invoca doctrina constitucional relativa a tal derecho fundamental, que proscribire las interpretaciones y aplicaciones irrazonables de las normas penales (SSTC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, y 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1).

Aduce la fiscal que, de la misma manera que lo hizo el Tribunal Supremo, el recurrente hace una selección de los hechos probados incompleta, limitándose a reseñar los párrafos en los que se hace mención expresa a su nombre, cuando en los hechos probados se identifican otras actuaciones que se pueden imputar directamente al recurrente en atención al cargo que ostentaba y las funciones a él inherentes, que pueden fundamentar la subsunción hecha por el tribunal de los hechos en los tipos penales por los que ha sido condenado. Identifica los elementos fácticos relevantes para la incriminación del demandante que este omite mencionar en su escrito iniciador, entre otros, la firma de los convenios particulares y las consiguientes autorizaciones de pago, el fraccionamiento de la cuantía de las ayudas, la indebida contabilización en los presupuestos de la agencia IFA/IDEA como gastos de explotación de los importes de las transferencias de financiación o el conocimiento y aceptación del resultado del desvío de los fondos, y concluye que en las resoluciones combatidas existe una descripción suficiente de las conductas que se han atribuido al recurrente que permite una adecuada subsunción en los tipos penales por los que ha sido condenado, por lo que no puede apreciarse la vulneración del principio de legalidad penal invocado, al no haberse realizado una interpretación judicial de la norma irrazonable ni extensiva *in malam partem* que implique imprevisibilidad para el destinatario de la norma penal de manera

que le impidiera acomodar su conducta a la ley, ni tampoco existe una creación judicial del tipo penal, a tenor de la motivación contenida en ambas resoluciones, en las que se justifica adecuadamente la subsunción realizada.

En relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por no existir un acervo probatorio suficiente para sustentar la declaración de culpabilidad por el delito de malversación de caudales públicos, la fiscal, tras hacer una síntesis de las alegaciones del demandante y citar doctrina constitucional sobre el citado derecho (STC 184/2021, de 28 de octubre, FJ 9) rebate la alegación de que la condena por malversación se funda únicamente en el conocimiento que el recurrente tuvo del informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003 emitido por la Intervención del control financiero permanente del IFA/IDEA.

En este sentido, señala que la sentencia de la Audiencia Provincial, en su fundamento de Derecho 31, hace referencia a una pluralidad de elementos incriminatorios, entre ellos: el cargo desempeñado por el acusado, director general de la agencia IFA/IDEA, en el periodo comprendido entre el 17 de junio de 2004 y el 14 de mayo de 2008, y las competencias que le correspondían, conforme a la normativa vigente; que en el desempeño de ese cargo firmó más de cuarenta convenios de ayudas sociolaborales y a empresas con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social; que fue responsable de formular las cuentas anuales en las que se recogía el modo en que la agencia contabilizaba presupuestariamente las transferencias de financiación, continuando con el sistema utilizado antes de su llegada, así como los pagos derivados de los convenios particulares, que se hacían constar como «otros gastos de explotación», esto es, gastos ficticios, cuentas que eran firmadas, bien por el coacusado señor Vallejo Serrano, como consejero de Innovación, bien por el propio demandante; el conocimiento que tenía de los informes de auditoría externa en los que se destacaba la incertidumbre sobre las cantidades que se mantenían en descubierto, al superar los compromisos asumidos en virtud de los convenios a las cantidades efectivamente recibidas por la agencia IFA/IDEA, vía transferencias de financiación, problema que fue expuesto en la sesión del consejo rector de 22 de julio de 2004, y que este déficit se mantuvo en años sucesivos, tal y como se reconoce por el propio actor en la carta remitida al entonces director general de Trabajo, don Francisco Javier Guerrero, de 19 de abril de 2007, exigiendo que se pusiera solución a este problema.

En cuanto a la prueba del elemento volitivo del delito de malversación de caudales públicos, la fiscal apunta que en la sentencia de la Audiencia Provincial se dice que desde que le fue notificado el informe de cumplimiento del ejercicio 2003 conoció y consintió la utilización indebida de la agencia como entidad colaboradora y que, a pesar de tomar conocimiento de cómo se estaban concediendo las ayudas en la Dirección General de Trabajo (no se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública o razones de interés social o económico; no se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda; se ha omitido la fiscalización previa, concluyendo que se ha prescindido de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido), de la indebida presupuestación de las transferencias de financiación y de la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora, continuó con la firma de los convenios. También se considera acreditado con base en la prueba documental que el acusado fue conocedor de los posteriores informes de control financiero permanente de IDEA, conocimiento que también se desprende de su asistencia a las reuniones del consejo rector a partir de la sesión celebrada el día 28 de junio de 2004, hasta su cese en 2008. De todo ello deduce el tribunal de instancia que «el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados».

La fiscal considera asimismo que la sentencia de la Audiencia Provincial dio contestación expresa a las alegaciones de descargo presentadas por la defensa del recurrente sobre la supuesta carencia de conciencia de antijuridicidad y error, en la

creencia de estar obrando lícitamente, y sobre el carácter no esencial de su participación en los hechos, destacando que hubiera bastado con que se hubiera negado a firmar los convenios particulares para que no se hubiera realizado el delito.

La fiscal reproduce asimismo los argumentos empleados en la sentencia de casación para confirmar la validez de la condena por el delito de malversación de caudales públicos, en virtud de los cuales el actor no fue condenado solo por haber tenido conocimiento del informe adicional de cumplimiento del IFA correspondiente al ejercicio 2003, sino que se estimó acreditado el conocimiento que tenía de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento en virtud de múltiple prueba distinta de aquel informe, que la sentencia de casación enumera sintéticamente, añadiendo que, pese a tal conocimiento, firmó un total de cuarenta convenios particulares, en virtud de los cuales se comprometió el pago de diversas cantidades en concepto de ayudas y subvenciones con cargo a los fondos transferidos a la partida 440 del programa 31L.

A la vista de lo expuesto, la fiscal concluye que «[a] este motivo hay que responder que, tal y como se puede apreciar del contenido de ambas, ni en la sentencia de la Audiencia Provincial ni en la dictada por el Tribunal Supremo se hace depender la acreditación del elemento subjetivo del injusto del delito de malversación exclusivamente del conocimiento del contenido de dicho informe. La conclusión a la que llega el tribunal parte de la valoración efectuada de manera conjunta con otros elementos de prueba, omitidos por el recurrente en el desarrollo del motivo de su demanda, como son el conocimiento de los informes de cumplimiento formulados por la Intervención en años sucesivos, de su participación en las sesiones del consejo rector donde se trataban las cuestiones sobre el abono de las subvenciones, y la carta que dirigió al director general de Trabajo y Seguridad Social poniendo de manifiesto las situaciones de descubierto por falta de traspaso de fondos suficientes para efectuar los pagos comprometidos mediante la firma de los convenios particulares. De todo ello los órganos jurisdiccionales, realizando la valoración de la prueba en el ejercicio de la función que les corresponde en exclusiva, concluyen que el demandante de amparo, pese a ser conocedor de las ilegalidades cometidas durante los distintos ejercicios, continuó con el sistema establecido y firmó los convenios particulares por los que se consumaba la disposición de los fondos. En consecuencia, se considera que hay prueba de cargo suficiente para fundamentar el fallo condenatorio».

En consecuencia, «no cabe considerar irracional o ilógica la conclusión alcanzada para dictar la condena del recurrente, cada uno de los acusados ostentaba sus respectivas responsabilidades y efectuó conductas diferentes en distintos periodos de tiempo, de lo que se deduce que la valoración concretamente efectuada por el tribunal respecto del acusado es posible y se ajusta a las reglas de la lógica, y no puede tacharse de arbitraria o irrazonable, por lo que la consideración de otras interpretaciones como la sustentada por el recurrente, queda fuera del control que corresponde efectuar al Tribunal».

7. Por providencia de 2 de julio de 2024 se señaló ese mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y orden de análisis de las quejas.

1.1 Objeto del recurso y posiciones 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 le condenó como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado

de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de seis años, seis meses, y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por un tiempo de diecisiete años y un día; (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestima el recurso de casación formulado por el demandante frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020), y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la citada sentencia desestimatoria.

El recurrente alega en su escrito de demanda las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales: (i) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) como regla de tratamiento en conexión con el derecho al honor (art. 18.1 CE) como consecuencia de la publicación del fallo de la sentencia de casación antes de que le fuera notificada al demandante el 14 de septiembre de 2022; (ii) de los derechos a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 y 2 CE) porque en la sentencia de casación se han incluido datos fácticos que no aparecen en el relato de hechos probados de la sentencia de primera instancia para apreciar un dolo directo de malversar que no se desprende de aquel; (iii) del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) porque los hechos probados no son subsumibles ni en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP ni en el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, y (iv) del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque no existe un acervo probatorio concluyente para declararle culpable del delito de malversación, de modo que la condena se basaría en una valoración irracional, ilógica y arbitraria de la prueba.

La representación procesal del Partido Popular ha interesado la desestimación íntegra del amparo, con los argumentos que han sido sintetizados en el antecedente 5 d).

Las representaciones procesales de don Francisco Vallejo Serrano, don Jesús María Rodríguez Román, don Antonio Vicente Lozano Peña, don José Antonio Griñán Martínez y doña Carmen Martínez Aguayo, se han adherido al recurso de amparo e interesado su estimación, algunas de ellas con argumentos convergentes con el mismo, que han sido sintetizados en el antecedente 5 k), l), m) y n).

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha interesado en su escrito de alegaciones la desestimación íntegra de la demanda de amparo con los argumentos que han sido sintetizados en el antecedente 6.

1.2 Orden de análisis de las quejas.

Se considera procedente, por razones de ordenación sistemática de las materias a tratar, examinar en primer lugar la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal (tercer motivo de amparo) y a continuación la relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (cuarto motivo de amparo) para, seguidamente, examinar las vulneraciones acaecidas en el grado de casación (motivos primero y segundo de amparo) cuyo análisis puede verse condicionado por la respuesta que reciban las anteriores.

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

En los antecedentes de esta sentencia se ha reproducido el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (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». Dado el contenido de la demanda de amparo y la extensión del relato fáctico de la sentencia de instancia, resulta conveniente, antes de proceder al examen individualizado de cada una de las quejas formuladas, hacer unas consideraciones previas con la finalidad de facilitar la comprensión de los hechos objeto del proceso *a quo* y del enjuiciamiento que en esta sentencia se va a

llevar a cabo de la demanda de amparo. Consideraciones referidas, la primera, a una sucinta exposición de los hechos que dieron lugar al proceso penal del que trae causa este recurso de amparo; la segunda, 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 también, «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, «Transferencias 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 de 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 euros. Las ayudas que superasen la cuantía de 1.200.000 euros 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 a 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 atribuida 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 de 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 euros 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 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.

(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 coincidencia 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 este 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, 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 euros, 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 euros, 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 euros, 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 euros.

– 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 euros 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 condenado el demandante de amparo.

A partir de los hechos probados y los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Provincial, particularmente los contenidos en sus fundamentos de Derecho 18 y 31, se puede constatar que el sustrato material de la condena de don Miguel Ángel Serrano Aguilar es, en síntesis, el siguiente:

(i) Ocupó el cargo de director general de la agencia IFA/IDEA desde el 17 de junio de 2004 hasta el 14 de mayo de 2008, y firmó más de cuarenta convenios con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis con cargo a los fondos de la partida presupuestaria 440 del programa 31L, de acuerdo con lo previsto en el convenio de colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y el IFA para la materialización de ayudas en materia de trabajo y seguridad social, o «convenio marco», que había sido suscrito el 17 de julio de 2001 entre los entonces consejero de empleo y presidente del IFA.

(ii) En su calidad de director general de la agencia IFA/IDEA asistió con regularidad a las sesiones de su Consejo Rector, desde la celebrada el día 28 de junio de 2004 hasta su cese. Este Consejo fue informado de un total de cincuenta y tres convenios particulares en el periodo comprendido entre enero de 2004 y junio de 2008.

(iii) El señor Serrano Aguilar, según las sentencias, era responsable de formular las cuentas anuales de IFA/IDEA y mantuvo el modo de presupuestación y contabilización que se había seguido antes de su llegada al cargo y que consistía en que en el presupuesto de explotación de la agencia, que tenía el formato y la estructura de una cuenta de pérdidas y ganancias, se consignaban las transferencias de financiación recibidas de la Consejería de Empleo como ingresos de la agencia, lo que era correcto, y como gastos, bajo la rúbrica «Otros gastos de explotación», el importe de los pagos que se iban a efectuar con cargo a dichas transferencias, lo que era ficticio, tratándose de pagos a terceros y no de gastos propios, por lo que su anotación en el presupuesto de explotación respondía a los solos efectos de hacerlo cuadrar. No obstante, en la ejecución de los presupuestos anuales los pagos que se realizaron no se contabilizaron en las cuentas del balance como gastos de la agencia, sino como operaciones de cobro y pago realizadas por cuenta de la Consejería de Empleo, de acuerdo con su verdadera naturaleza económica y lo establecido en el plan general de contabilidad vigente para este tipo de empresas.

(iv) Las sentencias recurridas consideran que don Miguel Ángel Serrano Aguilar tuvo conocimiento, por medio de determinados informes de auditoría externa y de control financiero permanente, de la incertidumbre y déficit generados, año tras año, por el desfase que se producía entre los compromisos de pago asumidos por la agencia y los créditos del programa 31L, al no recibir transferencias de financiación en cantidad suficiente para sufragarlos. Este problema le llevó a enviar una carta el 19 de abril de 2007 al director general de Trabajo exigiendo su solución.

La importancia del déficit se destaca en el informe de control financiero permanente correspondiente al ejercicio 2003, formulado por la Intervención en 2005 y notificado al demandante el 25 de julio de 2005, informe que se acompañaba de un informe adicional (anexo III) en el que se exponía asimismo la imputación presupuestaria inadecuada que representaba el uso de las transferencias de financiación y la interposición de la agencia IFA/IDEA como entidad colaboradora para el pago de este tipo de ayudas, junto a otras irregularidades que se habían detectado en el análisis de un grupo de expedientes, pese a lo cual don Miguel Ángel Serrano Aguilar continuó con la firma de los convenios. Advertencias semejantes se contenían en posteriores informes de la Intervención, que le fueron igualmente remitidos: informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2004, informe de auditoría de cumplimiento correspondiente al ejercicio 2005, informe definitivo de cumplimiento de 2006, informe definitivo de cuentas anuales del ejercicio 2006 e informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2007.

(v) Don Miguel Ángel Serrano Aguilar sabía, por ello, que las transferencias de financiación que recibía del programa 31L no se aplicaban a su destino propio, que era equilibrar la cuenta de pérdidas y ganancias de la agencia que dirigía, sino a la concesión a terceros de subvenciones, eludiendo el control previo de la Intervención y su procedimiento específico. Asumió, de este modo, la eventualidad de que los fondos fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

(vi) Las sentencias impugnadas consideran que su participación en este procedimiento fue esencial, y no secundaria, porque de haberse negado a firmar los convenios, lo que estaba en su mano, no se hubieran realizado los pagos.

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 que consagra, 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 *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 correspondientes 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 puede burlarse 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 de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor 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. Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la condena por el delito de prevaricación del art. 404 CP.

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

(i) Alegaciones del recurrente relativas a la lesión del art. 25.1 CE.

Como ya se ha expuesto, el demandante en amparo fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación. En la demanda se alega, en relación con el delito de prevaricación, que los hechos probados de la sentencia de instancia no pueden subsumirse en el art. 404 CP. El recurrente afirma que dicha declaración de hechos probados incurre en una «falta de concreción específica de un singular acto administrativo prevaricador», sin que tal omisión en dicha parte de la sentencia pueda solventarse acudiendo a lo que, en su caso, pudiera contenerse sobre este particular en el relato jurídico.

Por lo que se refiere a su gestión en el IFA/IDEA afirma que dicha entidad, que no intervenía en la decisión de la concesión de las ayudas sociolaborales, se limitaba a hacer de mera caja pagadora de unos pagos cuya procedencia venía ya decidida (la concesión de las ayudas era acordada por la Consejería de Empleo). Por ello, no puede ser condenado por unos hechos en los que no participó. El recurrente alega que la circunstancia de haber recibido los informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía tampoco es motivo para condenarle por prevaricación. De igual modo, afirma que no puede ser condenado por haber sometido las cuentas anuales del IFA a la aprobación del consejo rector, al que asistía con voz pero sin voto. Por ello, concluye que la mera formulación —que no aprobación— de dichas cuentas, que no son siquiera actos administrativos, no puede subsumirse en el tipo de prevaricación.

(ii) Exposición de lo alegado por las partes personadas en relación con la queja referida a la lesión del art. 25.1 CE.

El Partido Popular niega que se haya producido una lesión del derecho a la legalidad penal en relación con la condena del recurrente por el delito de prevaricación. Considera que tanto el convenio marco como los convenios particulares tienen la consideración de resoluciones dictadas en asunto administrativo y condujeron al resultado materialmente injusto de la concesión de las ayudas sin expediente alguno.

Aunque otros condenados en el mismo proceso judicial del que este trae causa se han personado y son parte en este recurso, solo las alegaciones presentadas por don Jesús María Rodríguez Román se refieren específicamente a las razones por las que la condena por el delito de prevaricación es lesiva del art. 25.1 CE. Afirma que se ha producido una extensión *in malam partem* de los conceptos típicos del art. 404 CP, toda vez que los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos de gobierno y, por ello, no pueden ser revisados en vía jurisdiccional. La representación procesal del señor Rodríguez Román niega, además, que concurra el elemento típico «arbitraria» del art. 404 CP, dado que las leyes de presupuestos posteriores a 2001 contemplan las transferencias de financiación para el pago de las ayudas sociolaborales.

El Ministerio Fiscal descarta que se haya producido la lesión del art. 25.1 CE. Afirma que ni la interpretación judicial del art. 404 CP ni la subsunción de los concretos hechos declarados probados en el mencionado tipo penal puede considerarse imprevisible en el sentido en que este tribunal ha interpretado las exigencias que se derivan del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). La fiscal sostiene que las resoluciones impugnadas identifican los elementos fácticos relevantes en los que se ha justificado la condena del recurrente, entre otros, la firma de convenios particulares y la consecuente autorización del pago de las ayudas.

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

A continuación, se va a efectuar un breve resumen de los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo que determinaron la desestimación del recurso de casación del señor Serrano Aguilar.

(i) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sostiene que «[e]n relación con el delito de prevaricación el único hecho con relevancia típica protagonizado por el Sr. Serrano Aguilar es la firma de los convenios particulares» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho, fundamento 137, pág. 1031).

(ii) El Tribunal Supremo considera que tales convenios «son resoluciones administrativas a efectos del artículo 404 CP en cuanto constituyen el acto administrativo ejecutivo mediante el cual se pagaron las ayudas gestionadas y aprobadas al margen de lo establecido en la ley» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho, fundamento 137, págs. 1031-1032).

(iii) La Sala de lo Penal rechaza el motivo del recurso de casación por el que el señor Serrano Aguilar adujo que todas las actuaciones realizadas por los integrantes del IFA/IDEA al pagar las ayudas sociolaborales se encontraban amparadas en la ley, en concreto en el art. 38 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1993, general de la hacienda pública de Andalucía, que habilitaba al citado organismo para actuar como caja pagadora, y en las memorias que acompañan a los proyectos de ley de presupuestos y en las cuentas generales aprobadas por el Parlamento andaluz.

El Tribunal Supremo se opone a estos argumentos al considerar que «[l]a intervención del IFA/IDEA en el pago de las ayudas sociolaborales no puede dissociarse del ilegal sistema implantado, cuyo último eslabón era la intervención de la citada agencia, materializando los pagos mediante la previa firma de convenios». Sostiene, además, que «[l]a actuación del señor Serrano Aguilar no venía obligada por el principio de especialidad presupuestaria y por el contenido de las memorias de las leyes de presupuestos porque la clasificación del gasto realizada en dichas leyes no obligaba al pago de subvenciones excepcionales mediante fondos recibidos vía transferencias de financiación, máxime si quien realizaba esos pagos conocía, como es el caso del recurrente, que los pagos eran parte de un entramado directamente diseñado para eludir los controles de las subvenciones excepcionales» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho, fundamento 138.2, pág. 1036).

(iv) La Sala de lo Penal afirma, citando a la sentencia de instancia, que «en la agencia se conocía que las ayudas las concedía la Consejería de Empleo, lo que no se decía ni en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos. En la agencia conocían que presupuestaban gastos ficticios para compensarlos con los ingresos procedentes de las transferencias de financiación, lo que obviamente tampoco se decía en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 138.2, pág. 1037). También se sostiene en la sentencia recaída en el recurso de casación que se hicieron muchas advertencias al señor Serrano Aguilar sobre este extremo (cita el informe de auditoría de cumplimiento sobre IDEA del año 2005) (*ibidem*).

(v) Por último, en lo que a este motivo del recurso se refiere, el Tribunal Supremo afirma que «ante el cúmulo de ilegalidades el señor Serrano Aguilar pudo oponerse a firmar los convenios y dejar de contribuir al sistema ilegal implantado para el pago de las ayudas sociolaborales» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 138.2, pág. 1039).

4.3 El valor de la ley en nuestro sistema constitucional.

a) Una vez vistos los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si las resoluciones impugnadas han efectuado una interpretación de la norma aplicada lesiva del art. 25.1 CE, es preciso aludir a 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. Ha de recordarse el valor que tiene la ley en nuestro sistema constitucional porque las sentencias impugnadas, si bien consideran que las leyes de presupuestos para los años 2002 a 2009 aprobaron el programa 31L, «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales», niegan que esta previsión legal tenga eficacia. Entienden que trae causa de un proyecto de ley que consideran ilegal, al establecer un sistema de presupuestación –las transferencias de financiación– que era contrario a la normativa presupuestaria en vigor en aquel momento. Las sentencias afirman que dicho cambio de presupuestación tenía por objeto instaurar un sistema de concesión de las citadas ayudas que eludiera los controles establecidos en la ley de subvenciones y de ello deducen su ilegalidad.

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 288/2023, 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 sobre 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 ampliaciones 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.

b) 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.

c) 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*.

4.4 Enjuiciamiento de la queja.

Una vez expuestos los fundamentos de la condena del recurrente por el delito de prevaricación, así como los rasgos esenciales de nuestra democracia constitucional y parlamentaria, se va a enjuiciar a continuación la queja aducida por el demandante.

Antes de ello el Tribunal debe recordar que el único hecho relevante para condenar al recurrente por haber cometido un delito de prevaricación es que el demandante, en su condición de director general de la agencia IFA/IDEA entre los años 2004 a 2008, firmó convenios particulares. Así lo ha considerado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, como se ha transcrito anteriormente, al enjuiciar si la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla es respetuosa con las exigencias que se derivan del art. 25.1 CE, al partir del siguiente presupuesto:

«En relación con el delito de prevaricación el único hecho con relevancia típica protagonizado por el señor Serrano Aguilar es la firma de los Convenios particulares» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 137, pág. 1031).

En efecto, las sentencias recurridas aprecian la comisión del delito de prevaricación al considerar que el recurrente firmó convenios particulares y a través de ellos se pagaron ayudas al margen de lo establecido en la ley. Para enjuiciar esta queja ha de examinarse si la interpretación de los elementos típicos del delito de prevaricación («resolución», «asunto administrativo» y «arbitraria») efectuada por los órganos judiciales es imprevisible o extravagante y, como consecuencia de ello, se ha efectuado una interpretación extensiva *in malam partem* del tipo.

No corresponde al Tribunal determinar la naturaleza jurídica de los actos por los que el señor Serrano Aguilar, en su condición de director general de la agencia IFA/IDEA, firmó convenios con particulares. Tan solo ha de analizar si las sentencias impugnadas, al considerar estos actos como resoluciones recaídas en un asunto administrativo, incurrían en la infracción del art. 25.1 CE antes señalada. Como la Sala de lo Penal pone de manifiesto, de acuerdo con su propia jurisprudencia, el concepto de «resolución» contenido en el art. 404 CP no hace referencia necesariamente al concepto de «acto administrativo», sino que a los efectos de apreciar si la conducta enjuiciada es una resolución recaída en un asunto administrativo es suficiente con que se trate de un acto

adoptado por un empleado público o una autoridad administrativa en el ejercicio de su cargo y que tenga carácter decisorio. Es claro que, en este caso, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los actos enjuiciados, son actos dictados por una autoridad –un director general de un organismo público– que tienen, además, carácter decisorio. En consecuencia, no puede considerarse una interpretación imprevisible ni extravagante el que las resoluciones judiciales impugnadas hayan considerado la firma de convenios por el recurrente en su condición de titular de la Dirección General del IFA/IDEA como una resolución recaída en un asunto administrativo.

Cuestión distinta es si estas «resoluciones» pueden considerarse arbitrarias, que es otro de los elementos típicos del art. 404 CP. El Tribunal Supremo las califica como tal porque parte de la base de que «el pago de las ayudas sociolaborales no puede disociarse del ilegal sistema implantado, cuyo último eslabón era la intervención de la citada agencia [IFA/IDEA], materializando los pagos mediante la previa firma de convenios particulares» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 138.2, pág. 1036). Se añade además que «[l]a actuación del señor Serrano Aguilar no venía obligada por el principio de especialidad presupuestaria y por el contenido de las memorias de las leyes de presupuestos porque la clasificación del gasto realizada en dichas leyes no obligaba al pago de subvenciones excepcionales mediante fondos recibidos vía transferencias de financiación, máxime si quien realizaba esos pagos conocía, como es el caso del recurrente, que los pagos eran parte de un entramado directamente diseñado para eludir los controles de las subvenciones excepcionales» (*ibidem*).

Esta subsunción es imprevisible. No puede considerarse acorde con las pautas interpretativas generalmente aceptadas entender que una actuación amparada en las leyes de presupuestos, concretamente en el programa 31L, es ilegal cuando esa actuación se lleva a cabo de acuerdo con lo que las memorias de las leyes de presupuestos establecen al respecto. El recurrente, por el cargo que ostentaba, venía obligado a conocer los programas establecidos en las leyes de presupuestos referentes al organismo en el que ejercía un puesto directivo y no puede ser condenado por actuar conforme a lo que expresamente se disponía en las memorias que determinaban los objetivos del programa, cómo había de ejecutarse y quién debía hacerlo.

Las sentencias recurridas transcriben estas memorias en sus pasajes más relevantes. El objetivo del programa 31L es, como se expone en las resoluciones judiciales, entre otros, «[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». 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 11.2, pág. 193, donde se transcribe un pasaje del fundamento de Derecho 16 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, págs. 571 y ss., que, a su vez, reproduce el contenido de las memorias de los informes económico-financieros).

Las resoluciones 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 11.2, pág. 194).

A pesar de ello, ni la Audiencia Provincial de Sevilla ni la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo extraen consecuencia alguna del cambio normativo que se produce en el año 2002 y que incluye por primera vez el programa 31L en la ley de presupuestos

que tiene como objeto otorgar transferencias al IFA en materia de relaciones laborales, tal y como se acaba de exponer. Como se ha afirmado en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.3.4, «[e]l 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».

Una vez en vigor el programa presupuestario 31L previsto en las leyes de presupuestos para los años 2004 a 2008 resulta imprevisible que los actos dictados a su amparo se consideren manifiestamente ilegales, pues la firma de los convenios tenía cobertura en una norma con rango de ley. Sin embargo, las sentencias impugnadas consideran que la firma de los convenios era el último eslabón de una operación que tiene su origen en la elaboración de unos anteproyectos de ley que califican de «ilegales», al entender que no eran acordes con la normativa entonces vigente en materia presupuestaria. Estas pretendidas ilegalidades tenían como objeto, según las resoluciones judiciales recurridas, establecer un sistema presupuestario que permitiera la concesión de las ayudas sociolaborales eludiendo los controles propios de las subvenciones. Por ello, entienden que las leyes de presupuestos que prevén este sistema no pueden aplicarse en el sentido que de ellas se deriva, pues se incurriría en una «incontestable ilegalidad» (pág. 296). Tal forma de razonar no se compadece con el sistema de fuentes. Ni un proyecto de ley puede ser objeto de control judicial (ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6) ni puede negarse a quien tiene iniciativa legislativa proponer una nueva regulación que modifique la que se encuentra en vigor en aquel momento (STC 93/2024, FJ 4.3.3). Solo de este modo puede garantizarse el carácter dinámico consustancial a un ordenamiento jurídico moderno (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 7, y 93/2024, FJ 4.3.4).

Las resoluciones impugnadas, al llegar a la conclusión de que el recurrente, por firmar convenios al amparo de la ley de presupuestos, de acuerdo con lo dispuesto en las memorias que los acompañan, ha incurrido en el delito de prevaricación, realizan una aplicación del precepto penal imprevisible. No puede considerarse delictivo realizar actos que la ley ampara.

La interpretación imprevisible, en el sentido que a este término 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), trae causa del indebido entendimiento del sistema institucional constitucionalmente previsto del que parten las resoluciones impugnadas.

Los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo para rechazar la alegación del recurrente suponen privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento de Andalucía en el entramado institucional diseñado estatutariamente, que es coincidente con lo establecido en la Constitución. Una cosa 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.

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 consideren 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.

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 del recurrente, pues precisamente lo que las resoluciones judiciales le imputan es haber aplicado un concepto presupuestario legalmente establecido 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 a través del concepto presupuestario «transferencia de financiación». Por esta razón, deducen las sentencias impugnadas que este gasto no estaba 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 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 2004 a 2008, en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos para la concesión de ayudas sociolaborales al IFA (las transferencias de financiación) que habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas. Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las referidas leyes de presupuestos tienen este alcance, han efectuado, también por este motivo, una aplicación absolutamente imprevisible del elemento típico «arbitrariedad».

Por las consideraciones expuestas, procede estimar este motivo del recurso.

5. Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la condena por delito de malversación del art. 432 CP.

5.1 Exposición de la queja del recurrente y de las posiciones de las partes.

El recurrente considera que las resoluciones impugnadas, al calificar las conductas declaradas probadas por la Audiencia Provincial como delito de malversación, proceden a una subsunción indebida en el tipo penal del art. 432 CP lesiva del derecho fundamental a la legalidad sancionadora previsto en el art. 25.1 CE.

Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia describen, en opinión del actor, meras desviaciones normativas en la tramitación de los distintos procedimientos administrativos o presupuestarios. Tales conductas serían, según alega, insuficientes para considerar que sustrajo o consintió la sustracción de caudales públicos. A su juicio, las resoluciones impugnadas trasladan, sin más, el contenido del injusto propio de la prevaricación al ámbito de la malversación. Se declara probada la omisión de trámites y controles en la gestión global de las ayudas sociolaborales, pero en ningún caso que dichas ayudas, concretamente consideradas, carecieran individualmente de una finalidad pública o social legitimadora, ya que la determinación de ese concreto aspecto quedó fuera del objeto de enjuiciamiento de la «pieza específica».

A juicio del actor, la omisión generalizada de ciertos controles y trámites en la gestión global de las ayudas sociolaborales no resulta subsumible en el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, pues este precepto exige que la autoridad o funcionario público sustraiga o consienta que otro sustraiga dichos caudales. Esto implica, en su opinión, destinarlos a finalidades ajenas a su naturaleza pública. La mera gestión irregular de los fondos, que no cumple con todos los requisitos de procedimiento o control, no implica por sí sola, según alega el actor, su sustracción. Afirma, en todo caso, el recurrente que los hechos probados no ofrecen un soporte suficiente para justificar esa subsunción.

Entre las alegaciones de los otros condenados que han comparecido en este proceso de amparo, solo las presentadas por don Jesús María Rodríguez Román se

refieren específicamente al delito de malversación. En lo que ahora interesa, se considera en ellas que la condena del recurrente por dicho delito carece de todo fundamento.

El Partido Popular se opone a la estimación de la queja y destaca que la condena por el delito de malversación de caudales públicos obedece, entre otros aspectos, a que el actor intervino directa y materialmente en la fase de gestión de las ayudas pues, como director general del IFA/IDEA, suscribió varios convenios particulares que condujeron al resultado materialmente injusto de la concesión de las ayudas sin tramitación de expediente alguno.

El Ministerio Fiscal estima, por su parte, que no puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal, al no haberse realizado una interpretación ni irrazonable ni extensiva *in malam partem* que implique imprevisibilidad de la aplicación del art. 432 CP. Reprocha en particular al recurrente que, al formular esta concreta queja, haya omitido toda referencia a los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial que le atribuyen específicas actuaciones en el ejercicio del cargo de director del IFA/IDEA que, como la firma de los convenios particulares o el pago y consiguiente reflejo contable de las ayudas, pueden fundamentar sin dificultad, a juicio del Ministerio Fiscal, la subsunción hecha por los órganos judiciales.

La queja así delimitada opera en dos planos distintos pues, como se explicó al compendiar la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal (*vid. supra* FJ 3), el requisito de previsibilidad de la conducta penalmente sancionada se proyecta, por un lado, sobre la interpretación que los órganos judiciales realizan de la norma penal misma y, por otro, sobre la concreta operación de subsunción de los hechos declarados probados. El recurrente sostiene, como se ha expuesto, que la disposición de bienes públicos con omisión de formalidades y garantías legales no tiene cabida, en general, en el tipo de malversación del art. 432 CP y estima, al tiempo, que la subsunción de los hechos declarados probados en dicho precepto penal resulta, en todo caso, imprevisible. Nuestro análisis se estructurará examinando separadamente esos dos planos.

5.2 Enjuiciamiento de la queja en relación con el alcance de la interpretación del tipo penal.

El recurrente cuestiona, en primer lugar, la interpretación de la norma penal efectuada por las sentencias impugnadas en cuanto estas incluyen, en abstracto, dentro de la tipicidad del delito de malversación, la realización de actos de disposición con omisión total o generalizada de los controles y los procedimientos legamente establecidos, sin considerar necesaria la acreditación adicional de su aplicación concreta a un destino ajeno a fines que puedan considerarse públicos. Sobre esta primera vertiente de la queja han de hacerse las siguientes consideraciones:

a) No ha existido, en primer lugar, controversia alguna en el pleito *a quo* en torno a la norma penal aplicable, que es el art. 432.1 CP en la redacción dada a ese apartado por la propia Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre –redacción que actualmente no está en vigor, pues fue modificada, primero, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y más tarde por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre–.

El aludido precepto castiga, en la referida redacción, a la autoridad o funcionario público que «con ánimo de lucro, *sustrajere* o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones» (énfasis añadido). Tal descripción de la conducta típica responde a la estructura tradicional que, en nuestro Derecho, ha tenido el delito de malversación desde el Código penal de 1848, pues dicha infracción penal se ha configurado desde entonces, con la sola excepción de la citada reforma de la Ley Orgánica 1/2015, como «tipo de apoderamiento» que requiere la sustracción de un bien mueble con ánimo de lucro. No basta la gestión desleal del patrimonio público que da lugar a la irrogación de un perjuicio (como en el «tipo de daño» introducido por la citada Ley Orgánica 1/2015, de 30 de

marzo) sino que se requiere, tal y como alega el recurrente de amparo, la sustracción de los caudales como acto apropiativo.

No obstante, esa configuración estructural del delito de malversación como tipo de apoderamiento no implica, sin más, frente a lo que sostiene el actor en su demanda, que no sea constitucionalmente posible la subsunción en el art. 432 CP de una conducta que consiste en la realización de actos de disposición con apartamiento absoluto de los trámites y controles legalmente exigibles. Debe analizarse, para alcanzar una conclusión válida al respecto, la argumentación utilizada por las resoluciones impugnadas y contrastarla con las pautas exegéticas que fueron anticipadas en el fundamento jurídico 3, a propósito de la exposición de la doctrina de este tribunal sobre el derecho fundamental a la legalidad penal. Esto exige, en particular, verificar el respeto al tenor literal de la norma y la razonabilidad metodológica y axiológica de la interpretación efectuada por los órganos judiciales.

b) Las resoluciones impugnadas, en especial la sentencia casacional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, contienen una argumentación dirigida a justificar una interpretación del alcance del tipo penal según la cual la noción de sustracción resulta compatible con la disposición definitiva de los caudales en una situación de omisión absoluta de los trámites, controles y formas exigidas en el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo reconoce en su sentencia que la inclusión de esta clase de supuestos en la estructura apropiativa de la malversación de 1995 ofrece «mayores dificultades» que en el delito de administración desleal de patrimonio público introducido por la ya derogada Ley Orgánica 1/2015. Considera, pese a ello, que también puede entenderse, sin forzar el sentido literal posible de la norma y en coherencia con el bien jurídico protegido, que la sustracción requerida por el tipo penal se produce cuando «el caudal público [se] aparta definitivamente del patrimonio público desviándolo de las necesidades del servicio». Esto ocurriría, en todo caso, cuando los actos de disposición de los caudales públicos se realizan de forma «arbitraria» y «libérrima», como si se tratase de bienes pertenecientes a la autoridad que dispone de ellos, con completo apartamiento de los cauces, procedimientos y controles legalmente aplicables. Según razona el Tribunal Supremo, la autoridad o funcionario dispone, en ese tipo de supuestos, del dinero público «como si fuera propio». La finalidad pública, concluye la sentencia, «viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales», por lo que un incumplimiento «absoluto» de esas exigencias implica, en sí mismo, la sustracción a una finalidad legítima y, con ello, un acto dispositivo que conlleva una apropiación.

La resolución apoya estas consideraciones en su doctrina previa, citando varias sentencias [SSTS 908/2021, de 24 de noviembre (ECLI:ES:TS:2021:4385); 685/2021, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3357), y 606/2017, de 7 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3211)] en las que la esencia de la sustracción de los bienes a su finalidad pública radica en la realización del acto de disposición con omisión de todas las formalidades legalmente exigibles, que aseguran la sujeción del funcionario actuante al interés general.

c) El control que corresponde realizar a este tribunal de la interpretación que acaba de exponerse se circunscribe al examen de la razonabilidad de la motivación que la sustenta, pues no compete a la jurisdicción constitucional determinar la interpretación última de la norma penal, como tampoco dirimir la disyuntiva interpretativa que enfrenta la tesis del órgano judicial y la del recurrente.

Con esa premisa, en aplicación del triple parámetro de control de razonabilidad propio de art. 25.1 CE (*vid. supra* FJ 3), debe concluirse que la interpretación del delito de malversación contenida en las resoluciones impugnadas no vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

(i) No desborda, en primer lugar, el tenor literal del art. 432 CP la inclusión en el verbo típico «sustraer» de la acción que consiste en disponer de forma definitiva de los caudales o efectos en ausencia de toda finalidad pública. El Tribunal Supremo apoya, de hecho, esa comprensión del verbo rector del tipo en la definición del diccionario de la Real Academia Española, que incluye en su primera acepción las conductas de

«apartar» o «separar». Es claro que tales conductas de apartamiento o separación pueden ir referidas a las finalidades características del tipo de patrimonio (en este caso público) gestionado.

(ii) El Tribunal Supremo sustenta su interpretación, en el plano metodológico, en elementos normativos relevantes en la configuración del delito de malversación, como la ubicación sistemática del art. 432 CP o el sujeto activo. De dichos elementos infiere, sin incurrir en quiebras lógicas, que el tipo penal no solo protege la indemnidad del patrimonio público sino también el correcto funcionamiento de la actividad económica de las administraciones.

Subraya la sentencia casacional, en este punto, que el delito de malversación guarda una estrecha relación con «la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos» y con la garantía de «los deberes de fidelidad y transparencia» de los funcionarios. Desde tal orientación teleológica, estima, con amplia exposición de los precedentes jurisprudenciales, que la interpretación del delito de malversación se ha ido adaptando a formas cada vez más complejas de gestión del patrimonio público. No se apoya, en definitiva, la resolución casacional en pautas metodológicas que puedan considerarse lesivas del art. 25.1 CE.

(iii) Desde una perspectiva axiológica, la conexión que la sentencia del Tribunal Supremo establece entre la noción de «sustracción» y el manejo arbitrario de los fondos públicos resultante del incumplimiento absoluto de las normas de gestión y control aplicables tampoco resulta reprochable. La importancia que ha adquirido en la sociedad actual la lucha de los poderes públicos contra la corrupción permite concebir el bien jurídico protegido más allá de su dimensión patrimonial, conectándolo con la cláusula constitucional que exige a las autoridades y funcionarios que componen las administraciones públicas servir con objetividad (y no arbitrariamente) a la consecución de los intereses generales (art. 103 CE).

Ningún reproche puede hacerse, en suma, a las resoluciones impugnadas, desde la óptica del art. 25.1 CE, en lo que se refiere a la determinación del significado y alcance del delito del art. 432 CP, pues la interpretación cuestionada por el actor respeta el tenor literal de la norma y se apoya en una argumentación que, tanto metodológica como axiológicamente, resulta adecuada a las exigencias del derecho fundamental a la legalidad penal.

5.3 Enjuiciamiento de la queja en relación con la subsunción de los hechos probados en el delito de malversación.

En lo que se refiere al juicio de subsunción propiamente dicho, las conclusiones antes alcanzadas en el fundamento jurídico 4 en relación con el delito de prevaricación tienen influjo directo sobre la evaluación de la posible vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por el delito de malversación.

Hemos de distinguir, por tal razón: (A) la subsunción en el tipo penal de malversación de aquellos hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación en ejecución del programa 31L en el tiempo en el que el recurrente de amparo fue director del IFA/IDEA (desde el 17 de junio de 2004 hasta el 14 de mayo de 2008) y (B) la subsunción en el delito de malversación de las concretas aplicaciones, en el mismo periodo de tiempo, de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L.

A) Hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación en ejecución del programa 31L.

a) En lo que se refiere a la condena por malversación derivada de la gestión global llevada a cabo por el recurrente de amparo de los fondos correspondientes al programa 31L, han de hacerse las siguientes precisiones iniciales:

(i) La sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla declara probado [*vid.* más ampliamente *supra* FJ 2.4)] que el actor, en su condición de director

del IFA/IDEA, firmó más de cuarenta convenios con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis con cargo a la partida presupuestaria 440 del programa 31L.

También estima probado que el recurrente asistió con regularidad a las sesiones del consejo rector de la agencia IFA/IDEA. Le responsabiliza, igualmente, de la aprobación de las cuentas anuales en las que se recogían como «otros gastos de explotación» los importes que el IFA/IDEA recibía de la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas. También considera acreditado que dichas cuentas reflejaban esas operaciones como una actividad de mera intermediación conforme a la cual, y puesto que el IFA/IDEA solo procedía a efectuar los pagos, los importes que iban a percibirse de la Consejería de Empleo con cargo a la partida 440 (destinadas a materializar los pagos) se reflejaban como un activo y los compromisos de pago que después iba asumiendo el IFA/IDEA por orden de la citada consejería se reflejaban como un pasivo.

(ii) Tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Supremo estiman que esas actuaciones se efectuaban con la intención de sortear los diversos controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. Para la Audiencia Provincial, el actor, al actuar de ese modo, se representaba necesariamente la alta probabilidad de que los caudales gestionados se sustrajeran a su finalidad pública. Para el Tribunal Supremo, la finalidad última del recurrente de amparo (compartida por los demás condenados) era materializar una gestión de las ayudas «libérrima y arbitraria», situación que, como ya se ha explicado, el alto tribunal estima equivalente a la sustracción de los caudales a la consecución de cualquier finalidad que pueda considerarse pública.

(iii) En el fundamento relativo al juicio de autoría del recurrente de amparo, la sentencia de la Audiencia Provincial sostiene que las actuaciones que este realizó como director del IFA/IDEA supusieron una aportación esencial para la efectiva sustracción de los fondos públicos que estaban a su cargo. Según señala la Audiencia «sin la firma de los convenios, los delitos no se hubiesen podido cometer» (fundamento de Derecho 31, pág. 1069). Destaca la resolución que el recurrente de amparo «continuó con la firma de los convenios» pese a que tenía conocimiento: (1) de cómo estaba concediendo las ayudas la Dirección General de Trabajo (con omisión de fiscalización previa y prescindiendo «de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido»); (2) de la «indebida presupuestación de las transferencias de financiación», y (3) de «la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora» (fundamento 31, págs. 1068-1069). También considera una aportación esencial a la efectiva sustracción de los fondos públicos que el recurrente realizara pagos «tanto de convenios como de resoluciones, conociendo la ilegalidad de los mismos» (fundamento 31, pág. 1069).

b) Realizadas las precisiones anteriores sobre los hechos atribuidos al actor en las resoluciones impugnadas, hemos de determinar si la subsunción de tales hechos en un delito de malversación del art. 432 CP ha vulnerado el derecho del recurrente a la legalidad penal del art. 25.1 CE. Para enjuiciar este extremo, hemos de realizar las siguientes consideraciones:

(i) Las resoluciones impugnadas atribuyen las supuestas irregularidades cometidas por el actor a la ejecución de las determinaciones contenidas en el programa 31L, esto es, a los efectos jurídicos asociados a un determinado sistema de presupuestación que imponía una forma de gestión y control radicalmente distinta a la exigible en el ámbito de las subvenciones.

Según compendia la sentencia casacional, fue la utilización de un «indebido criterio de presupuestación» (concretamente, la inclusión de las ayudas sociolaborales en el programa 31L, correspondiente a las transferencias de financiación) lo que determinó: (1) que la Consejería de Empleo no tramitara los expedientes de concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis ante la Intervención de la Junta de Andalucía, porque los fondos para materializar dicha concesión habían sido transmitidos al IFA/IDEA; (2) que el IFA/IDEA tampoco tramitara expediente alguno, pues dicho ente no

concedía las ayudas, sino que simplemente procedía a su pago; (3) que los pagos no fueran sometidos a fiscalización previa, pues ese régimen de control no era aplicable a las transferencias de financiación, y (4) que los pagos se contabilizaran como gastos de explotación cuando, en realidad, no lo eran (fundamento de Derecho 37.2, pág. 349).

(ii) Hecha esta constatación, resulta de especial relevancia que el referido sistema de presupuestación, y en particular las transferencias de financiación comprendidas en la partida 440 del programa 31L, fuera aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía de los años 2002 a 2009, pues esa aprobación parlamentaria implica que las previsiones sobre la concesión y gestión de ayudas sociolaborales se incorporaron al ordenamiento jurídico como normas con rango de ley. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes de presupuestos en relación con el régimen de concesión y control financiero de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis (en concepto de «transferencias de financiación») no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales.

En particular, las leyes de presupuestos aprobadas en el período en el que el recurrente de amparo fue director de la agencia IFA/IDEA (2004-2008) contemplaban expresamente que dicha agencia procedería a la firma de convenios particulares con la Consejería de Empleo para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis y que el pago de dichas ayudas se materializaría mediante transferencias de financiación al IFA/IDEA, conductas estas (firma de convenios y pago de las ayudas) que son, precisamente, las que se atribuyen al recurrente de amparo a efectos de condenarle por el delito de malversación del art. 432.1 CP.

(iii) Con estas premisas, no puede estimarse en modo alguno previsible, desde la óptica propia del art. 25.1 CE, que una actuación de una autoridad o funcionario público que está amparada en las determinaciones contenidas en leyes de presupuestos aprobadas por un Parlamento pueda dar lugar a una condena penal por delito de malversación, por más que esas determinaciones impliquen la supresión de los controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. Nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por el delito de malversación, esto es, por la disposición ilícita de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida.

(iv) Es importante reseñar, finalmente, que para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía de los años 2002 a 2009 y las disposiciones previstas en otras normas de rango legal, como la Ley 5/1983, de 19 de julio, de hacienda pública de Andalucía, o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. Las sentencias de instancia y casación son claras al considerar que existe una correspondencia absoluta entre el sistema de presupuestación aprobado por las leyes presupuestarias y el consiguiente sistema global de gestión de los fondos públicos sin sujeción al régimen de las subvenciones, rechazando, en diversos pasajes, que uno y otro puedan ser desconectados, ya que son eslabones sucesivos en la materialización de una ilegalidad originaria, contenida en el sistema de presupuestación inicialmente establecido. Es esa tesis de los órganos judiciales la que es objeto de escrutinio en este recurso de amparo y la que conduce, como se ha expresado, a apreciar que se ha producido una subsunción completamente imprevisible en el delito de malversación. A ella, por tanto, ha de ceñirse nuestro enjuiciamiento.

La jurisdicción que nos corresponde ejercer en este proceso constitucional se circunscribe a la revisión de una condena penal desde la perspectiva tuitiva que es propia del derecho a la legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Basta, por ello, con constatar que las leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 –que no fueron impugnadas ni cuestionadas ante este tribunal– estaban en vigor y amparaban el modo

de gestión globalmente seguido por el recurrente de amparo en su calidad de director del IFA/IDEA.

En definitiva, la subsunción en el delito de malversación basada en el hecho de haber gestionado los fondos públicos recibidos para el pago de las ayudas sociolaborales según las determinaciones del programa 31L, resultaba manifiestamente imprevisible, pues se trataba de un sistema de gestión establecido por una ley que ni siquiera fue impugnada o cuestionada ante este tribunal. En todo caso, la responsabilidad política en la que se pueda incurrir por la gestión de los asuntos públicos es una cuestión ajena a esta jurisdicción.

Ha de estimarse, por ello, vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en lo que se refiere a la forma global de gestión que, en calidad de director del IFA/IDEA, el recurrente hizo de las ayudas sociolaborales a empresas contempladas en el programa 31L.

B) Hechos referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L.

La condena por malversación incluye una serie de conductas –algunas de las cuales se materializaron en el período de tiempo en que el recurrente fue director del IFA/IDEA– cuya ilicitud no obedece a la supresión de trámites y controles como consecuencia del sistema de presupuestación utilizado sino a dos factores diferentes: a) por una parte, a la concesión de las concretas ayudas del programa 31L, por parte de las autoridades de la Consejería de Empleo, en ausencia de todo fin público, cuestión de la que se ocupa el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de la Audiencia Provincial; y b) por otra, a la asignación de fondos públicos a fines distintos y ajenos a los recogidos para el programa 31L, concretamente en los supuestos especificados en la letra C) del hecho probado vigesimosegundo.

a) La Audiencia Provincial considera que las ayudas del programa 31L fueron concedidas por «los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo» (fundamento 45, pág. 1722) sin que concurriera «el fin público o social» que constituía su causa legítima. Distingue, en este punto, dos clases de ayudas: (i) las que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones derivadas de expedientes de regulación de empleo en situaciones de insolvencia de la empresa empleadora (beneficiaria de la ayuda) y (ii) las que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de los expedientes de regulación de empleo.

(i) En cuanto a las ayudas que tenían como finalidad cubrir los importes de las indemnizaciones por rescisión de la relación laboral en situaciones de ERE, la Audiencia Provincial estima que la Consejería de Empleo otorgó este tipo de ayudas sin comprobar que las empresas beneficiarias carecieran de capacidad económica para afrontar el pago de las indemnizaciones de los trabajadores afectados. La administración pública andaluza asumió, de ese modo, los costes de los expedientes de regulación de empleo de empresas sin determinar si estas eran solventes o no (fundamento de Derecho 45, pág. 1711), lo que «facilitaba a estas empresas la reducción de plantilla, sin el coste económico que ello conlleva», con «el consiguiente lucro para las mismas» (fundamento 45, pág. 1712).

(ii) En lo que respecta a las ayudas que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de expedientes de regulación de empleo, considera la sentencia de la Audiencia Provincial que «[u]na parte importante» de estas otras subvenciones carecían «de objeto concreto y claramente definido» (fundamento de Derecho 45, pág. 1714) y señala que se destinaron a «fines muy diversos» como pago de nóminas, deudas, gastos de primer establecimiento de la empresa, minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, cursos de alta dirección, indemnizaciones derivadas de despidos improcedentes o préstamos para pago de nóminas. Añade que estas ayudas se concedieron sin comprobar las

circunstancias del beneficiario, «especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta» (fundamento 45, pág. 1715).

Concluye la Audiencia Provincial que los fondos del programa 31L fueron, en todos estos casos, objeto de disposición para realizar pagos «completamente ajenos al interés público» (fundamento de Derecho 45, pág. 1720), lo que sintetiza señalando que tanto las ayudas concedidas para la cobertura de situaciones de ERE como las «restantes subvenciones» se otorgaron sin que se acreditara «la incapacidad de la empresa para hacer frente a los pagos», lo que «supone disponer de los fondos públicos para un fin ajeno al interés público» (fundamento 45, pág. 1721).

Como puede comprobarse, la ilicitud de estos actos de disposición de los fondos públicos del programa 31L trasciende la mera omisión de trámites y procedimientos propios de la normativa de las subvenciones y está asociada a la ausencia, en el momento de la concesión de las ayudas por parte de la Consejería de Empleo, de una causa legítima, concretamente de una situación de insolvencia de la empresa beneficiaria que justificase que fuera la administración pública andaluza, y no la propia empresa afectada, la que asumiera los pagos correspondientes.

Es claro que las leyes de presupuestos no legitimaban la disposición de los fondos presupuestados sin la concurrencia de los fines públicos propios de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, por lo que esta concreta forma de disposición de los caudales por parte de la Consejería de Empleo, asociada a la ausencia de causa justificativa, no está abarcada por los razonamientos relativos a la imprevisible subsunción en el delito de malversación de la forma global de gestión del programa 31L derivada del sistema de presupuestación utilizado [*vid. supra* FJ 5.3 A)].

b) Por su parte, en todos los casos comprendidos la letra C) del hecho probado vigesimosegundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, la carga de ilicitud que se atribuye a los actos de disposición tampoco está en la omisión de determinados controles o procedimientos propios del régimen de subvenciones sino en el apartamiento, en la concreta concesión de los fondos, de los fines públicos contemplados en las sucesivas leyes de presupuestos para el programa 31L. Estaríamos, por tanto, ante actos de disposición cuya ilicitud no se atribuye a la estricta aplicación del sistema de presupuestación establecido en las normas presupuestarias en vigor. Al contrario, se habrían realizado con apartamiento de los fines legítimos que dicho sistema de presupuestación contemplaba.

En relación con todos estos casos de disposición de fondos sin amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L, sea por ausencia o por desviación de su fin público, el recurrente de amparo nada alega en su demanda. El actor se limita a señalar en ella, en este concreto punto, que quedaron fuera del objeto de conocimiento de la llamada «pieza específica» todos los actos de disposición materializados con fondos públicos correspondientes al programa 31L. La realidad es, sin embargo, que (como se explica en el fundamento jurídico 2.2) se estableció expresamente que formaba parte del objeto de la «pieza específica» el enjuiciamiento de los concretos actos de disposición realizados por quienes desde sus cargos de responsabilidad política intervinieron en la fase de ejecución de las ayudas sociolaborales y, en particular, de quienes actuaron, como es el caso del actor, en calidad de directores del IFA/IDEA.

Constatado este extremo, es claro que el recurrente no ha desplegado argumentación alguna en relación con la relevancia penal de estos otros supuestos, en los que los fondos públicos fueron objeto de disposición en ausencia de fin público o al margen de los fines presupuestariamente previstos para el programa 31L. No ha aportado, en definitiva, ningún elemento de juicio que pueda llevarnos a considerar que la subsunción realizada por los órganos judiciales resulta, en estos casos, contraria a las exigencias del art. 25.1 CE. Ha de desestimarse, por ello, la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción en el delito de malversación de estas otras conductas.

6. Enjuiciamiento de la queja relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en relación con la condena por delito de malversación de caudales públicos respecto de las ayudas concedidas en ausencia de fin público y las partidas desviadas del programa presupuestario 31L declaradas en la sentencia de instancia.

6.1 Posiciones de las partes.

En el motivo cuarto de la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al considerar el demandante que no existe acervo probatorio suficiente para declarar su culpabilidad por el delito de malversación y al haberse realizado una valoración irracional, arbitraria e ilógica de la prueba practicada a fin de concluir la condena del recurrente.

Señala en este sentido que la sentencia condenatoria parte de la concepción de que todo aquel que hubiera tenido conocimiento de las irregularidades plasmadas en el informe adicional al informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2003 tenía dolo de malversar lo que, a su juicio, resulta una conclusión ilógica y arbitraria. Reclama que el Tribunal resuelva sobre la racionalidad de dicha aseveración y ello bajo la afirmación de que de la mera lectura del informe no cabe entender la asunción de eventualidad de que la Dirección General de Trabajo estuviera malversando fondos públicos.

Apoya esta conclusión en los siguientes elementos: (i) con posterioridad al informe adicional al informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2003 no se recabó ningún otro informe adicional, lo que lleva a concluir que las irregularidades ya habían sido subsanadas; (ii) las presuntas irregularidades puestas de relieve no describen la conducta de apropiación de los caudales públicos o el desvío de su finalidad del interés general; y (iii) no se apreciaron por los interventores indicios de riesgo o menoscabo de los fondos públicos ya que no se emitieron informes de actuación.

La representación procesal del Partido Popular rebate este motivo argumentando que la prueba se valoró de forma racional y motivada y que la condena no se basa únicamente en el conocimiento del contenido del informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003 emitido por la Intervención de control financiero permanente del IFA/IDEA, porque concurren otros elementos de valor incriminatorio identificados igualmente en la sentencia de instancia, entre ellos: la firma de los convenios particulares que instrumentaron las ayudas, las competencias que ejerció como director de la citada agencia, la indebida contabilización de estos pagos como gastos de explotación propios de la agencia, las «salvedades por incertidumbre» que se hacían en los informes de auditoría externa ante los descubiertos que se iban generando en las cuentas de la agencia y las observaciones sobre la inadecuación de la aplicación presupuestaria verificadas por un vocal en el consejo rector del IFA/IDEA celebrado el 18 de octubre de 2005.

Por su parte, el Ministerio Fiscal resume la doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia y a continuación procede a extraer los elementos fácticos contenidos en las sentencias de instancia y de casación rebatiendo las alegaciones efectuadas por el demandante sobre que la condena se funda, única y exclusivamente, en el conocimiento del informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003. En este sentido, afirma que los argumentos empleados en la sentencia de casación para confirmar la validez de la condena por delito de malversación no orbitan en solitario sobre aquel extremo sino, también, sobre el conocimiento que tenía el demandante de la ilegalidad misma del sistema de concesión de ayudas que se deduce «de los informes de cumplimiento formulados por la Intervención en años sucesivos, de su participación en las sesiones del consejo rector donde se trataban las cuestiones sobre el abono de las subvenciones, y la carta que dirigió al director general de Trabajo y Seguridad Social poniendo de manifiesto las situaciones de descubierto por falta de traspaso de fondos suficientes para efectuar los pagos comprometidos mediante la firma de los convenios particulares». Por ello, rechaza la existencia de vacío probatorio y la ausencia de motivación que se denuncia.

6.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales.

Como se ha expuesto *supra*, la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que el actor suscribió con la Dirección General de Trabajo más de cuarenta convenios particulares para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis con fondos procedentes de transferencias de financiación y que actuó con conocimiento de la eventualidad de que los mismos fueran desviados de toda finalidad pública por la falta de los controles que caracterizaban el procedimiento de concesión.

La sentencia del Tribunal Supremo declara que este relato fáctico basta para justificar la aplicación del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP (fundamentos de Derecho 139 y 140) y que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque es fruto de una valoración debidamente motivada de las pruebas practicadas (fundamentos 140 y 141). Considera que la defensa del actor «prescinde por completo del relato de hechos probados en el que se describe, de forma pormenorizada y exhaustiva, el procedimiento ilegal de concesión de las ayudas que se instauró a partir del ejercicio 2000 y en el que intervino directa y materialmente el acusado como director general del IFA/IDEA suscribiendo los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, pese a conocer que no se seguía procedimiento alguno, que los expedientes no eran fiscalizados ni en la Consejería de Empleo, ni en la entidad pública porque dichos expedientes quedaban depositados en la Consejería, que no contenían solicitud, memoria económica, requisitos o justificación de la finalidad pública de la ayuda, que el IFA actuaba indebidamente como entidad colaboradora y que se estaba generando un déficit presupuestario por asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria».

De hecho, la propia sentencia de casación, a la hora de dar adecuada respuesta a los argumentos de la defensa en cuanto a la ausencia de prueba respecto al debido conocimiento de los actos de disposición que integran el delito de malversación, se remite a sus propios fundamentos jurídicos tercero y trigésimo noveno que afirma que «la conducta ilícita abarca la totalidad de las ayudas sociolaborales y demás subvenciones identificadas en la sentencia por las correspondientes partidas presupuestarias» sin perjuicio, claro está, de otorgar este carácter ilícito también a concretas disposiciones «destinadas a fines distintos y ajenos a los mencionados en las concretas partidas presupuestarias» (sentencia del Tribunal Supremo, pág. 1042).

Así viene afirmado también en la página 1045 al consignarse que, como señalaba la sentencia de instancia (fundamento de Derecho 47), el señor Serrano Aguilar fue condenado por «asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» siendo que «su actuación formó parte de un sistema en el que el pago de las ayudas era el último eslabón, pero ese pago era necesario, por lo que, sabiendo cómo se estaban gestionando las ayudas, pudo y debió impedirlo, negándose a firmar los convenios particulares que le pasaban a la firma y no permitiendo que la agencia de la que era director actuara como entidad colaboradora, dando cobertura al pago de las ayudas sin control y sin siquiera bases reguladoras». En definitiva, para las resoluciones judiciales impugnadas, el demandante formaba parte del «engranaje» destinado al uso ilegal de las transferencias de financiación lo que lleva a afirmar el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba concluyendo que el recurrente participó de forma consciente en la totalidad de los hechos expuestos en el *factum* de la sentencia a él atribuidos al resultar acreditados por prueba suficiente al efecto y, por tanto, que ninguna vulneración de su derecho a la presunción de inocencia se ha producido.

6.3 Doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Antes de abordar las concretas quejas alegadas por el demandante de amparo en relación con este motivo, conviene traer a colación, al menos resumidamente, la doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) tal y como ha sido fijada por este tribunal.

Al respecto hemos consignado reiteradamente que este derecho queda configurado como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas (STC 31/1981, de 28 de julio), de tal manera que toda sentencia condenatoria ha de estar fundada en «una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado» (STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 8). Esta idoneidad incriminatoria, además, «debe ser no solo apreciada por el juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la *ratio decidendi* de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas)» (STC 105/2016, *ibidem*).

Igualmente se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano. En relación con esta concreta cuestión, la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 8, ya señalaba que «a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)».

La importancia de la motivación de la sentencia condenatoria ya venía remarcada en la STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, donde se afirmaba que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. De esta manera, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que «uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 5).

La motivación de las sentencias penales es siempre exigible ex art. 120.3 CE, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante, en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales –y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a

la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal— la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello se refuerza el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia. Particularmente, en el plano fáctico, la sentencia penal condenatoria ha de exteriorizar en su razonamiento las pruebas relevantes tomadas en consideración y la existencia de una conexión fundada entre las pruebas y la declaración de hechos probados; conexión que debe ser aplicación razonada de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, de modo que sea posible realizar un juicio externo sobre las que llevan al juzgador a considerar alcanzada la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable [por todas, STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 4 b)].

Es, precisamente, la motivación de la resolución que declara la culpabilidad y responsabilidad de una persona la que se encuentra sometida al control de este tribunal. Así, hemos afirmado en numerosas ocasiones la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. Esta conclusión se ha fundamentado en dos razones de diferente índole: (i) por un lado, en que la Constitución no atribuye esa tarea de valoración a este tribunal, que no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, y (ii) por otro, en que el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria (STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 5). De esta manera, «solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Este mismo canon se extiende a los supuestos de prueba indiciaria donde la supervisión de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el control de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzca naturalmente a él, como desde la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 6; 142/2012, de 2 de julio, FJ 5, y 46/2022, de 24 de marzo, FJ 10.1).

En conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, y función de este tribunal comprobar la coherencia de dicha motivación a través de una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 67/2021, de 17 de marzo, FJ 3). Este control no es posible si los órganos judiciales descuidan su deber, lo que nos ha llegado a exigir que «deba asegurarse estrictamente la garantía formal de que el razonamiento efectuado por el tribunal conste expresamente en la sentencia, ya que solo así podrá verificarse si aquel formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 117/2000, de 5 de mayo, FJ 3, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) y que ninguno de los elementos constitutivos de delito se ha[ya] presumido en contra del acusado» (STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

6.4 Enjuiciamiento de la queja.

En el análisis de este motivo es preciso partir de una premisa básica: que la declarada vulneración del derecho a la legalidad penal ex art. 25.1 CE, por integrarse en

los títulos de prevaricación y malversación de los arts. 404 y 432 CP la gestión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis desde la agencia IFA/IDEA, en ejercicios presupuestarios en los que dicho procedimiento tenía respaldo legal (*vid. supra* FFJJ 4 y 5) obliga a delimitar el análisis de la participación del demandante en dicho procedimiento desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). No obstante, aun esclarecido que la condena vinculada a la forma global de gestión del programa 31L es inconciliable con el derecho a la legalidad penal, resta un sustrato fáctico que no quedaría afectado por dicho reparo constitucional: nos referimos a las disposiciones de fondos efectivamente realizadas desde la Consejería de Empleo en ausencia de fin público y a las disposiciones enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigésimo segundo, donde se hace constar que algunos fondos del programa 31L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo. Esta posibilidad de pervivencia de la condena por malversación exige, sin embargo, una cuidadosa verificación de que la sentencia de instancia proporciona, por sí misma, sin necesidad de integración o reelaboración alguna, motivos suficientes para considerar acreditada, con el grado de certeza que la doctrina constitucional exige para enervar la presunción de inocencia, la participación personal del demandante de amparo en la realización de tales disposiciones.

Consecuentemente, el control externo que este tribunal debe realizar, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, de la existencia de un engarce lógico y reconocible entre el resultado de la prueba y el relato fáctico que le sirve de sustrato, demanda, en un caso como el presente, orientar el foco de control en la concurrencia en la sentencia de instancia de elementos fácticos y argumentales de una precisión suficiente para justificar la atribución personal al demandante de amparo, don Miguel Ángel Serrano Aguilar, de todos o de algunos de los desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en los programas presupuestarios en el tiempo en el que ejerció el cargo de director general de la agencia IFA/IDEA, esto es, desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008.

Acotado este sustrato fáctico, en virtud del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, es deber de este tribunal comprobar si, de acuerdo con su fundamentación jurídica, se ha motivado suficientemente, y conforme a criterios racionales y lógicos, el engarce necesario entre las conductas anteriormente expuestas y la participación del demandante de amparo, entendiendo que ello solo se producirá cuando se realice de un modo «coherente, lógico y racional, entendida la racionalidad, por supuesto, no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (STC 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 2).

Y ello porque, como ya se ha explicitado anteriormente, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que «uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del *iter* que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio» (STC 245/2007, 10 de diciembre, FJ 5) no siendo, por lo tanto, misión de este tribunal «revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este tribunal una tercera instancia» (STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

La motivación efectuada en la sentencia de instancia para concretar la participación en los hechos del señor Serrano Aguilar (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 31, págs. 1048 a 1079) va dirigida claramente a constatar que intervino en el engranaje dirigido al abono de subvenciones a través del uso de las transferencias de financiación, pero en ningún caso a probar que hizo un uso desviado de fondos del

programa 31L por disponer de ellos sin atender a un fin público o para fines distintos y ajenos a los previstos en dicho programa.

En efecto, así aparece recogido a lo largo del citado fundamento jurídico donde se expone con gran profusión que el demandante, como director general del IFA/IDEA, «firmó más de cuarenta convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social» y que «[e]ra responsable de formular las cuentas anuales [...]. En ellas se recogía el modo en el que la agencia contabilizaba presupuestariamente las transferencias de financiación. Siguiendo el sistema ya utilizado antes de su llegada, incluyendo los pagos derivados de los convenios particulares, cuyo importe llegaba vía transferencia de financiación, en el apartado "otros gastos de explotación"» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 31, pág. 1058). La resolución añade que era conocedor de los informes de auditoría externa y del descubierto existente por los compromisos asumidos por el propio IFA/IDEA a raíz de la suscripción de los convenios particulares siendo dicho conocimiento acreditado no solo de su propia posición dentro del IFA/IDEA sino, también, a través de una carta que el recurrente dirigió al entonces director general de Trabajo, don Francisco Javier Guerrero, exigiendo que se pusiera una solución al problema derivado del déficit.

Continúa la resolución consignando que el conocimiento que tuvo el demandante del informe adicional al informe definitivo de cumplimiento del ejercicio 2003 –así como otros posteriores informes de control financiero permanente del IFA/IDEA– acredita la plena consciencia por parte del encausado del indebido uso del instrumento «transferencias de financiación» y de cómo se estaban concediendo las ayudas por la Dirección General de Trabajo sin el debido procedimiento administrativo previo de control, a pesar de lo cual continuó con la firma de los convenios.

Sin embargo, la profundidad del análisis de la prueba que las resoluciones impugnadas efectúan respecto al conocimiento y participación del señor Serrano Aguilar en la ejecución de un indebido sistema de presupuestación para la concesión de ayudas sociolaborales no aparece detallado con la misma exhaustividad a la hora de motivar la posible participación de aquel en la asignación de fondos del programa 31L en ausencia de interés público o a fines ajenos a los recogidos en los propios programas presupuestarios [disposiciones contenidas en el hecho probado vigésimo segundo, apartado C), de la sentencia de instancia].

En este sentido, la resolución de instancia no desarrolla un mínimo juicio de autoría que permita determinar si el señor Serrano Aguilar tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos. Tampoco describe la sentencia alguna modalidad de acuerdo o adhesión del encausado a un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades siendo que, como ya hemos señalado, toda la motivación efectuada respecto al demandante va dirigida a acreditar su participación en el uso del instrumento presupuestario de las transferencias de financiación para la concesión de ayudas sociolaborales.

Resulta especialmente relevante la argumentación relativa al elemento subjetivo, ya que la conducta malversadora no puede provenir del uso de un procedimiento de presupuestación que contempla el pago de ayudas a través de las transferencias de financiación y la firma de convenios, amparado por la ley, sino, en su caso, de la disposición de los fondos presupuestados para fines no previstos en el programa o incluso carentes de tal interés público. El elemento subjetivo del injusto debe proyectarse sobre esas concretas disposiciones.

El juicio de inferencia del dolo de malversar realizado en la sentencia de instancia parte de dos elementos:

(i) Los informes de control financiero permanente de la agencia IFA/IDEA, elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y entre ellos, de manera determinante, el informe adicional (anexo III) al informe de cumplimiento de 2003 («informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo

Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social»), argumentando que «[d]e esta disposición de fondos públicos participaron de forma activa desde el ejercicio 2000 hasta el 2009, los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo» y también los «otros acusados, por realizar las conductas descritas en los hechos probados, conociendo las aludidas deficiencias a través de los informes de control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía» [sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 45.4 D), pág. 1722].

(ii) El déficit generado en la Consejería de Empleo y en la agencia IFA/IDEA como consecuencia de la aplicación de este sistema de gestión de ayudas, que lleva a apreciar en los condenados por malversación «una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación» en virtud de «la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización» [sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 45.4 M), pág. 1732].

Ese juicio de inferencia, sin embargo, no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el señor Serrano Aguilar hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de alguna o algunas de las disposiciones de fondos ajenas a la cobertura presupuestaria. Cierto es que, a través de los informes de control financiero y, particularmente, a través del informe adicional al informe de cumplimiento del año 2003 (notificado en 2005), tuvo conocimiento de que las ayudas no se sujetaban a los requisitos del procedimiento aplicable a las subvenciones excepcionales –y que a partir de ese conocimiento es razonable concluir que se representó los riesgos de desvío que esa minoración de controles podría generar–. Ahora bien, este riesgo era inherente al sistema de presupuestación legalmente establecido. Por ello, para apreciar que el señor Serrano Aguilar incurrió en las conductas que se le imputan no basta con poner de manifiesto que las ayudas concedidas no se ajustaban al procedimiento subvencional (conducta que estaba amparada en lo dispuesto en las leyes de presupuestos), sino que es preciso acreditar que participó activa u omisivamente con conocimiento de que los fondos públicos del programa 31L se estaban concediendo sin que existiera un fin público que justificara su concesión o para fines distintos de los previstos en dicho programa 31L.

Hemos de considerar, en definitiva, para situar en sus justos términos la fuerza probatoria de los mismos, que los informes de la Intervención de la Junta de Andalucía que se hicieron llegar a varios de los condenados, entre ellos al señor Serrano Aguilar, rebaten la validez del concepto de transferencias de financiación al IFA/IDEA como instrumento presupuestario para gestionar subvenciones excepcionales al margen de su procedimiento propio, pero no advierten de que se hubieran producido actos de disposición ajenos a dicha cobertura.

En particular, el informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003, al que las resoluciones judiciales otorgan una importancia decisiva en la formación de su convicción, recoge el análisis específico que el interventor general de la Junta de Andalucía, don Manuel Gómez Martínez, acusado y absuelto en la causa, encargó a la interventora doña Rosario Lobo, que se hiciera sobre una muestra de veinte convenios particulares, seleccionados de entre los 144 convenios que se suscribieron entre los años 2001 a 2004 –por lo tanto, con cargo a fondos de los programas 22E y 31L–. Los convenios fueron remitidos por la Dirección General de Trabajo, y el informe de la Intervención concluye que todos ellos presentaban las mismas deficiencias, sirviendo de muestra el convenio suscrito con la empresa Hytasal, en el que se detectan, entre otras, las siguientes deficiencias: «[i]mputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 –transferencias al IFA– sino el 47 o 48, según el beneficiario. [...] No consta solicitud presentada por los interesados. [...] 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 se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de

sus representantes. [...] No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse. [...] No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía». En el texto del «Protocolo de colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de la Junta de Andalucía e Hytasal», que operaba como instrumento jurídico de concesión de la ayuda, la Intervención detecta también irregularidades, como: «No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo. [...] No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual [...]. No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono. [...] No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda. [...] Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de estas. [...] No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500 000 euros. [...] Se ha omitido la fiscalización previa. [...] El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10 285 137,38 euros, en lugar de 10 500 000,00 euros».

La conclusión es la siguiente: «Vistas las anteriores deficiencias se puede concluir que la citada Dirección General ha tramitado subvenciones excepcionales prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento administrativo establecido. Dado que las deficiencias que presentan los expedientes son comunes a la práctica totalidad de los examinados existen dudas razonables sobre la correcta tramitación del resto de los expedientes no seleccionados» (sentencia de la Audiencia Provincial, hecho probado noveno, págs. 64 a 67).

La sentencia de instancia valora, asimismo, la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que elaboraron el informe que se incorporó a la causa. La sentencia dice que «[p]reguntados a este respecto, en las sesiones del juicio, los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, únicos que han visto todos y cada uno de los 270 expedientes de ayudas derivados del programa 22E y 31L, confirmaron que todas y cada una de las deficiencias transcritas en el informe de Hytasal, son plenamente extensibles no solo a la muestra de veinte, sino a todos y cada uno de los 270 expedientes que ellos han analizado, con la matización de las diferencias básicas entre ayudas sociolaborales, con suscripción de pólizas de renta colectiva y ayudas a empresas en crisis». Añade que «[l]os dieciocho puntos ya reseñados, expuestos por la interventora señora Lobo, facilitan de manera evidente el poder afirmar que no se siguió procedimiento administrativo alguno, faltando los requisitos más elementales en la tramitación de cualquier subvención, destacando la interventora la imputación presupuestaria inadecuada, pues no se debe utilizar el artículo 440 transferencias al IFA, sino el 47 o el 48, según el beneficiario. En relación con la opacidad del sistema, confirma el informe de la interventora que la subvención no se ha incluido en la base de datos, ni consta que convenio particular alguno haya sido previamente informado por el letrado del Gabinete Jurídico, adscrito en la Consejería de Empleo, como era preceptivo» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 4, págs. 264 y 265).

El contenido de estos informes permite inferir de manera razonable que sus destinatarios eran conscientes de que dichas aplicaciones presupuestarias permitían destinar fondos públicos al pago de ayudas sin cumplir el régimen propio de las subvenciones, pero no advertían de que se hubieran materializado pagos al margen de su cobertura, frente a lo que sostiene la sentencia de la Audiencia Provincial (fundamento de Derecho 45, pág. 1721) y como implícitamente viene a reconocer la sentencia de casación al afirmar que «el contenido del informe [adicional al de cumplimiento de 2003] no anuncia las consecuencias que se podían producir» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 63.2, pág. 519).

En definitiva, los informes de la Intervención que la sentencia de instancia analiza como medio de prueba acreditativo del tipo subjetivo de la malversación no llegan a demostrar que el señor Serrano Aguilar hubiera realizado los hechos que se le atribuyen (la firma de los convenios particulares) con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública. No es posible afirmar, por lo tanto, sin incurrir en una inferencia excesivamente abierta, que se representó, con el grado de concreción que demanda la imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo que aparecen descritas en el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia. Tampoco es un dato concluyente que tuviera conocimiento del déficit contable que se producía en la agencia IDEA pues el mismo era una consecuencia asociada al sistema de presupuestación y gestión de las transferencias de financiación determinado en las leyes de presupuestos.

Ello no quiere decir, en modo alguno, que no existan en la causa elementos que hubieran podido servir de punto de partida para fundar un juicio de inferencia que pudiera haber llevado a esa conclusión –cuestión sobre la que a este tribunal no le corresponde pronunciarse–, sino, sencillamente, que la sentencia no ha completado el razonamiento capaz de trazar la vinculación entre los convenios suscritos por el demandante, a los que se refiere el relato de hechos probados, sin mayor especificación de su contenido y contexto, con las desviaciones expuestas en otro apartado del mismo relato de hechos probados, razonamiento que es necesario para satisfacer el canon de motivación reforzada exigible a una sentencia condenatoria desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y de los derechos fundamentales concernidos por las penas impuestas.

La resolución judicial de instancia (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 22, pág. 696) atribuye directamente dicho desvío de fondos a los responsables de la Consejería de Empleo señalando que «[s]in el mecanismo ya descrito hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través del IFA/IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del correspondiente expediente, que permitiese acreditar, no ya solo el fin público o social del destino de las cantidades concedidas, sino que, acreditado este, se hubieran aplicado los fondos al mismo». Esta fundamentación se repite a lo largo de la sentencia de instancia, como en el fundamento de Derecho 9 o el fundamento de Derecho 35, pág. 1261, donde se afirma que «[a] pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, lo cierto es que los responsables de la Consejería de Empleo utilizaron estos fondos para fines completamente ajenos. Y así, a simple modo de ejemplo, se encuentra que 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». Asimismo, en el fundamento de Derecho 45, donde se concluye que se hicieron pagos completamente ajenos al interés público, «[c]omo son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución», a empresas que no habían acreditado su falta de capacidad económica, sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, o incluyendo beneficiarios que no pertenecían a las mismas. Sin embargo, como ya se ha indicado, ninguna argumentación se realiza a lo largo de estos fundamentos jurídicos dirigida a explicitar la participación del demandante de amparo en la ejecución de este tipo de actos, los elementos probatorios de los que se deduciría dicha participación, así como la posible concurrencia del elemento subjetivo del injusto.

Consecuentemente, y desde la perspectiva del análisis efectuado en las resoluciones judiciales impugnadas, no se considera mínimamente motivado que el señor Serrano Aguilar hubiera realizado los hechos que la sentencia declara probados –la firma de convenios particulares– con conocimiento de que la Consejería de Empleo concedía ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L, y consiguientemente con representación del riesgo concreto de que dicha situación se pudiera reproducir, lo que permite concluir que su presunción de inocencia no ha sido respetada por los órganos judiciales que la condenaron y que desestimaron el recurso de casación subsiguientemente interpuesto y debe llevar a la estimación del amparo respecto a este motivo.

La estimación de esta queja, bastante para declarar la nulidad de la condena por delito de malversación, hace innecesario pronunciarse sobre el segundo motivo de amparo, en el que se achaca al Tribunal Supremo haber incurrido en una nueva vulneración del mismo derecho a la presunción de inocencia por haber introducido elementos fácticos que no aparecían en la sentencia de la Audiencia Provincial con el fin de justificar la concurrencia en el demandante de amparo de una intencionalidad, o dolo directo de malversar, que la sentencia de instancia no apreció. Constituye una queja distinta la relativa a las vulneraciones atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación, lo que se abordará a continuación.

7. Vulneraciones atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación.

7.1 Exposición de la queja del recurrente, de las posiciones de las partes personadas y del pronunciamiento del Tribunal Supremo.

El primer motivo de la demanda denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), del derecho al honor (art. 18.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esa plural denuncia se vincula con la comunicación pública por parte del Tribunal Supremo del fallo condenatorio mediante providencia de 26 de julio de 2022, casi dos meses antes de la notificación de la sentencia que desestimó el recurso de casación. Se alega en primer lugar que, al anunciar ese día que sería condenado «sin que de manera real lo hubiere sido toda vez que, hasta la firma y publicación de la sentencia en septiembre de 2022, no se quebró la presunción de inocencia», el Tribunal Supremo presentó al recurrente como culpable cuando aún gozaba de la condición de inocente y así lo mantuvo hasta el 13 de septiembre de 2022. Esa actuación desconocería la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia [art. 6.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)], así como la del Tribunal Constitucional, que protege esa faceta en el marco del derecho al honor y no como vertiente del derecho tutelado en el art. 24.2 CE (STC 133/2018, de 13 de diciembre).

Se aduce en segundo lugar que el señalamiento como culpable por parte del poder público sin dar razón de los motivos de ello vulnera la garantía procesal como parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, ya que la sentencia debe notificarse en su integridad y en unidad de acto (arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266, 270 y ss. LOPJ), generando indefensión pues, al ser objeto de inmediata difusión masiva, el demandante careció de cualquier posible reacción. A su entender, las lesiones reseñadas no podrían justificarse con el argumento de la «relevancia pública del caso» esgrimido en el comunicado del órgano judicial, interés que en absoluto sería parangonable a los derechos fundamentales sacrificados. Ante la imposibilidad de reparar la lesión denunciada mediante la restitución del derecho que advierte el recurrente, la conclusión es que solo podrá venir de la mano de una indemnización sustitutoria por los daños y perjuicios desencadenados, de modo que la declaración de la vulneración abrirá la vía para el ejercicio de las acciones oportunas para reclamar la indemnización.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes, el Partido Popular acoge los argumentos vertidos en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones para rechazar el motivo.

La fiscal solicita asimismo la desestimación de esta queja en aplicación de la doctrina constitucional (reproduce extractos de las SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4, y 77/2023, de 20 de junio, FJ 5). Argumenta que «la providencia se dicta por el órgano jurisdiccional que ya ha dictado un fallo respecto del hoy recurrente, confirmando la sentencia condenatoria» y que «[l]a presunción de inocencia en el ámbito procesal queda enervada mediante el dictado de una sentencia firme en la que se realice un pronunciamiento de condena», como son las sentencias de casación. En este caso, advierte, la sentencia «ya ha sido dictada tras alcanzar la mayoría de votos que requiere la ley, según se dispone en el art. 255 de la LOPJ, y la publicación únicamente ha de esperar a la redacción del voto particular que ha sido anunciado por dos miembros del tribunal en el momento de la votación, una vez concluida la deliberación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 260.2 también de la LOPJ, que establece que el voto particular debe notificarse de manera simultánea con la sentencia, es por tanto preceptivo esperar a la redacción del voto particular, lo que provoca el retraso que determina la decisión de anticipar el contenido del fallo». Respecto a esta actuación considera que, si bien la normativa citada por el Tribunal Supremo para justificar la comunicación se refiere a supuestos diferentes y no se puede aplicar al presente, la ponderación efectuada para justificar el anticipo del fallo es adecuada, por cuanto atiende al interés de la difusión de una noticia con relevancia pública con referencia a un proceso de gran repercusión social y mediática, sin que se hayan vulnerado los derechos a la presunción de inocencia como regla de tratamiento y al honor del recurrente.

En el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente se formularon quejas análogas que fueron descartadas en el fundamento de Derecho 41 del auto del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2023 por remisión a lo respondido a otro recurrente en el fundamento de Derecho 2 de dicho auto. En él se parte de distinguir el contenido necesario de una sentencia, su notificación y la publicación anticipada del fallo, para subrayar (i) que esta última es una actuación no prevista en la ley, pero tampoco prohibida y prevista para determinadas resoluciones; (ii) que se viene realizando con habitualidad por las distintas salas del Tribunal Supremo en atención a la demanda de noticias por la sociedad y para evitar los efectos perniciosos de la falta de publicidad, como las filtraciones; (iii) que la sentencia ya había sido deliberada y el texto estaba concluso a falta de los votos particulares; (iv) que la «publicación anticipada del fallo, con una sucinta motivación, que se limitó a dar noticia de un hecho relevante, cierto y de naturaleza procesal, no puede equipararse a una condena pública sin motivación»; y (v) que la comunicación pública de un hecho de indudable relevancia informativa «se hizo ponderando otros derechos como el de libre comunicación y recepción de información de los ciudadanos».

A la vista del contenido de este motivo de la demanda de amparo, su examen debe escindirse en dos, de conformidad con la argumentación de una doble lesión, la del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal y la de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

7.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal.

7.2.1 Doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia extraprocésal.

A) Doctrina constitucional.

La doctrina constitucional, aunque reconoció tempranamente como contenido del derecho a la presunción de inocencia el derecho a ser tratado como inocente hasta que exista una condena respetuosa de las exigencias constitucionales y legales (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1), limitó el ámbito de aplicación de la regla de

tratamiento como exigencia del art. 24.2 CE a los procesos penales en curso y a determinadas actuaciones procesales efectuadas por los órganos judiciales. Esa regla de tratamiento ha operado de forma señalada en el marco de las decisiones sobre prisión preventiva, donde se excluye la posibilidad de fundamentar la medida cautelar personal en argumentos atinentes a la culpabilidad del sujeto, que convertirían la prisión preventiva en una pena anticipada respecto de un inocente [SSTC 57/2008, de 28 de abril, FJ 5; 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; 30/2019, de 28 de febrero, FJ 3 c), o 5/2020, de 15 de enero, FJ 11]. En esta línea, más recientemente el Tribunal ha considerado asimismo contraria al derecho a la presunción de inocencia la inclusión de la cuantía de la pena de multa interesada por la acusación en el importe de la fianza impuesta al acusado por cuanto «anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia» (STC 69/2023, de 19 de junio, FJ 3).

Fuera de estos contornos, el Tribunal vino negando a esta «dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia» la consideración de «derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 de la Constitución» [así, por primera vez en la STC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, o últimamente en la STC 133/2018, de 13 de diciembre, FJ 4 a)]. Y ello a pesar de entender que «el derecho a la presunción de inocencia opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a estos, sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo (SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, y 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2)» [STC 133/2018, FJ 4 a)]. A la lesión del derecho al honor (art. 18 CE) se ha reconducido el examen cuando se alega la vulneración del derecho a ser tratado como no autor o partícipe en hechos delictivos en decisiones judiciales fuera del proceso penal, por ejemplo, al apreciar una cuestión prejudicial penal en la jurisdicción civil (STC 166/1995, FJ 3) o al examinar las conclusiones de una comisión de investigación parlamentaria (STC 133/2018, FJ 4). Pero también cuando se enjuician manifestaciones del poder público realizadas al margen de un proceso, como las manifestaciones a la prensa de un gobernador civil que atribuyen a un detenido la pertenencia al comando terrorista que se dice autor de un atentado (STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2) o las declaraciones de diversas personas con responsabilidades gubernamentales que atribuyen la comisión de delitos a políticos catalanes (por todas, STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 8.3).

Como pone de relieve la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 5 a), a partir de las sentencias dictadas por el Tribunal en relación con la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva (SSTC 8/2017, de 19 de enero; 10/2017, de 30 de enero, y 85/2019, de 19 de junio), la doctrina constitucional empieza a dotar de autonomía a la dimensión del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento y a proyectarla más allá del estricto proceso penal; y con ello, aproxima esa exigencia a su entendimiento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tanto en dichas resoluciones como en la STC 97/2020, de 21 de julio, en la que se dirime la posible afectación de la regla de tratamiento por la aplicación del art. 384 bis LECrim por las autoridades parlamentarias, se consolida el contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento que, en consonancia con los pronunciamientos sobre el art. 6.2 CEDH, impide tener por culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo, bien porque no fue condenado en el proceso penal, bien porque todavía no ha habido o no ha culminado el proceso penal; y la consideración de que ese contenido se sitúa y se examina con carácter autónomo en sede de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), desligado del derecho al honor (art. 18 CE).

La citada STC 77/2023, atinente a las conclusiones del dictamen de una comisión de investigación parlamentaria, avanza definitivamente en la doctrina constitucional sobre la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia para reconocer de

manera expresa a ese contenido carácter autónomo en sede de presunción de inocencia y perfilar el parámetro de control constitucional. En su fundamento jurídico 6:

(i) Afirma la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que «tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad vertidas por la autoridad pública en aquellos casos en que no concurren los requisitos formales y materiales exigibles en un Estado de Derecho para realizar tal aseveración».

(ii) Especifica que ese contenido «impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración», así como imputar «ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías».

(iii) En sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fija que la lesión del derecho «queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un "estado de sospecha" sino que vayan más allá, reflejando "la sensación de que la persona en cuestión es culpable", siendo indiferente si se produce con anterioridad a la condena o con posterioridad a la absolución».

B) Algunos aspectos relevantes de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentado lo anterior y en atención a la importancia que en la conformación del contenido *iusfundamental* examinado ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 6.2 CEDH, resulta conveniente tener en cuenta algunas manifestaciones de dicha doctrina para dilucidar la vulneración aducida en la demanda.

a) En primer lugar, el Tribunal Europeo sitúa en la presunción de inocencia como garantía procesal las declaraciones previas a una condena penal que puedan dar la impresión de que la persona es culpable, acompañando a otros elementos relativos a la carga de la prueba, las presunciones legales sobre los hechos y el Derecho, el derecho a no declarar contra uno mismo o la publicidad antes del proceso. Considera así que, «[e]ntendido como una garantía procesal en el contexto de un proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia establece algunas exigencias y límites en cuanto a [...] las declaraciones prematuras del tribunal o de otras autoridades públicas sobre la culpabilidad del acusado». Es en un segundo momento, cuando la garantía procesal ya ha operado en el proceso penal y en aras de la eficacia de la misma, donde sitúa la protección de quienes han sido absueltos o respecto de los que se ha acordado el sobreseimiento, prohibiendo que sean «tratados por las autoridades y funcionarios públicos como si de hecho fueran culpables del delito por el que se los acusó», lo que constituye un segundo aspecto del derecho a la presunción de inocencia (STEDH, Gran Sala, de 12 de julio de 2013, asunto Allen c. Reino Unido, § 93-94). En otras palabras, la eficacia extraprocesal del art. 6.2 CEDH se identifica con actuaciones posteriores al proceso penal, pero conectadas con él. Pero ello no impide a que la interdicción de declaraciones que denoten la culpabilidad de quien no ha sido condenado conforme a la ley opere durante el desarrollo del proceso penal, dentro del proceso, en las resoluciones que se van adoptando y fuera de él, en especial respecto de las declaraciones públicas sobre el investigado o acusado.

b) La prohibición del art. 6.2 CEDH se extiende tanto a manifestaciones prematuras por parte del tribunal penal de que la persona inmersa en un proceso penal es culpable, esto es, sin que se haya demostrado que lo es con arreglo a la ley, como a las declaraciones realizadas por otros funcionarios o autoridades sobre investigaciones penales pendientes que inciten al público a creer que el sospechoso es culpable y

prejuzguen la evaluación de los hechos por parte de la autoridad judicial competente (por todas, STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 36).

c) Cuando de declaraciones vertidas en decisiones judiciales se trata, examina el Tribunal Europeo la presencia de razonamientos y términos que, más allá de una constatación formal, sugieran que el órgano judicial considera culpable al acusado, por ejemplo, al resolver sobre la prórroga de la prisión preventiva (STEDH de 19 de septiembre de 2006, asunto *Matijasevic c. Serbia*, y de 15 de octubre de 2013, asunto *Gutsanovi c. Bulgaria*, § 202-203) o en la resolución de apelación (STEDH de 22 de abril de 2021, asunto *Avaz Zeynalov c. Azerbaiyán*, 2021, § 69). La declaración de culpabilidad ulterior no obsta al mantenimiento del derecho a la presunción de inocencia hasta el momento en que se prueba legalmente la culpabilidad, pues el art. 6.2 CEDH rige el proceso penal en su conjunto, con independencia del resultado de la acusación (STEDH asunto *Matijasevic c. Serbia*, § 49), si bien la intervención de un tribunal superior puede rectificar las declaraciones controvertidas de un tribunal inferior y eliminar cualquier expresión que sugiera culpabilidad (STEDH de 24 de marzo de 2022, asunto *Benghezal c. Francia*, § 36).

d) Más allá de las manifestaciones vertidas en resoluciones judiciales, el art. 6.2 CEDH exige que los representantes del Estado –en primer lugar, los jueces que conocen del caso, pero también los representantes de otras autoridades públicas– se abstengan de declarar en público que el acusado es culpable de la comisión del delito en cuestión antes de que su culpabilidad haya sido debidamente establecida por el tribunal (por todas, STEDH *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 36-37). Se siguen los mismos criterios de que no es precisa una declaración formal de culpabilidad, sino que basta con que de lo manifestado se desprenda que la autoridad considera culpable a la persona (STEDH de 28 de noviembre de 2002, asunto *Lavents c. Letonia*, § 126), y de que la posterior condena de un acusado «no puede borrar el derecho inicial a la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida» (STEDH de 21 de julio de 2015, asunto *Neagoe c. Rumanía*, § 49).

e) La prohibición de las declaraciones que materialmente, más allá de su tenor literal, sugieran la culpabilidad de quien no ha sido condenado en firme no es incompatible con la posibilidad de que las autoridades informen públicamente sobre los procesos penales en curso, que avala el art. 10 CEDH (*Neagoe c. Rumanía*, § 45). Lo que el art. 6.2 CEDH impone es que la información se dé con toda la discreción y prudencia necesarias para respetar la presunción de inocencia (*Allenet de Ribemont c. Francia*, § 38), sin acompañar la información con valoraciones, especulaciones o manifestaciones que sugieran la culpabilidad de quien no ha sido aún condenado (*Neagoe c. Rumanía*, § 46 y 48).

En esta dirección se pronuncia también el art. 4.3 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, al precisar que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables que establece el art. 4.1 «no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público» (art. 4.3).

7.2.2 Enjuiciamiento de la queja.

A) Puntualizaciones.

El examen de la queja formulada por el recurrente conforme a los parámetros reseñados requiere efectuar tres puntualizaciones, atinentes a la concreta actuación cuestionada y al momento procesal en el que se dice producida la lesión.

a) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento en su dimensión extraprocesal se predica en la demanda de la difusión pública del comunicado que anticipa el fallo desestimatorio del recurso de casación. No

se cuestiona la difusión pública del resultado negativo para el recurrente, sino que esa difusión se efectuara sin que se hubiera notificado íntegramente la sentencia e incidiera así en el derecho a no ser tratado como culpable en tanto no lo haya fijado así una condena firme conforme a Derecho. De este modo, la vulneración alegada sobre la que debemos pronunciarnos queda circunscrita al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, en la que queda subsumida la vulneración del derecho al honor [STC 77/2023, FJ 7 C)], sin que se haya alegado la posible injerencia en el derecho a la intimidad fruto de la difusión.

b) Conviene también dejar claro desde este momento que la prohibición de efectuar manifestaciones que denoten una consideración como culpable de quien, sometido al proceso penal, aún no ha sido condenado en firme vincula sin duda al juez penal competente, aun cuando se trate del tribunal penal de casación y en fases anteriores se haya dictado ya una condena. Tanto este tribunal (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 6) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 24 de mayo de 2011, asunto Konstas c. Grecia, § 35-36) proyectan la aplicación del derecho a la presunción de inocencia, en particular su significado como regla de tratamiento, a todo el proceso penal, de modo que no es sino hasta la firmeza de los pronunciamientos condenatorios cuando puede considerarse enervada. En este mismo sentido, el art. 2 de la Directiva (UE) 2016/343 expresa que «[e]s aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión».

c) Por otro lado, ciertamente el devenir del proceso penal implica ir adoptando decisiones fundadas tanto en la existencia de indicios de comisión de un delito, por ejemplo la adopción de medidas cautelares como la prisión preventiva o la apertura de juicio oral, como en la certeza más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del sujeto cuando se dicta sentencia condenatoria no firme. Se trata de pronunciamientos compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, pero en los que también debe evitarse reflejar la opinión de que la persona es culpable cuando se asientan en la sospecha de culpabilidad (considerando 16 y art. 4.1 de la citada Directiva) y que, a pesar de su posible sentido condenatorio (donde obviamente es admisible la referencia a la persona como culpable, art. 4.1 de la Directiva), tienen un componente eventual que solo la firmeza de la resolución confirma, poniendo fin a la exigencia de no tratar a la persona investigada, acusada o condenada como culpable.

B) Contenido del comunicado de prensa.

La importancia de las expresiones utilizadas en las declaraciones cuestionadas para apreciar una lesión del derecho a la presunción de inocencia obliga a que el examen del motivo parta del contenido y tenor del comunicado de prensa difundido, que a continuación se reproduce:

«COMUNICADO DE PRENSA.

CASO ERE.

El tribunal de la Sala II del Tribunal Supremo compuesto por los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (presidente), doña Ana Ferrer García, doña Susana Polo García, doña Carmen Lamela Díez y don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina (ponente) ha concluido la deliberación de los recursos de casación interpuestos contra la sentencia 490/2019, de 19 de noviembre de 2019, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla (caso ERE).

En atención a la relevancia pública del caso y como en otras ocasiones similares el tribunal procede a anticipar el fallo de su sentencia.

Estimando totalmente tres recursos de casación y parcialmente uno de ellos y desestimando los restantes recursos, ha acordado por mayoría de sus miembros anular

la sentencia de primera instancia, dictando nueva sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1. Absolvemos del delito continuado de prevaricación administrativa a don Javier Aguado Hinojal, a don Juan Francisco Sánchez García y a doña Lourdes Medina Varo, declarando de oficio las costas procesales de primera instancia y las derivadas de sus recursos de casación.

2. Condenamos a don Juan Márquez Contreras, como autor responsable de sendos delitos continuados de malversación de caudales públicos y prevaricación administrativa, en relación de concurso ideal, apreciando la atenuante analógica y muy cualificada de reparación del daño, con la consiguiente reducción de sanciones, imponiéndole la pena de prisión de tres años, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses, que conlleva la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviere el penado o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, con imposición de las 2/37 partes de las costas procesales de primera instancia y declarando de oficio las causadas con su recurso de casación.

3. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

El texto íntegro de la sentencia será publicado una vez se redacte el voto discrepante anunciado por las excelentísimas señoras magistradas doña Ana Ferrer García y doña Susana Polo García.

En dicho voto se considera que también deberían haber sido estimados parcialmente los recursos interpuestos por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, don Jesús María Rodríguez Román, don Francisco Vallejo Serrano, doña Carmen Martínez Aguayo y don José Antonio Griñán Martínez y que, anulada la sentencia de instancia, estos recurrentes deberían haber sido absueltos del delito continuado de malversación de caudales públicos.

En Madrid, a veintiséis de julio de dos mil veintidós.»

C) Desestimación de la queja.

La lectura de la nota reseñada desde la óptica de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento conduce a este tribunal a rechazar la existencia de la vulneración denunciada.

El art. 24.2 CE prohíbe declaraciones públicas del órgano judicial competente, sea en primera instancia o en ulteriores, que den la impresión de que el acusado es culpable sin que exista una resolución firme que así lo establezca. Sin embargo, en el presente caso no existe una manifestación sobre la culpabilidad del recurrente que suponga tratarle como autor de los delitos de prevaricación y malversación sin respaldo en una condena conforme a la ley. La declaración cuestionada constituye una información ofrecida por el órgano competente para resolver el recurso de quien de forma notoria fue condenado en primera instancia en una causa mediática, como se reconoce en la demanda; que da a conocer el resultado desfavorable al respecto; que tiene, a su vez, el efecto de confirmar la condena, ya que con el pronunciamiento se agotan los recursos disponibles para el condenado. Según indica el comunicado, se ha deliberado y ya existe una decisión cerrada del tribunal encargado de resolver el recurso de casación, que es quien la difunde, aun cuando se demore la notificación íntegra de la sentencia al momento en que esté redactado el voto discrepante.

En tales circunstancias no puede afirmarse que se trate como culpable a quien no ha sido condenado en firme, pues justamente lo que se anuncia decidido de forma definitiva por el único órgano judicial que así puede hacerlo es la desestimación del recurso de casación que implica la firmeza de la sentencia condenatoria. Dicho de otro modo, existe una primera condena bien conocida que de forma asimismo notoria ha sido recurrida en casación y, en atención a la relevancia pública del asunto y ante el riesgo de difusión de

información no fidedigna, se informa por quien debe resolver el recurso de acuerdo con las normas de competencia de que ha sido desestimado tras la deliberación, anunciando que existe una resolución que debe completarse antes de ser notificada con el texto del voto particular, del que también se da sucinta noticia. Efectivamente, unos dos meses después se notifica la sentencia íntegra, donde se exponen las consideraciones que han llevado a la Sala de lo Penal a desestimar el recurso del ahora demandante de amparo. En momento alguno se aprecia una actuación o una declaración en términos que sugieran la consideración como culpable de una persona cuya culpabilidad no se ha probado en un proceso con todas las garantías, solo la información por quien la ley designa para resolver sobre tal culpabilidad de que ha apreciado que concurre.

La ausencia de una previsión legal que contemple la actuación cuestionada no determina la existencia de una lesión de la regla de tratamiento que impone el art. 24.2 CE. La finalidad de la llamada dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia es proteger frente a atribuciones de culpabilidad no fundadas en una condena dictada en un proceso público con todas las garantías, no garantizar la práctica procesal de notificación de la sentencia íntegra que indica la normativa (art. 260.2 LOPJ). Resulta por tanto que la anticipación del fallo y la emisión de un comunicado al respecto no lesiona el derecho a la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal.

7.3 Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La referida ausencia de cobertura normativa, no obstante, se esgrime también en la demanda desde la perspectiva de la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la tutela judicial efectiva, que la demanda atribuye a la difusión pública del comunicado que anticipa el fallo en tanto que carente de base legal y generadora de indefensión.

7.3.1 Doctrina sobre el derecho a no padecer indefensión

En relación con la queja de que se ha producido una irregularidad procesal causante de indefensión, debe tenerse presente que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, entre sus múltiples vertientes, el derecho a no sufrir indefensión, que en nuestra jurisprudencia se entiende como un derecho a la defensa contradictoria, se vincula con las garantías del proceso debido reconocidas en el art. 24.2 CE y requiere indefensión material. Así se ha puesto de relieve, entre muchas, en las SSTC 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 4; 91/2021, de 22 de abril, FJ 4.4; 121/2021, de 2 de junio, FJ 5.4; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 6.3 A), o 131/2023, de 23 de octubre, FJ 2, todas ellas atinentes a procesos penales. Cabe destacar ahora los siguientes extremos de esta jurisprudencia:

(i) Por lo que atañe al proceso penal, ya la STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, subraya que, «[s]egún constante y reiterada doctrina de este tribunal –entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989–, el art. 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos», que, entre otras exigencias, precisa «la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa».

(ii) Igualmente reiterada es la jurisprudencia que limita la relevancia constitucional de la indefensión a la indefensión material: «la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de [la] garantía [de la tutela judicial] y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24

CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión "material" y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien lo invoca (STC 90/1988)» (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2; en análogo sentido, SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2, y 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7).

7.3.2 Enjuiciamiento de la queja.

Es cierto que, como subraya el demandante, no existe ningún precepto que prevea la publicación anticipada del fallo y, sin embargo, el art. 260.2 LOPJ indica la necesidad de notificar conjuntamente el texto de las sentencias con los votos particulares. Y también lo es que las referencias que efectúa el Tribunal Supremo en el auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones a los arts. 787.6 y 789.2 LECrim (relativos a las sentencias *in voce*) no son asimilables, pues no son una habilitación de la publicidad de la anticipación del fallo sin motivación, sino supuestos de notificación de una sentencia con una motivación sucinta. Sin embargo, que esa previsión no exista y pueda hablarse incluso de irregularidad procesal no significa que los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías se hayan lesionado.

En primer lugar, porque no existe una infracción de la normativa procesal en sentido estricto, ni de los preceptos invocados por el recurrente –arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266 y 270 LOPJ–, que en ningún caso contemplan una prohibición, ni explícita ni implícita, de anticipar el fallo, sino normas sobre la estructura, contenido, notificación y acceso a las sentencias; ni del art. 260.2 LOPJ. El Tribunal Supremo notifica en septiembre la sentencia íntegra, que se data en su encabezamiento el 13 de septiembre de 2022. Con ello respeta tanto esa última previsión de integración del voto en la sentencia (art. 260.2 LOPJ) como las anteriores citadas en la demanda, relativas a la notificación de las sentencias el día que se firmen o el día siguiente (art. 160 LECrim), a la disposición específica sobre la sentencia en el procedimiento abreviado (art. 768 LECrim), a la estructura (encabezamiento, antecedentes, hechos probados, fundamentos jurídicos y fallo) con que deben formularse las sentencias (art. 248 LOPJ), al depósito y acceso a las mismas (art. 266 LOPJ) y al deber de notificar las resoluciones judiciales a todos los que sean parte en el pleito, puedan verse perjudicados o dispongan las propias resoluciones de conformidad con la ley (art. 270 LOPJ).

En segundo lugar y de forma determinante, porque no se concreta la indefensión que el recurrente ha sufrido, que parece identificar genéricamente y sin ulterior argumento con la imposibilidad de reaccionar dada la inmediata difusión masiva, cabe entender que de cara a la opinión pública. En ningún caso aduce, ni este tribunal aprecia, que se haya causado indefensión al recurrente en el proceso, donde, como se ha dicho, le fue notificada la sentencia del Tribunal Supremo conforme a la ley, iniciándose entonces el plazo para agotar las posibilidades de cuestionamiento de la decisión de condena; señaladamente, para formular el incidente de nulidad de actuaciones, que efectivamente planteó y fue resuelto por la Sala de lo Penal. De ninguna manera la actuación judicial cuestionada ha situado al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, por lo que no se aprecia un efecto material de indefensión, con real menoscabo de su derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

La falta de una infracción formal y de indefensión con relevancia constitucional conduce a desestimar la vulneración del art. 24 CE alegada y, con ello, el primer motivo de la demanda de amparo.

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

La estimación del tercer y cuarto motivos de amparo, que nos ha llevado a declarar que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal del recurrente (art. 25.1 CE) por subsunción impredecible de los hechos probados en los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos y su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por deficiente motivación del juicio de autoría, determina que deba declararse la nulidad de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla y de las resoluciones posteriormente adoptadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (sentencia de casación y auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones) en tanto en cuanto no repararon tales vulneraciones.

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 don Miguel Ángel Serrano Aguilar y, en su virtud:

1.º Reconocer que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerle en estos derechos 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, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y del auto del mismo tribunal de 16 de febrero de 2023.

3.º Desestimar el recurso de amparo en lo restante.

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

Dada en Madrid, a dos de julio 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 formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2136-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de los magistrados que han conformado la mayoría del Pleno, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo avocado por el Pleno núm. 2136-2023 interpuesto por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, el cual a mi juicio debió ser desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron sus derechos fundamentales a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Las razones de este parecer son las que a continuación se exponen.

1. Consideración previa.

a) El recurso de amparo avocado 2136-2023 es el primero de los cinco recursos que fueron incluidos en el orden del día del Pleno de 2 de julio de 2024 para su deliberación y votación. Cada uno de ellos fue interpuesto por personas condenadas en la llamada causa de los «ERE» por la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de noviembre de 2019, confirmada en casación por la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2022, resoluciones que son las que se impugnan en amparo ante nosotros (junto con el auto

de la misma Sala de lo Penal de 16 de febrero de 2023 que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra su sentencia). Los recurrentes ocuparon cargos de relevancia en determinados periodos entre los años 2000 a 2009 en las Consejerías de Empleo y Desarrollo Tecnológico, Economía y Hacienda, Justicia y Administración Pública, e Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía o bien en el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), denominado a partir de 2004 Agencia de la Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), como es el caso justamente del promotor del presente recurso, el señor Serrano Aguilar.

b) Ya en el anterior Pleno de 19 de junio de 2024 se había deliberado el primero en antigüedad de los recursos de amparo que conforman esta serie de los «ERE», el 6971-2022, interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza, el cual resultó estimado por la mayoría de los magistrados en cuanto a la queja de vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) de la recurrente; decisión de la que discrepé en un voto particular razonado y firmado junto con los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera. Teniendo en cuenta que en los cinco recursos que son objeto de enjuiciamiento en este Pleno de 2 de julio de 2024 y, en lo que ahora importa, respecto del presente recurso de amparo 2136-2023, se plantea también la queja de vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), para cuya resolución la mayoría del Pleno ha hecho aplicación de la doctrina sentada en la STC 93/2024 (recurso de amparo avocado 6971-2022), procederá a su vez que efectúe las correspondientes remisiones a aquel voto particular conjunto a esta última sentencia, como luego se verá.

Aclarado esto, paso a referirme a los razonamientos de la sentencia ahora aprobada con los que mantengo un parecer discrepante, al haber estimado dos de las quejas del recurrente.

2. Sobre la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la condena al recurrente por el delito de prevaricación.

a) La sentencia aprobada por la mayoría del Pleno resuelve esta queja del recurrente en el fundamento jurídico 4.4, haciendo aplicación de la doctrina sentada en la STC 93/2024, de 19 de junio, FFJJ 4.3.3 y 4.3.4. Las sentencias impugnadas atribuyen a aquel la responsabilidad penal por la firma de los convenios suscritos entre el IFA/IDEA – que entonces dirigía– y la Dirección General de Trabajo, ordenando en su consecuencia el pago de ayudas a empresas privadas y particulares con cargo a fondos de la partida presupuestaria del programa 31L, «Transferencias de financiación» del IFA/IDEA, entre junio de 2004 y mayo de 2008 sin sujeción a los controles de la normativa sobre subvenciones, y la sentencia de la que ahora discrepo reconoce (i) que no resulta imprevisible calificar tales actos de «resoluciones» recaídas en procedimientos administrativos, a efectos del art. 404 CP que define el delito de prevaricación, pero (ii) que sí resulta imprevisible considerarlos como actos «arbitrarios», conforme igualmente exige el tipo penal, al estar amparados esos convenios y los ulteriores pagos en aquel programa 31L de las correspondientes leyes de presupuestos y en las memorias que acompañan a tales leyes. La consideración de esa arbitrariedad deriva de un «indebido entendimiento del sistema institucional constitucionalmente previsto del que parten las resoluciones impugnadas»; de modo que «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 para que este organismo pudiera otorgar las ayudas sociolaborales sin las exigencias del procedimiento subvencional».

b) Así defendido por la sentencia de la que ahora discrepo, debo por fuerza remitirme a los razonamientos contenidos en el voto particular conjunto a la STC 93/2024, de 19 de junio, al que ya he hecho referencia, donde hubo ocasión de dismantlar el postulado de la imposibilidad de control jurisdiccional de las actuaciones previas a la aprobación por el Gobierno autonómico de los anteproyectos de leyes

anuales de presupuestos. Así, en el apartado 2 del citado voto particular conjunto, «La elaboración de anteproyectos y proyectos de ley puede ser considerada "asunto administrativo" por la jurisprudencia penal», se explicó que los trabajos preparatorios que anteceden a un proyecto de ley de presupuestos es una actividad de «inequívoca naturaleza administrativa», como resulta de lo expresado (i) en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno, que regula la tramitación de los anteproyectos de ley antes de su elevación al Consejo de Ministros –naturaleza de ese procedimiento que resulta trasladable sin dificultad dialéctica a la preparación de los anteproyectos de ley por los gobiernos de las comunidades autónomas– y (ii) también en los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, sin olvidar que la STC 55/2018 resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, con examen entre otros de estos artículos de la Ley 39/2015 (al margen de los problemas de competencia que se suscitaban), donde este tribunal consideró esa actividad prelegislativa como procedimiento administrativo.

Por otro lado, en este apartado 2 del voto particular conjunto a la STC 93/2024 se destacó cuál debía ser el correcto entendimiento de la doctrina sentada por el ATC 135/2004, distinta a la que sostenía la STC 93/2024; entre otras cosas porque debe distinguirse entre el procedimiento que antecede a la redacción de una propuesta que se pretende sea llevada al Parlamento y el producto resultante de esa iniciativa, que sí es un acto de gobierno (STC 45/1990). De allí que las sentencias impugnadas en el recurso de amparo 6971-2022, que son las mismas que se atacan en el presente recurso, al enjuiciar la responsabilidad penal de algunos acusados por la actuación realizada en el procedimiento previo a la aprobación por la Junta de Andalucía de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2002 y siguientes, con la inserción en ellos de una partida dirigida a cobijar los créditos al IFA/IDEA, no se mueven en el ámbito de la inconstitucionalidad de las leyes, como erróneamente aprecia la STC 93/2024 y ahora esta, y al no hacerlo permiten por tanto el control de aquel procedimiento por los tribunales penales.

Más adelante, el apartado 3 del voto particular conjunto a la STC 93/2024, «El incumplimiento de la normativa general sobre subvenciones puede considerarse "arbitraria" por la jurisdicción penal», ya con referencia al tratamiento de la queja de vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal por la STC 93/2024, FJ 4.4.1 b), repasaba la corrección del juicio de legalidad ordinaria formulado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia impugnada, acerca del carácter «arbitrario» de la resolución administrativa como elemento del tipo del art. 404 CP, la cual identifica de manera reiterada en su jurisprudencia la arbitrariedad, propia del delito de prevaricación, como equivalente a una ilegalidad patente, grosera, palmaria, clamorosa y flagrante. Calificativos que podían ser aplicados sin esfuerzo al cambio de sistema de financiación de las ayudas sociolaborales acometido por los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados por las sentencias recurridas; sistema que trajo consigo la falta de control y la absoluta ilegalidad de las subvenciones que bajo su cobertura se concedieron.

La STC 93/2024, conforme se advirtió en este punto del voto particular conjunto, una vez más reitera «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». Lo cierto es que la condena en el caso de los «ERE» deriva del incumplimiento de los principios por los que debía regirse la concesión de subvenciones, de acuerdo con las normas vigentes (por ejemplo, la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de hacienda Pública de Andalucía), las cuales podían haberse dejado sin efecto para este concreto ámbito por las leyes de presupuestos, pero no resultó así hasta el dictado del Decreto-ley 4/2012.

Finalmente, el apartado 4 del voto particular conjunto a la STC 93/2014, «Interpretación de las leyes de presupuestos efectuada por las sentencias recurridas», se centró en la falta de valor legal de la documentación anexa que acompaña a los anteproyectos de presupuestos, incluyendo la memoria, informes económico-financieros

y fichas en este caso del programa 31L, y desde esa perspectiva, el adecuado entendimiento dado por las dos sentencias impugnadas a dicha documentación, negándoles eficacia normativa y vinculante, de modo que el otorgamiento de las ayudas sociolaborales no podía excluir los controles propios de las subvenciones. Se observó también en el voto particular conjunto que al no tener aquella «documentación anexa» valor legal, no se vulneraba el derecho fundamental a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE por considerar una ilicitud injustificada de los acusados el eludir los controles legales de las ayudas sociolaborales, so pretexto de la remisión a la memoria que acompaña al anteproyecto de ley de presupuestos. Ausencia de valor normativo recogido en diversos instrumentos legales (arts. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 150.2 del Reglamento del Senado; arts. 34.5 y 35 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de hacienda pública de Andalucía en la dicción vigente en la fecha de los hechos, y art. 37 de la Ley 47/2003, general presupuestaria); así como en nuestra STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8, con relación a las memorias de los presupuestos.

Y añadió el voto particular conjunto respecto de las modificaciones presupuestarias en los años 2000, 2001 y 2002, que «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». En definitiva, concluyó ese voto particular al que ahora como digo he de remitirme que resulta infundada la afirmación de la STC 93/2024 de que las sentencias impugnadas de la Audiencia Provincial de Sevilla y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo interpretasen de modo imprevisible las leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para los años 2002, 2003 y 2004.

3. Sobre la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la condena al recurrente por el delito de malversación.

a) Tras rechazar correctamente la sentencia de la que discrepo, en el fundamento jurídico 5.2, que resulte contraria al art. 25.1 CE la interpretación que hacen las sentencias impugnadas del art. 432 CP, «según la cual la noción de sustracción [quien con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos] resulta compatible con la disposición definitiva de los caudales en una situación de omisión absoluta de los trámites, controles y formas exigidas en el ordenamiento jurídico», que es precisamente lo que dichas sentencias predicán de la operativa montada para el reparto de las ayudas sociolaborales en los años indicados en las consejerías concernidas y en el IFA/IDEA, estima sin embargo la demanda en el fundamento jurídico 5.3, por la vulneración del mismo derecho fundamental del recurrente a la legalidad penal, en lo que hace a la labor de subsunción de los hechos probados en aquellos conceptos jurídico penales.

Para llegar a esta decisión, la sentencia de la mayoría traza una distinción entre «A) Hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación en ejecución del programa 31L» y «B) Hechos referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L».

b) Así las cosas, para las ayudas que sitúa en el grupo A) la sentencia adoptada ahora por la mayoría del Pleno vuelve al argumento circular de la inmunidad de control jurisdiccional penal de toda ayuda con cargo a las transferencias de financiación al IFA/IDEA, programa 31L de las leyes de presupuestos, con el resultado de considerar que «no puede estimarse en modo alguno previsible, desde la óptica propia del art. 25.1 CE, que una actuación de una autoridad o funcionario público que está amparada en las determinaciones contenidas en leyes de presupuestos aprobadas por un Parlamento pueda dar lugar a una condena penal por delito de malversación»; por lo que estima vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente.

Frente a esta respuesta cabe de nuevo oponer el mencionado voto particular conjunto a la STC 93/2024, de 19 de junio, en los términos ya recordados en el apartado anterior del presente voto particular.

Tan solo resulta pertinente añadir, respecto de la afirmación que se hace en este punto por la sentencia de la mayoría en el sentido de que «para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las sucesivas leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de Andalucía de los años 2002 a 2009 y las disposiciones previstas en otras normas de rango legal, como la Ley 5/1983, de 19 de julio, de hacienda pública de Andalucía, o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones», oponer lo siguiente:

(i) De un lado, que no existe tal antinomia, en todo caso sí complementariedad entre todas ellas ya que la partida del programa 31L sobre transferencias al IFA de las leyes de presupuestos no dejaba sin efecto los controles en materia de subvenciones de los arts. 103 y siguientes de aquella Ley 5/1983 (en la redacción dada por la Ley 7/1996, de 31 de julio), los cuales de hecho regían, ni tampoco quedaron sin efecto por lo dispuesto en el art. 18 de la Ley del Parlamento de Andalucía 14/2001, de 26 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2002. Ni siquiera en las memorias o en las fichas correspondientes se decía que la previsión de esa partida como cambio de presupuestación, obedeciera a la finalidad de eludir los controles que aquellas normas legales sobre subvenciones exigían para la concesión de estas.

(ii) De otro lado, que en todo caso el Gobierno autonómico tenía la potestad de haber instado un proyecto de ley para reformar dicho marco legal y no lo hizo entonces (solo en 2012), como advierte la sentencia de casación aquí impugnada y recuerda el apartado 4 del voto particular conjunto a la STC 93/2024, de 19 de junio. Es más, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo justamente invocó (fundamento de Derecho 23.2) nuestra STC 238/2007, de 21 de noviembre, en cuyo FJ 4 declaramos, entre otras cuestiones, que «una vez admitido que la ley de presupuestos generales [...] puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal, insistimos, en tanto en cuanto dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este tribunal, cabe añadir, a renglón seguido, que lo que no puede hacer la ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE».

c) Sentado lo anterior, el fundamento jurídico 5.3 B) de la sentencia que acaba de aprobar el Pleno desestima a su vez la queja de vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por imprevisible subsunción de los hechos en el tipo de malversación, solo respecto de las ayudas que no tenían cobertura en el programa 31L, con el argumento de que «las leyes de presupuestos no legitimaban la disposición de los fondos presupuestados sin la concurrencia de los fines públicos propios de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis».

Comparto ese desenlace desestimatorio, pero no en la pequeña porción que aquí selecciona la sentencia de la que discrepo. Lo correcto era desestimar del todo la queja sin cuestionar la tarea de subsunción fáctica de los hechos realizados por el recurrente en el delito de malversación, subtipo agravado, que realiza la sentencia de instancia y confirma la de casación.

4. Sobre la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del recurrente, en relación con la condena por delito de malversación respecto de las ayudas concedidas en ausencia de fin público y las partidas desviadas del programa presupuestario 31L declaradas en la sentencia de instancia

a) Acotados por la sentencia de la mayoría los únicos hechos atribuidos al recurrente que podrían ser susceptibles de poder ser castigados por el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, en los términos que se acaban de exponer, resulta que la condena a la postre no es validada, al apreciar dicha sentencia de la que discrepo, en su FJ 6.4, que se ha producido la vulneración del derecho fundamental de aquel a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Según se explica por la mayoría del Pleno, la motivación de la sentencia de instancia «va dirigida claramente a constatar que [el recurrente] intervino en el engranaje dirigido al abono de subvenciones a través del uso de las transferencias de financiación, pero en ningún caso a probar que hizo un uso desviado de fondos del programa 31L por disponer de ellos sin atender a un fin público o para fines distintos y ajenos a los previstos en dicho programa»; «no desarrolla un mínimo juicio de autoría que permita determinar si el señor Serrano Aguilar tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos. Tampoco describe [...] un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades»; repitiendo hasta por una tercera vez, en fin, que el elemento subjetivo del tipo de malversación ha de consistir en motivar «la disposición de los fondos presupuestados para fines no previstos en el programa o incluso carentes de tal interés público».

Para llegar a esta conclusión la sentencia aprobada ahora por la mayoría efectúa su propia valoración de las pruebas obrantes en las actuaciones, en concreto de los informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía, «y entre ellos, de manera determinante, el informe adicional (anexo III) al informe de cumplimiento de 2003 ("informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social")»; así como también valora «la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que elaboraron el informe que se incorporó a la causa». El resultado de esta valoración propia es que tales pruebas «no llegan a demostrar que el señor Serrano Aguilar hubiera realizado los hechos que se le atribuyen (la firma de los convenios particulares) con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública. No es posible afirmar, por lo tanto, sin incurrir en una inferencia excesivamente abierta, que se representó, con el grado de concreción que demanda la imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo que aparecen descritas en el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia».

La misma sentencia de la que discrepo reconoce más adelante que la Audiencia Provincial hace mención expresa a ayudas concretas que carecen de un fin público, como son las del apartado C) del hecho probado vigesimosegundo, así como a otras irregularidades descritas en el fundamento 45, pero que «ninguna argumentación se realiza a lo largo de estos fundamentos jurídicos dirigida a explicitar la participación del demandante de amparo en la ejecución de este tipo de actos, los elementos probatorios de los que se deduciría dicha participación, así como la posible concurrencia del elemento subjetivo del injusto». Al no haberse respetado la presunción de inocencia del recurrente, remata el fundamento jurídico 6.4 de la sentencia de la que discrepo, la estimación de la queja es «bastante para declarar la nulidad de la condena por delito de malversación», lo que releva de más examen de fondo.

b) Así expuesto, se impone una primera consideración: la sentencia desborda claramente el papel que le corresponde a este Tribunal Constitucional en cuanto a constatar mediante un juicio externo, de acuerdo con la doctrina que se cita en el fundamento jurídico 6.3 de la misma sentencia, si existe prueba de cargo válida y si, a

falta de una convicción directa de los hechos, el juicio inferencial en la llamada prueba por presunciones judiciales o de indicios no resulta tan lábil o abierto que conduzca a varios resultados posibles, sin despejar posibles dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado. Rebasando de manera ostensible esta tarea revisora, la sentencia de la que discrepo sustituye por completo, con sus propias apreciaciones de convicción probatoria, las vertidas por la sentencia de la Audiencia Provincial (confirmadas por la de casación).

Hasta tal punto esto es así, es decir, que actúa como un auténtico tribunal de instancia, lo cual carece de justificación alguna en esta jurisdicción constitucional de amparo, que la propia sentencia apoyada por la mayoría, en medio de sus reflexiones probatorias, se permite decir que, descartada la motivación dada por las resoluciones recurridas, «[e]llo no quiere decir, en modo alguno, que no existan en la causa elementos que hubieran podido servir de punto de partida para fundar un juicio de inferencia que pudiera haber llevado a esa conclusión –cuestión sobre la que a este tribunal no le corresponde pronunciarse–, sino, sencillamente, que la sentencia no ha completado el razonamiento capaz de trazar la vinculación entre los convenios suscritos por el demandante, [...] con las desviaciones expuestas». Para entendernos: no solamente la sentencia de instancia no ha motivado suficientemente la condena por malversación (vulnerando así la presunción de inocencia del recurrente), sino que no lo ha hecho por torpeza, ya que en realidad «elementos que hubieran podido servir» para ello sí que existían, si bien de manera enigmática se reserva el derecho de no revelar cuáles eran. Sobran las palabras.

c) La inferencia paralela que acomete la sentencia de la que discrepo para supuestamente –en realidad, sin éxito– desvirtuar el juicio probatorio de la sentencia de instancia, ofrece sin embargo quiebras lógicas o adolece de la misma labilidad de la que hace reproche. La sentencia de instancia condenó al aquí recurrente por su gestión como director general de la Agencia IDEA, al haber firmado más de cuarenta convenios de ayudas sociolaborales y a empresas con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social; por ser responsable de las cuentas anuales de la entidad, donde se recogía la operativa de contabilización de las transferencias de financiación; y por autorizar los pagos de las ayudas durante los años al frente de aquella entidad, pese a tener conocimiento de los informes de la Intervención de la Junta de Andalucía, en especial el del año 2005 sobre la gestión del IFA del año 2003, cuyas conclusiones fueron repitiéndose en los sucesivos informes de la Intervención sobre las cuentas anuales de IDEA de los ejercicios siguientes, pormenorizando esos informes la falta de controles y requisitos que debían acreditar los beneficiarios de las ayudas.

Esa opinión técnica fue respaldada, como también reconoce la sentencia de la que discrepo, por los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que examinaron los 270 expedientes de ayudas derivados de los programas 22E y 31L confirmando que en todos ellos se reproducía la misma ausencia de controles y de la documentación pertinente. En este punto conviene recordar una vez más que los delitos de prevaricación y malversación atribuidos a los condenados por la sentencia de instancia, confirmada por la del Tribunal Supremo que nos ocupa, y en lo que aquí importa al recurrente señor Serrano Aguilar, se debieron a la ilegalidad sistémica inmanente a la totalidad de la operativa de previsión de la partida presupuestaria de transferencias de financiación al IFA/IDEA, como medio de evadir la normativa de subvenciones a particulares, y a la ejecución de esa operativa en la que fue pieza fundamental el recurrente, prescindiendo así de las reglas de transparencia y libre concurrencia de candidatos a estas ayudas.

Por lo tanto no cabe, como de manera selectiva y voluntarista proclama la sentencia de la que discrepo, exigir como prueba de la autoría la acreditación de que el recurrente conocía el uso ajeno o desviado del fin público de tales o cuales ayudas efectivamente repartidas cuando este tenía encomendada como función esencial inherente a su cargo la de velar por la integridad de los fondos públicos que recibía y entregaba después a los

beneficiarios, en ejecución de aquellos convenios suscritos con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

La posibilidad de que unos fondos públicos se utilicen de manera desviada porque no existen los necesarios controles legales es lo que justifica que tales controles se articulen por la Ley de hacienda de Andalucía y la Ley estatal de subvenciones cuando se trata del otorgamiento de esta clase de ayudas. Cuestión aparte son los limitados controles a *posteriori* que tenía el IFA/IDEA, solo por el uso de los fondos por vía de transferencia de financiación de dicha entidad, para cuadrar sus propias cuentas respecto de las cuales, por cierto, también los informes técnicos descubrieron una situación de déficit presupuestario.

En definitiva, nada hay que reprochar a la sentencia de instancia porque haya condenado por dolo eventual, esto es, por la eventualidad de que el recurrente asumiera que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. Como señala expresamente la sentencia de casación (fundamento de Derecho 34): «Es cierto que parte de esos pagos fueron destinados al pago de ayudas sociolaborales y que, de haberse cumplido las exigencias legales y reglamentarias, se trataría de pagos realizados para el cumplimiento de fines públicos, pero *la finalidad pública y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales y en este caso el incumplimiento de esas exigencias fue absoluto dando lugar a un total descontrol del manejo de los fondos públicos*» (las cursivas son mías).

Decir que no es razonable suponer –como hacen la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo– que la supresión de controles de gasto puede conducir a un gasto sin control es lo que a mí me parece poco razonable.

Es absurdo sostener que como los informes de las intervenciones andaluza y estatal alertaban de la ausencia de controles, pero no del desvío de fondos, los recurrentes no podrían representarse este desvío, sino solo la ausencia de controles. Una cosa conduce casi inevitablemente a la otra.

Las sentencias impugnadas en este amparo, por ello, no causaron la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente y la demanda de amparo, por tal razón, debió desestimarse en su integridad.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a dos de julio de dos mil veinticuatro.–Ricardo Enríquez Sancho.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 2136-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por don Miguel Ángel Serrano Aguilar, el cual a mi parecer debió ser desestimado, por las razones defendidas durante la deliberación y en los términos que seguidamente paso a exponer.

1. Consideración preliminar.

La fundamentación de la presente sentencia descansa en buena medida en los argumentos empleados por la mayoría del Pleno en la STC 93/2024, de 19 de junio, que estimó parcialmente el recurso de amparo núm. 6971-2022, interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza contra las mismas resoluciones judiciales, que la condenaron por un delito de prevaricación en la pieza específica del conocido como «caso de los ERE de Andalucía».

Es procedente, por ello, que me remita a las consideraciones expuestas en el voto particular que suscribí juntamente con los magistrados Enríquez Sancho y Espejel

Jorquera a la referida sentencia y a las que formuló el magistrado Tolosa Tribiño en su voto, al que asimismo nos adherimos. Esta remisión se explica porque la nueva sentencia reitera en parte los razonamientos empleados entonces para estimar el amparo que fue escogido por la ponente como «cabecera» de la serie de recursos de amparo del mismo caso, sin perjuicio de lo cual considero necesario explicar con algún detalle las razones esenciales de mi desacuerdo con la presente sentencia, referida a otro de los altos cargos de la Junta de Andalucía condenados en el referido asunto, en este supuesto por delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos. Se trata de don Miguel Ángel Serrano Aguilar, que ocupó el cargo de director general del Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), luego Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en los fundamentos de Derecho 18 y 31 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico 2.4 de la presente sentencia del Tribunal Constitucional.

2. Una premisa errónea: la pretendida virtud sanadora de las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 a 2009.

Como en la STC 93/2024, la presente sentencia considera que la actuación del recurrente no puede entenderse subsumible en los delitos de prevaricación y malversación por los que ha sido condenado, conclusión que asienta sobre la premisa, a mi parecer errónea, de que obraba amparado por lo previsto en la correspondiente ley de presupuestos para cada ejercicio.

Nada más lejos de la realidad. Las sentencias impugnadas en amparo han condenado al recurrente porque, en su calidad de director general del IFA/IDEA, suscribió convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social mediante los que se pagaron ayudas sociolaborales a trabajadores y a empresas en crisis al margen de lo establecido legalmente. La sentencia de este tribunal no niega que esas actuaciones puedan considerarse como resoluciones dictadas en asunto administrativo a los efectos de integrar el tipo prevaricador del art. 404 del Código penal pero, como en la STC 93/2024, sostiene que la conducta del recurrente, como la del resto de condenados en el «caso de los ERE de Andalucía» no merecía reproche penal ni desde la perspectiva de la prevaricación, ni desde la perspectiva de la malversación, porque se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, que «en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos para la concesión de ayudas sociolaborales al IFA (las transferencias de financiación) que [de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias] habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas» por tal vía (fundamento jurídico 4), lo que habría supuesto la supresión de los controles y procedimiento propios del régimen de subvenciones.

En definitiva, la sentencia de este tribunal parte de una suerte de efecto sanador de la ley de presupuestos de cualquier conducta que, de forma directa o indirecta, tuviese cobijo en el programa 31L, pues a su través se habría introducido un nuevo sistema de presupuestación que conllevó la eliminación de los controles y procedimientos propios del régimen de subvenciones, en particular, la fiscalización previa por parte de la Intervención de la Junta de Andalucía. Se viene a afirmar que resulta imprevisible condenar por prevaricación y malversación conductas amparadas en lo dispuesto en el programa 31L incorporado a las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009. La Ley curaría, según la mayoría del Tribunal, todo vicio y haría inatacable la actuación de los gestores públicos, que estarían habilitados para actuar al margen de cualquier procedimiento y sin el control previo exigible en cualquier disposición de fondos públicos.

Semejante premisa, la de la supuesta cobertura de la actuación del recurrente en la legalidad presupuestaria, descansa en una errónea apreciación del contenido de las leyes de presupuestos consideradas. No es cierto que las sentencias de la jurisdicción

penal que condenaron al recurrente hayan privado de toda relevancia a la circunstancia de la aprobación parlamentaria de las sucesivas leyes de presupuestos. Lo que sucede, frente a lo que de manera incorrecta ha entendido la mayoría en la sentencia de la que disiento es que, en realidad, la introducción del programa 31L en las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no supuso la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones, por cuanto las propias leyes de presupuestos, en su articulado, dispusieron lo contrario, ya sea porque declararan la vigencia de la normativa subvencional, ya sea porque nada regulasen en sentido contrario. Así se expresa tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla como en la de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Ambas resoluciones judiciales niegan con razón, por otra parte, el pretendido valor legal que se pretende dar a las memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L. La ausencia de eficacia vinculante de esa documentación anexa a las leyes de presupuestos resulta corroborada por diversos instrumentos legales, como ya se señaló en el voto particular conjunto a la STC 93/2014, a lo que se añade que esa documentación no está publicada, ni se publica juntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno por aplicación del principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). A lo que se añade que nuestra jurisprudencia también ha negado expresamente que las memorias y fichas presupuestarias tengan naturaleza normativa: «[L]as 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). El argumento que utiliza la mayoría en la sentencia de la que discrepo, según el cual han de interpretarse las partidas presupuestarias conforme a la memoria, es fruto de un voluntarismo jurídico que no se puede compartir.

En suma, las leyes de presupuestos andaluzas consideradas habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse, ni su régimen de control (o de falta de control, según el parecer mayoritario de este tribunal). Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 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.

Habida cuenta de lo anterior, no parece que la respuesta penal a la actuación del recurrente pueda calificarse de imprevisible. La razón de la condena del recurrente 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, los altos cargos de la Junta de Andalucía implicados en la trama idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no fue derogada por lo dispuesto en las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009.

Ciertamente, las cosas podrían haber sucedido de otro modo. Las leyes de presupuestos andaluzas hubieran podido derogar esa legalidad, o excluirla para la concesión de esas ayudas, como hizo luego el Decreto-ley 4/2012 en la llamada «tercera etapa» de los ERE (primer bloque de los fundamentos de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo, «Resumen de los hechos probados»), cuyo art. 1 estableció expresamente que «[a] estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas». En tal hipótesis, el problema se desplaza al control de la ley. Pero no es el caso. Las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 no establecieron en su articulado la supresión de los controles propios del régimen de subvenciones y semejante supresión no puede inferirse del mero

enunciado de una determinada partida presupuestaria. Esta singular deducción de la sentencia respaldada por la mayoría de este tribunal constituye una interpretación creativa, asentada en un juicio de intenciones, en un juicio basado en una presunta voluntad tácita del legislador para habilitar a los gestores públicos a programar, primero, y a disponer, después, libérrimamente de los fondos incluidos en la partida 440 del programa 31L y solo y exclusivamente en esa partida.

La consecuencia de ello es que las conductas enjuiciadas del recurrente fueron correctamente subsumidas en el delito de malversación en concurso ideal con el precedente de prevaricación, no solo porque el programa 31L no concedía una cobertura legal para conceder ayudas con elusión de los controles previstos en la normativa subvencional, pues nada se establecía en las leyes de presupuestos en tal sentido, sino porque, en todo caso, con la omisión de aquellos controles se dispuso libremente de las ingentes cantidades dinerarias a las que se refieren los hechos probados de la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmada en casación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

3. La presente sentencia desconoce los principios constitucionales rectores del gasto público y su control.

En un precepto original en el Derecho Constitucional contemporáneo, la Constitución en su art. 31.2 establece que: «El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre estos principios de justicia material del gasto público: la equidad, la eficiencia y la economía. Sí ha dicho, por ejemplo, en la STC 187/1988, de 17 de octubre, que el control de las comunidades autónomas no excluye el que puede hacer el Estado a través del Tribunal de Cuentas sobre la actividad financiera de las corporaciones locales. Pueden coexistir y superponerse, sin perjuicio de «evitar duplicidades innecesarias o disfuncionalidades», que serían contrarias al art. 31.2 CE. También en la STC 204/1992, de 26 de noviembre, sobre los consejos consultivos autonómicos y el Consejo de Estado, si bien aquí el Tribunal añade al art. 31.2 CE el art. 103.1 CE, que obliga a la administración pública a actuar con sujeción tanto al principio de legalidad (lo que incluye la legalidad presupuestaria, claro está) como al principio de eficacia administrativa.

Pero, sin duda, el pronunciamiento más importante se contiene en la STC 45/2017, de 27 de abril, en la que se afirma que «la actividad financiera de las distintas haciendas [ha de] asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza [...] al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE [...]); y control (art. 136 CE)».

Sobre el principio de legalidad (que la sentencia presenta como respetado y salutífero para el recurrente) ya me he expresado, sin perjuicio de volver después. Me importa detenerme ahora en los de eficiencia y economía y control. Ciertamente la citada STC 45/2017 refiere el control al art. 136 CE (Tribunal de Cuentas), pero es innegable que a partir del art. 31.2 CE cabe encontrar la misma respuesta: solo es factible la eficiencia y la economía del gasto público a través del control, de la fiscalización administrativa de las salidas, de los gastos y pagos. Ello queda confirmado, por lo demás, en un precepto transversal de nuestra Constitución, íntimamente ligado, entre otros, al citado art. 31.2 CE, y que no es otro que el también citado art. 103.1 CE, a cuyo tenor «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Precepto este, por cierto, aplicable a todas las administraciones públicas, también a las autonómicas.

Las administraciones públicas son instituciones serviciales o vicariales, que no tienen intereses propios, sino que están al servicio de los intereses generales, y con la característica

de que ese servicio ha de realizarse con objetividad, o sea, sin privilegiar a determinadas personas, ni favoritismos, ni intereses partidistas. Y esa función servicial ha de ajustarse a los principios esenciales de actuación que enumera el art. 103.1 CE, pero también a otros enunciados a lo largo del texto constitucional como los que figuran en el art. 9.3 (seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad), el art. 14 (igualdad e interdicción de trato discriminatorio) y los arts. 9.2 y 105 (participación y transparencia), por solo citar algunos. No hace falta insistir en que el art. 103.1 CE impone *in fine* que el sometimiento de la administración pública a la ley y al Derecho sea pleno, o sea, completo, sin excepción ni matiz, lo que corrobora el enunciado del art. 106.1 CE.

Adelanto ya que las conclusiones a las que llega la sentencia de este tribunal de la que disiento no se acomodan a estos principios constitucionales, pues se asientan en la incertidumbre jurídica, en la irresponsabilidad, y en la falta de objetividad y de transparencia de la administración pública.

La sentencia de este tribunal descubre con la linterna de Diógenes el argumento de la salvadora ley de presupuestos que todo lo ampara y que borra toda responsabilidad penal en la conducta del recurrente y el resto de implicados en la pieza específica del conocido como «caso de los ERE de Andalucía». Esa ley es convertida en omnipotente pues sirve asimismo para eliminar los controles. Sin perjuicio de reiterar que, en realidad, no es cierto que las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 establecieran la modificación o supresión de los controles propios del régimen de subvenciones (sin que tal presunta supresión pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria), baste ahora añadir que la sentencia de este tribunal olvida que no basta con el sometimiento a la ley (que, insisto, no suponía en el presente caso la supresión del régimen propio del control de las ayudas y subvenciones), sino que se exige también el sometimiento al *ius*. La ley no agota el ámbito del Derecho, que es algo más. Y en ese algo más están desde luego los principios actuales de actuación de las administraciones públicas, que enuncian muy en particular los arts. 9.3, 31.2, 103.1, 105 y 106.1 CE y los propios principios generales del Derecho, que no tienen por qué ser norma escrita y que sintetizan nuestra cultura jurídica, que es la propia de un Estado constitucional y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Y, por supuesto, en el *ius* están también los principios del Derecho de la Unión Europea, a los que luego me referiré.

He recordado ya que entre los principios constitucionales que rigen inexcusablemente la actuación de las administraciones públicas está el de prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), patentemente vulnerado según las sentencias condenatorias impugnadas en amparo. Quizás el redactor de la ponencia devenida inexorablemente en sentencia con el apoyo de la mayoría del Pleno confunde este concepto con el de discrecionalidad. La discrecionalidad está perfectamente fundamentada en la actuación administrativa, pero el poder discrecional no es nunca ilimitado ni puede ejercerse al puro arbitrio o capricho de quienes lo lleven a efecto. La sentencia de este tribunal, en fin, margina los límites jurídicos de la actuación administrativa para permitir a los cargos públicos ejercer libérrimamente sus competencias desde criterios de pura oportunidad y con absoluta ajenidad a cualquier control. La conclusión es clara: se sacrifica la objetividad de la actuación administrativa, que se convierte en inmune e inatacable, creando, pues, un espacio de impunidad en el que determinados gobernantes gozan de un escudo protector que repele cualquier control o fiscalización y que, por supuesto, es un espacio ennegrecido, oscuro, por no transparente, y tales espacios son inconciliables con la naturaleza del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

4. Sobre la aplicación de los principios del Derecho de la Unión Europea en materia de control del gasto público, como dique de contención en la lucha contra el fraude y la corrupción política.

Si bien el Derecho de la Unión Europea no es directamente aplicable en el asunto que nos ocupa, al no tener los fondos públicos malversados origen comunitario, no puede desconocerse que los principios del Derecho de la Unión sobre el control del gasto público son muy relevantes para analizar la regularidad de la actuación de los gestores de los caudales públicos. En tal sentido, no me parece aventurado afirmar que

esa gestión, en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía», y como se desprende de las sentencias condenatorias que se impugnan en amparo, ha sido contraria no solo a los principios del Derecho interno, sino también a los principios del Derecho de la Unión Europea.

Tanto en uno como en otro ordenamiento el control del gasto público es la herramienta principal para luchar contra el fraude y contra la corrupción. A los principios constitucionales en materia de gasto público y su control ya nos hemos referido. Por lo que atañe a los principios del Derecho de la Unión Europea en esta materia cabe añadir ahora que toda norma, con independencia de su rango, así como toda resolución o actuación que directa o indirectamente persiga disminuir o eludir el control del gasto público, estará poniendo en peligro los intereses financieros del poder público y sería contraria al Derecho de la Unión Europea.

La actuación de la Unión Europea en materia de control presupuestario se basa en dos principios: por una parte, la garantía de que el presupuesto de la Unión se gaste de forma adecuada y, por otra, la protección de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude. Conforme al art. 325 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), relativo a la lucha contra el fraude, «1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros».

En cuanto a los principios que deben regir la actividad presupuestaria y la lucha contra el fraude y la corrupción en el ámbito de los fondos europeos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene dictando una jurisprudencia que ha sido sistematizada en un auto de 7 de noviembre de 2022, con cita reiterada de la STEDH de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion y otros, asuntos acumulados C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19 (y jurisprudencia citada en esta), recordando las líneas más importantes de esa doctrina, de las que interesa destacar las siguientes.

a) Por lo que se refiere a las obligaciones derivadas del art. 325.1 TFUE, esta disposición impone a los Estados miembros el deber de luchar contra el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y eficaces. Medidas de lucha que deben ser equivalentes a las medidas implementadas en el ámbito nacional.

b) Por otra parte, en lo referente a la expresión «toda actividad ilegal», que figura en el art. 325.1 TFUE, recuerda el Tribunal de Justicia que ese concepto comprende en particular todo acto de corrupción de los funcionarios o todo abuso cometido por estos en el desempeño de un cargo público que pueda afectar a los intereses financieros de la Unión en forma, por ejemplo, de apropiación indebida de los fondos de la Unión. En este contexto, poco importa que los actos de corrupción se traduzcan en una acción o una omisión del funcionario de que se trate, habida cuenta de que una omisión puede ser tan perjudicial para los intereses financieros de la Unión como una acción y estar intrínsecamente vinculada a tal acción, como ocurre, por ejemplo, con la omisión por parte de un funcionario de efectuar los controles y las comprobaciones exigidas respecto de los gastos cubiertos por el presupuesto de la Unión o la autorización de gastos inadecuados o incorrectos de los fondos de la Unión.

c) Además, subraya el Tribunal de Justicia que los Estados deben garantizar que las normas de Derecho penal y de procedimiento penal permitan una represión eficaz de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general. Esta exigencia de efectividad se extiende necesariamente tanto a las acciones penales y a las sanciones de los delitos de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión y de corrupción en general como a la aplicación de las penas impuestas, en la medida en que, de no existir una ejecución efectiva de las sanciones,

estas no pueden ser eficaces y disuasorias; todo ello para evitar un riesgo sistémico de impunidad de los hechos constitutivos de tales delitos, así como garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas acusadas.

Por otra parte, a los órganos jurisdiccionales nacionales les corresponde dar plenos efectos a las obligaciones que resultan del art. 325.1 TFUE, así como de la Decisión 2006/928, y dejar sin aplicación disposiciones internas que, en el marco de un procedimiento relativo a delitos graves de fraude que afecten a los intereses financieros de la Unión o a delitos de corrupción en general, impiden la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias para luchar contra tales delitos.

Pues bien, teniendo en cuenta que, ex art. 325.2 TFUE, el control de los fondos públicos debe ser equivalente en relación con la lucha contra el fraude, entiendo que todos estos principios generales del Derecho de la Unión Europea en materia de control del gasto público, señalados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la gestión de los fondos llevada a cabo por el recurrente. Lo que entre otras cosas significa que no existe razón para entender que el control interno de esa gestión de fondos públicos deba ser menos intenso que el que se aplicaría si los fondos malversados hubieran sido europeos.

En tal sentido, y enlazando con lo anteriormente expuesto, rechazo por completo la premisa de la que parte la sentencia de este tribunal para exonerar de responsabilidad penal a los gestores de los fondos del conocido como «caso de los ERE de Andalucía», que no es otra que la de considerar, equivocadamente, que su actuación estaba amparada por la ley de presupuestos de cada ejercicio considerado. Como ya he advertido, es insostenible que el mero enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 31L implique un control del gasto diferente. El tipo de control vendrá determinado por la naturaleza y finalidad del gasto, no simplemente por la partida donde se encuentren los fondos. Una cosa es que el recurrente y el resto de implicados de la Junta de Andalucía pretendiesen a partir de la inclusión de esa partida presupuestaria evitar el control previo de las ayudas y otra muy distinta que las leyes de presupuestos andaluzas de los años 2002 a 2009 que incluyeron esa partida no establecieron en su articulado la modificación o supresión del régimen de control de ayudas y subvenciones, sin que esa pretendida modificación legal pueda inferirse del mero enunciado de una determinada partida presupuestaria, como se pretende en la sentencia de este tribunal.

En todo caso, es cierto que ha quedado acreditado, como resulta de las sentencias impugnadas en amparo, que en el conocido como «caso de los ERE de Andalucía» se buscó de manera intencionada la elusión de los controles ordinarios del gasto público, lo que supuso la debilitación de los mecanismos para prevenir la corrupción. La eliminación de estos controles, en abstracto, ya es reprochable, pero, además, teniendo en cuenta que los fondos fueron gestionados sin las mínimas garantías de publicidad y concurrencia competitiva para su obtención por los particulares, la debilitación de los controles facilitó la aparición de los casos de corrupción.

En definitiva, llama poderosamente la atención el elocuente contraste entre la protección reforzada que la Unión Europea atribuye al delito de malversación de caudales públicos y la respuesta dada por esta y las restantes sentencias de este tribunal a uno de los casos más graves de corrupción política institucionalizada en España. Una sentencia que no ha dudado en desbordar los límites del control que a este tribunal corresponde en materia de amparo constitucional, para anular los pronunciamientos condenatorios de la jurisdicción penal que, a partir de pruebas de cargo practicadas en el juicio oral con plenas garantías de intermediación, contradicción y defensa, y mediante una subsunción de los hechos probados en el tipo penal que no puede calificarse de imprevisible ni irrazonable, habían condenado al demandante de amparo como autor de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación. Por eso, resulta especialmente difícil conciliar la decisión de la sentencia de este tribunal, que conduce a la postre a dejar impunes unas conductas de especial gravedad cometidas por unos concretos responsables políticos en el desempeño de sus

funciones públicas, con el esfuerzo de la Unión Europea por eliminar márgenes de impunidad para los malversadores.

5. Colofón: las sentencias impugnadas en amparo no vulneraron los derechos del recurrente a la legalidad penal y a la presunción de inocencia.

Como conclusión a cuanto ha quedado antes expuesto, considero que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos típicos de los delitos de prevaricación y malversación, y que su aplicación al caso en dichas resoluciones judiciales supera sin dificultad 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. La subsunción de la conducta del recurrente, a partir de los hechos declarados probados [sobre los que a este tribunal nada le cabe decir: art. 44.1 b) LOTC], en los delitos de prevaricación y malversación, que han efectuado la Audiencia Provincial de Sevilla y especialmente el Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en la materia (art. 123.1 CE), no es irrazonable ni imprevisible ni, por consiguiente, contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

Tampoco vulneran las sentencias impugnadas el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), frente a lo que sostiene este tribunal, pues la condena del recurrente se fundamenta en pruebas de cargo practicadas en el juicio oral con plenas garantías de inmediación, contradicción y defensa, y susceptibles de enervar esa presunción más allá de toda duda razonable, como resulta de las resoluciones judiciales impugnadas en amparo. La sentencia de este tribunal incurre en un claro exceso de jurisdicción, al suplantar a los órganos judiciales del orden penal en la función que constitucionalmente les corresponde ex art. 117.3 CE.

Por todo ello, considero que el recurso de amparo debió ser íntegramente desestimado.

6. A modo de epílogo decepcionado, con una necesaria llamada de advertencia.

Parafraseando al maestro Lucas Verdú diríamos que la justicia constitucional es la autoconciencia que la Constitución tiene de su propia validez y eficacia. En una sentencia como la presente, tal autoconciencia es inencontrable, porque no hay razones que sustenten en Derecho la solución encontrada por la mayoría de este tribunal al problema sometido a su enjuiciamiento.

Si empleáramos un lenguaje popular o coloquial diríamos que se pretende que el lector «comulgue con ruedas de molino», al convertir a la ley, la ley de presupuestos concretamente, en el cirujano de hierro que cura todos los vicios en la gestión de las ayudas públicas a que se refiere el caso mediante el simplísimo proceder de incorporar una partida económica a la ley de presupuestos y hacer una referencia genérica a las ayudas a las empresas en crisis en las memorias presupuestarias. Una ley, por cierto, con poderes propios del prestidigitador, pues las leyes de presupuestos andaluzas a las que se refiere la sentencia de este tribunal en ningún momento establecen aquello que esta sentencia afirma, la pretendida modificación o eliminación del régimen de controles de las ayudas y subvenciones previsto en la normativa aplicable.

Ninguna de las leyes de presupuestos en cuestión, por otra parte, fue impugnada, pero si alguna o varias se hubieran impugnado habría dado lo mismo, pues era incuestionable que la mera inclusión de una partida económica (la partida 440 del famoso programa 31L) no era inconstitucional. Adviértase en este sentido que cuando este tribunal ha admitido, en su STC 90/2017, de 5 de julio, la posibilidad de impugnar mediante la vía del recurso de inconstitucionalidad unas determinadas partidas presupuestarias incluidas en una ley de presupuestos (en aquel caso destinadas a financiar el referéndum de autodeterminación de Cataluña) lo ha hecho por su conexión con el mandato previsto en una disposición contenida en el articulado de esa ley. Esto es, lo que se impugna es el mandato imperativo contenido en un precepto del articulado

de la ley de presupuestos, mandato directamente vinculado a las concretas partidas presupuestarias a las que aquel precepto se remite y que, por esa vinculación, pueden también ser válidamente impugnadas en un recurso de inconstitucionalidad. Por ello, solo si el reproche de inconstitucionalidad que se dirige frente al precepto legal prospera, cabrá entonces extender esa censura a las concretas partidas a las que ese precepto de la ley de presupuestos remite, por ser esas partidas presupuestarias necesarias para dar cumplimiento al mandato que aquel precepto contiene.

Lo que sí me parece inconstitucional es la interpretación que la sentencia hace de las conductas que fueron enjuiciadas por la jurisdicción: se eliminan los controles, la fiscalización y, en consecuencia, la lucha contra el fraude y la corrupción, estandartes del Derecho de la Unión Europea, pero esas conductas deben quedar impunes porque, supuestamente, se amparaban en las correspondientes leyes de presupuestos. A mi entender, la sentencia de este tribunal se sustenta sobre una interpretación errada del contenido de una ley que hace la mayoría del Pleno, interpretación que contraviene la Constitución y el Derecho de la Unión Europea.

Si, como decía García de Enterría, la justicia constitucional trata los problemas políticos con criterios jurídicos, poniendo la razón, la razón del Derecho, donde otros ponen otros motivos, pasiones o subjetivismos varios, me parece incuestionable que la presente sentencia, de la que respetuosa pero enérgicamente discrepo, hace tambalearse los pilares básicos del Estado de Derecho, por cuanto:

(i) Incurre en un exceso de jurisdicción, al autoasignarse el Tribunal Constitucional la función propia de los tribunales de justicia ordinarios (art. 117.3 CE), convirtiéndose en una nueva instancia revisora que realiza el juicio de subsunción penal y revalora a su libre arbitrio las pruebas practicadas en el juicio oral, con claro olvido de lo dispuesto en el art. 44.1 b) LOTC.

(ii) Socava la posición institucional que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (art. 123.1 CE), injiriéndose el Tribunal Constitucional en funciones que son propias de aquel con el pretexto de que allí donde deben garantizarse los derechos fundamentales, allí debe estar este tribunal, olvidando que la jurisdicción constitucional debe evitar (por su propia naturaleza de jurisdicción de garantías) caer por desfiladeros abruptos.

(iii) Contraviene los arts. 9.3, 31.2, 103.1, 105 y 106.1 CE, al dejar de lado los principios en que se ha de basar *ex constitutione* la actuación de la administración pública.

(iv) Suprime de un plumazo la idea de control del gasto público sobre la base de un juicio de intenciones del legislador autonómico (que este, por la mera inclusión de una partida presupuestaria, habría pretendido modificar o suprimir el régimen de control de las ayudas y subvenciones previsto en la normativa aplicable), con lo que desapodera al Estado del instrumento más eficaz en la lucha contra el fraude y la corrupción política institucionalizada.

(v) Y, en fin, contraviene los principios nucleares en la materia del Derecho de la Unión Europea.

No puedo concluir este voto sin antes reprochar el apresuramiento con que este tribunal ha despachado el asunto que nos ocupa, que, al igual que el resuelto por la STC 93/2024 y otros de la misma «serie», ha sido deliberado y votado por el Pleno en muy poco tiempo, lo que tal vez ha contribuido al resultado de una sentencia desafortunada (por decir lo menos) en la forma y en el fondo. No estará de más recordar que quien fuera presidente de este tribunal, el magistrado Tomás y Valiente, ya aludió en 1994, en una conferencia titulada «La Constitución y el Tribunal Constitucional», a «la importancia de las deliberaciones y a la conveniencia de que estas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas» (publicada en el libro «La jurisdicción constitucional en España, Tribunal Constitucional-Centro de

Estudios Constitucionales, 1995). No creo que tan atinada recomendación haya sido seguida en el presente caso y otros similares.

Madrid, a dos de julio de dos mil veinticuatro.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Segoviano Astaburuaga respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo avogado núm. 2136-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a los magistrados y magistradas del Tribunal, formulo el presente voto particular.

Sin perjuicio de mi total conformidad con el resto de los pronunciamientos de la sentencia, creo necesario exponer la posición que sostuve en la deliberación sobre la invocación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que ha sido analizada en el fundamento jurídico 6 de la citada resolución y ha llevado a estimar vulnerado ese derecho fundamental.

1. El demandante de amparo fue condenado por un delito de malversación por la forma global de cómo se gestionó el programa presupuestario 31L. No obstante, tras el análisis de la invocación del derecho a la legalidad penal y la estimación de ese motivo de amparo, solo perviven como posibles conductas malversadoras del demandante de amparo las concesiones de las ayudas destinadas a fines distintos y ajenos a los mencionados en ese programa presupuestario. Es únicamente la participación del demandante de amparo en estas concretas ayudas la que se somete al control de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia.

Comparto el razonamiento de que en ese contexto la invocación del derecho a la presunción de inocencia exige de este tribunal verificar un control externo de que las resoluciones judiciales impugnadas proporcionan la motivación suficiente para considerar acreditado, entre otros extremos, que el demandante de amparo participó de todos o de algunos de los desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en este programa presupuestario durante el tiempo en el que ejerció el cargo de director general de la agencia IFA/IDEA –desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008– y de que, además, le era imputable subjetivamente el desvío de esos fondos.

2. La estimación de este motivo de amparo se hace descansar en una doble consideración.

(i) Se afirma que la motivación desarrollada en las resoluciones judiciales impugnadas para concretar la participación del demandante en las conductas de malversación va dirigida a constatar que intervino en el engranaje general dirigido al abono de subvenciones a través del uso de las transferencias de financiación, pero no a probar que hizo un uso desviado de fondos del programa 31L por disponer de ellos sin atender a un fin público o para fines distintos y ajenos a los previstos en dicho programa. A esos efectos, se concluye que «la resolución de instancia no desarrolla un mínimo juicio de autoría que permita determinar si el señor Serrano Aguilar tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos. Tampoco describe la sentencia alguna modalidad de acuerdo o adhesión del encausado a un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades» (FJ 6.4).

(ii) También se incide en que el juicio de inferencia para acreditar el dolo de malversar del demandante de amparo, que se hace radicar en los informes de control financiero permanente de la agencia IFA/IDEA, elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y el déficit generado en la Consejería de Empleo y en la agencia IFA/IDEA como consecuencia de la aplicación de este sistema de gestión de ayudas, «no resulta suficiente para establecer de manera cierta y precisa que el señor Serrano Aguilar hubiera intervenido, con conocimiento de causa, en la realización de

alguna o algunas de las disposiciones de fondos ajenas a la cobertura presupuestaria». A partir de ello, se concluye que «[n]o es posible afirmar, por lo tanto, sin incurrir en una inferencia excesivamente abierta, que se representó, con el grado de concreción que demanda la imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo que aparecen descritas en el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia» (FJ 6.4).

Esa doble consideración es la que lleva a afirmar que «[c]onsecuentemente, y desde la perspectiva del análisis efectuado en las resoluciones judiciales impugnadas, no se considera mínimamente motivado que el señor Serrano Aguilar hubiera realizado los hechos que la sentencia declara probados –la firma de convenios particulares– con conocimiento de que la Consejería de Empleo concedía ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L, y consiguientemente con representación del riesgo concreto de que dicha situación se pudiera reproducir, lo que permite concluir que su presunción de inocencia no ha sido respetada por los órganos judiciales que condenaron y que desestimaron el recurso de casación subsiguientemente interpuesto y debe llevar a la estimación del amparo respecto a este motivo» (FJ 6.4).

3. No considero adecuado sustentar que ha existido un déficit de motivación en las resoluciones impugnadas lesivo del derecho a la presunción de inocencia en cuanto al juicio de autoría del demandante de amparo por las razones siguientes:

(i) Es un hecho declarado probado en la vía judicial y no controvertido que el demandante de amparo, en su condición de director general de la agencia IFA/IDEA desde el 17 de junio de 2004 al 14 de mayo de 2008, intervino directa y materialmente en la disposición de estos fondos públicos firmando los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios. Entre dichos convenios, como destacan las sentencias de instancia (hecho probado vigesimosegundo) y de casación (fundamentos de Derecho 39 y 139), estaban también los destinados a la concesión y pago de ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L.

Por tanto, desde la perspectiva de control externo que compete desarrollar a este tribunal en la jurisdicción de amparo bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, considero que las resoluciones judiciales han colmado la exigencia de identificar y motivar adecuadamente, a partir de la prueba documental practicada en la vista oral, la concurrencia de concretos actos ejecutivos desarrollados por el demandante de amparo de disposición de los fondos destinados a la concesión y pago de ayudas que no respondían a ningún fin público amparado en el programa 31L, consistentes en la firma de los convenios particulares y en el acto material de abono de los fondos.

(ii) En los términos ya expuestos, a pesar de la objetividad del desarrollo por parte del demandante de amparo de actos materiales de ejecución, de disposición de los fondos para fines ajenos a lo legalmente establecido, se utiliza como argumento para sustentar la lesión de su derecho a la presunción de inocencia que no se verifica en las resoluciones judiciales impugnadas un juicio de autoría que permita determinar que el demandante de amparo «tuvo el dominio funcional del hecho [o que] realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos. Tampoco describe la sentencia alguna modalidad de acuerdo o adhesión del encausado a un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades» (FJ 6.4).

Considero que una exigencia de esas características excede de la labor de control externo que corresponde desarrollar a este tribunal ante una invocación del derecho a la presunción de inocencia, ya que parte de una consideración sobre la dinámica comisiva que es expresamente negada por las resoluciones judiciales impugnadas.

En primer lugar, es de destacar, como se reconoce en la sentencia, que la labor de control de este derecho fundamental lo es respecto de la motivación proporcionada por las resoluciones impugnadas «sin necesidad de integración o reelaboración alguna».

A esos efectos, hay que reparar en que la sentencia de casación es muy expresiva en su fundamento de Derecho 43.3 cuando, al abordar el llamado juicio de autoría en contestación a la alegación de algunos recurrentes –entre ellos el ahora demandante de amparo– sobre la inexistencia de un dominio funcional del hecho entre los diversos partícipes para el delito de malversación, afirma que no es necesario acreditar ese extremo. Insiste en que es suficiente individualizar la conducta de cada acusado y desde su singularidad determinar si en cada caso concurrían los elementos típicos. Así, se expone que no hay ninguna declaración en los hechos probados respecto a que los acusados actuaran de forma conjunta o de mutuo acuerdo y que en la fundamentación jurídica tampoco se argumenta sobre la concurrencia de los elementos estructurales de la coautoría, tales como acuerdo de voluntades, dominio funcional del hecho o imputación recíproca a todos los coautores de sus aportaciones individuales. Es más, incide la sentencia de casación en que para el juicio de autoría de cada uno de los acusados (a) la sentencia de instancia identifica individualmente los hechos que se atribuyen a cada uno de ellos aisladamente y (b) no imputa a todos los acusados la totalidad de los actos calificados como delictivos, por lo que excluye el efecto más característico de la coautoría, la imputación recíproca. A partir de ello, concluye que «[I]a dinámica comisiva no ha consistido en la realización de un hecho al que contribuyen las aportaciones de cada acusado, sino en distintos hechos, realizados individualmente por distintas autoridades a lo largo de un periodo dilatado de tiempo, que se explican porque tenían una finalidad común y se produjeron en el ámbito de una misma organización administrativa» (fundamento de Derecho 43.3, pág. 370, de la sentencia de casación).

Pues bien, partiendo de la base de que en la vía judicial se ha negado que la responsabilidad penal por el delito de malversación, incluyendo la del demandante de amparo, traiga causa de un supuesto dominio funcional del hecho o de alguna modalidad de acuerdo o de adhesión a un plan preconcebido dirigido al desvío de las cantidades malversadas entre los acusados, sino en la individual comisión de actos de ejecución de cada uno de ellos –en el caso del demandante de amparo la firma de los convenios y el pago de los fondos–, no puedo compartir que el fundamento último para estimar el recurso de amparo respecto de este particular sea el déficit o la inexistencia de motivación sobre un juicio de autoría que no es el asumido o establecido en las resoluciones impugnadas sino alternativo a estas.

(iii) Por tanto, partiendo del presupuesto de que el control externo a desarrollar por este tribunal sobre la motivación de la prueba ha de serlo respecto de la proporcionada por las resoluciones judiciales y no respecto de otras posibles alternativas, entiendo que las sentencias impugnadas, al hacer radicar la responsabilidad penal del demandante de amparo por el delito de malversación en su intervención directa y material en la disposición de estos fondos públicos firmando los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, solo tenían que acreditar a partir de la prueba practicada esas conductas para entender probada la autoría del demandante. Ese es un extremo no controvertido que hace inadecuado que haya sido considerado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia respecto de este particular.

4. Tampoco considero procedente sustentar que ha existido un déficit de motivación en las resoluciones impugnadas lesivo del derecho a la presunción de inocencia en cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo del delito de malversación en el demandante de amparo por las razones siguientes:

(i) Las resoluciones judiciales impugnadas han establecido, respecto del elemento subjetivo del delito de malversación del art. 432 CP en la redacción que resultaba de aplicación, que puede ser cometido por dolo eventual. En concreto, la sentencia de casación insiste en que jurisprudencialmente se ha admitido que para la existencia del delito en su modalidad activa basta el dolo eventual y que en cuanto al tipo de omisión impropia también se admite este título de imputación subjetiva, cuando el sujeto se represente la alta probabilidad de la existencia de la situación que le obliga a actuar y

aun así no actúe [fundamento de Derecho 32.3 (viii), pág. 320]. El Tribunal no ha objetado desde la perspectiva del art. 25.1 CE esta interpretación y ha rechazado que vulnere el derecho a la legalidad penal del demandante de amparo en el fundamento jurídico 5.2. Por tanto, en coherencia con esta conclusión, la actividad probatoria a desarrollar en la vía judicial respecto de la concurrencia del elemento subjetivo de este delito lo puede ser en su modalidad de dolo eventual.

Las resoluciones judiciales, con fundamento en la anterior interpretación, han establecido la responsabilidad penal del demandante de amparo por el delito de malversación al considerar, en la vertiente subjetiva de este delito, que al desarrollar los actos ejecutivos de la firma de los convenios particulares y el pago de las ayudas asumía la eventualidad de que algunos de los fondos vinculados al programa presupuestario 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados, tal como finalmente sucedió.

En este contexto, no considero adecuado que se estime vulnerado el derecho a la presunción de inocencia con fundamento en que era preciso que en la vía judicial se acreditara que el demandante de amparo «participó activa u omisivamente con conocimiento de que los fondos públicos del programa 31L se estaban concediendo sin que existiera un fin público que justificara su concesión o para fines distintos de los previstos en dicho programa 31L» (FJ 6.4) y, por tanto, que es una inferencia excesivamente abierta concluir que se representó, con el grado de concreción que demanda la imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo.

En efecto, partiendo del presupuesto de que tanto en la vía judicial como en esta jurisdicción de amparo no se ha controvertido la posible imputación subjetiva de este delito a título de dolo eventual y que bastaba para ello asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa presupuestario 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al que estaban destinados, el elemento a probar en la vía judicial no sería el conocimiento efectivo y actual por parte del demandante de amparo de que había concretos fondos públicos que se estuvieran concediendo sin que existiera un fin público que los justificara o para fines distintos de los previstos, sino tan solo la eventualidad de que pudieran estar siendo concedidos para esos fines ajenos a lo legalmente establecido.

(ii) La anterior precisión determina que el control externo a desarrollar por el Tribunal bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia tuviera como objeto verificar que las resoluciones judiciales impugnadas hubieran considerado acreditado no que el demandante de amparo conoció que los fondos vinculados al programa presupuestario 31L, de los que estaba disponiendo mediante la suscripción de los convenios particulares, lo eran con fines ajenos a los que estaban legalmente destinados –lo que hubiera constituido un dolo directo– sino, meramente, que asumió esa eventualidad –lo que constituía un dolo eventual–.

A estos efectos, ha sido expuesta con extensión y acierto la jurisprudencia constitucional sobre la prueba de los elementos subjetivos del delito a partir de la llamada prueba indiciaria, conforme a la cual, bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, lo que resulta preciso en el control externo a desarrollar por el Tribunal en la jurisdicción de amparo es verificar (a) que los hechos objetivos base indiciarios están plenamente probados; (b) que el elemento subjetivo se deduce de esos hechos indiciarios base; y (c) la razonabilidad de la inferencia en el sentido de que en la vía judicial se hayan exteriorizado los hechos indiciarios base y se haya explicado el razonamiento de la deducción asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.

No obstante, creo que también es preciso añadir que la jurisprudencia constitucional ha destacado que en la labor de control externo a desarrollar por el Tribunal debe tomarse en consideración que «cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos

elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria» (así, SSTC 133/2014, de 22 de julio, FJ 10, o 146/2014, de 22 de septiembre, FJ 5, con abundantes referencias).

(iii) Considero, en el mismo sentido que ha sido afirmado por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones en el presente recurso de amparo, que las resoluciones judiciales han dado debido cumplimiento a las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia al concluir acreditado el elemento subjetivo del delito de malversación en el demandante de amparo a título de dolo eventual –asumir la eventualidad de que los fondos vinculados al programa presupuestario 31L de los que estaba disponiendo mediante la suscripción de los convenios particulares lo estaban siendo con fines ajenos a los que estaban legalmente destinados– a partir de la prueba indiciaria.

(a) En la vía judicial se ha establecido como un primer hecho objetivo base indiciario plenamente probado que el demandante de amparo, en su condición de director general del IFA/IDEA, en tanto que esta agencia estaba sujeta al control financiero permanente por la Intervención General de la Junta de Andalucía, que se materializaba básicamente en la emisión de tres informes anuales, era uno de los destinatarios de dichos informes.

La sentencia de instancia hace en el apartado noveno de los hechos probados (págs. 62 y ss.) y en el fundamento de Derecho 31 (págs. 1058 y ss.), en el que se abordan singularmente los hechos imputados al demandante de amparo, una relación pormenorizada de esos informes y de las deficiencias e incidencias reflejadas en los mismos, haciendo un especial análisis del informe adicional de ayudas, realizado en el año 2005, que figura como anexo III, dentro del informe de cumplimiento del ejercicio 2003, que incluye «Informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de Trabajo y Seguridad Social», en el que se relataban numerosas irregularidades.

A partir del contenido de ese informe, la sentencia de instancia, al valorar la concurrencia de dolo eventual en el delito de malversación, contando ya con el resultado de los informes periciales practicados en la vista oral sobre la totalidad de los convenios particulares suscritos por el IFA/IDEA, afirma que la circunstancia de que se pudieran hacer pagos completamente ajenos al interés público o con fines diversos sin relación alguna con las ayudas sociolaborales o dirigidos a empresas sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las ayudas, careciendo incluso de trabajadores, «ya [se] advertía [por] la Intervención en sus informes», reiterando algunas de las deficiencias e irregularidades que se ponían de manifiesto en el informe adicional al de cumplimiento de 2003 (págs. 1721 y ss.).

(b) En la vía judicial se hace mención, como un segundo hecho objetivo base indiciario plenamente probado, a que el demandante de amparo, en su condición de director general del IFA/IDEA, tenía la responsabilidad de formular las cuentas anuales de la agencia, que bien firmaba el presidente de la agencia bien el demandante de amparo, y de participar en las reuniones de su consejo rector.

La sentencia de instancia hace en el apartado noveno de los hechos probados (págs. 62 y ss.) y en el fundamento de Derecho 31 (págs. 1058 y ss.), en el que se abordan singularmente los hechos imputados al demandante de amparo, una relación pormenorizada de las incidencias contables, incluyendo que los pagos derivados de los convenios particulares, cuyo importe llegaba vía transferencia de financiación, se contabilizaban en el apartado «otros gastos de explotación» y, por tanto, como gastos ficticios; y que, estando sometidas las cuentas a informes de auditoría externa, en estos se destacaba la incertidumbre sobre el abono de las cantidades que mantenía en descubierto, al exceder los compromisos asumidos en los convenios, con la cantidad efectivamente recibida en la agencia, vía transferencia de financiación; dirigiendo al respecto el demandante de amparo una carta al director general de Trabajo exigiendo que se pusiera solución a este problema, precisando que consideraba necesario que tal solución pasara por la aprobación del secretario general técnico de Empleo. Igualmente se destacaba cómo en el acta de una reunión del consejo rector consta la adopción de un acuerdo provisional para someterlo a la ratificación del Consejo de Gobierno en relación con la autorización de la firma de un convenio de colaboración entre IDEA y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social en el que se encomienda a aquella el abono de la subvención excepcional a una empresa por importe de 3 800 000 euros, que según se constató en la prueba pericial practicada no constaba en la documentación examinada que se hubiera remitido a dicha ratificación.

A partir de estos hechos probados, la sentencia de instancia, al valorar la concurrencia de dolo eventual en el delito de malversación, afirma que «el acusado era plenamente consciente de la palmaria ilegalidad de los actos en los que participó, relatados en los hechos probados. Asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» (págs. 1066 y 1067). A esos efectos, se insiste en la sentencia de instancia en que «respecto a los desembolsos con ausencia total de controles, que revela una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación. Consta en la causa la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización» (págs. 1732 y 1733).

(c) En definitiva, cabe apreciar que, en la vía judicial, a partir de esos hechos objetivos base, se ha inferido que el demandante de amparo asumió la eventualidad de que hubiera fondos vinculados al programa presupuestario 31L de los que estaba disponiendo mediante la suscripción de los convenios particulares que lo fueran con fines ajenos a los que estaban legalmente destinados.

Esa inferencia se sustenta, en el plano abstracto, en la regla de experiencia de que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción y, sin embargo, actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado; y en el plano concreto, en que el demandante de amparo, al autorizar los pagos y permitir la actuación de la agencia de la que era director en el sistema creado para la gestión de estas ayudas, conociendo la forma en que se gestionaban, asumía el riesgo de menoscabo de los caudales públicos, aceptando ese riesgo sin adoptar, pudiendo hacerlo, medida alguna para ponerle fin o para no contribuir a su mantenimiento (así, fundamento de Derecho 140, pág. 1046, de la sentencia de casación).

(iv) Por tanto, desde la perspectiva del control externo que es propio de la jurisdicción de amparo, globalmente considerada la prueba practicada y la inferencia derivada de la misma respecto de la concurrencia del elemento subjetivo del delito de malversación tal como había sido configurado legalmente en la vía judicial, que admitía la imputación subjetiva a título de dolo eventual, entiendo que tampoco resulta adecuado concluir que las resoluciones judiciales hayan desatendido la exigencias del derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre ese particular, en la medida en que la

inferencia alcanzada de que el demandante de amparo actuó asumiendo la eventualidad de que los fondos vinculados al programa presupuestario 31L estuvieran siendo dispuestos con fines ajenos a los que estaban legalmente destinados responde a las reglas del criterio humano o a las reglas de la experiencia común.

Madrid, a dos de julio de dos mil veinticuatro.–María Luisa Segoviano Astaburuaga.–
Firmado y rubricado.

Voto particular conjunto que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2136-2023 interpuesto por don Miguel Ángel Serrano Aguilar

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulamos el presente voto particular. Consideramos que el recurso de amparo debió ser inicialmente inadmitido –como se expuso en el voto particular al ATC 288/2023, de 5 de junio– y una vez admitido desestimado, por las razones que se exponen a continuación.

La presente sentencia se construye argumentalmente aplicando el razonamiento contenido en la STC 93/2024, de 19 de junio, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza (recurso de amparo 6971-2022) junto con el que se contiene en las ponencias incluidas en el mismo orden del día, que resuelven los recursos de amparo interpuestos por don Antonio Fernández García (recurso de amparo 2348-2023), don Francisco Vallejo Serrano (recurso de amparo 2360-2023), don Jesús María Rodríguez Román (recurso de amparo 2361-2023) y doña Carmen Martínez Aguayo (recurso de amparo 2391-2023), en los que se reconoce bien exclusivamente la vulneración del derecho a la legalidad penal –en relación con el delito de prevaricación administrativa y/o el de malversación– y/o también la del derecho a la presunción de inocencia.

1. Consideraciones comunes a las sentencias que resuelven los indicados recursos de amparo frente a las condenas recaídas en el conocido caso de los «ERE».

a) Debe indicarse que todas las sentencias que resuelven los referidos recursos de amparo relativos a las condenas por los denominados «ERE», dan una respuesta estandarizada cuando se enfrentan a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) sea en su proyección a las condenas por prevaricación o por malversación y ello con independencia del contenido de las demandas e incluso prescindiendo de que tal derecho haya sido o no invocado. Existe una predeterminación argumental que margina el contenido de los recursos, se desvincula de los mismos, los orilla, procediendo incluso en relación con la vulneración del derecho a la legalidad penal a proyectar sobre el delito de malversación de caudales públicos una prohibida reconstrucción del recurso o directamente a dar respuesta a un planteamiento inexistente. Se incumple la acrisolada doctrina constitucional por la que se prohíbe la reconstrucción de oficio de la demanda y de modo expreso suplir las razones del recurrente o efectuar una labor de integración de las mismas cuando no se aportan al recurso (SSTC 123/2006, de 24 de abril, FJ 3; 196/2006, de 3 de julio, FJ 3; 74/2007, de 16 de abril, FJ 2; 42/2008, de 10 de marzo, FJ 2, y 182/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Las sentencias, en los motivos de amparo que estiman, efectúan una revisión de oficio de las sentencias del Tribunal Supremo desvinculándose de los argumentos de los recurrentes.

b) La doctrina plasmada en las sentencias produce el resultado de exonerar de responsabilidad a los miembros del Gobierno de la Junta de Andalucía en todo lo concerniente a la elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos y a las enmiendas presupuestarias o su ejecución. Los declara *de facto* irresponsables y extiende sobre ellos un privilegio de inviolabilidad e inmunidad. La consecuencia de

dicha doctrina es la estimación de todas las demandas de amparo y seguramente ocasionará el archivo de buena parte del centenar de piezas separadas que se encuentran pendientes de enjuiciamiento.

c) Tal doctrina es inasumible pues deja al margen de todo control aquello que tenga que ver con la actividad presupuestaria desde la fase inicial de elaboración de los presupuestos a la fase final de su ejecución. Con ello se desprotege la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos, los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública. Dicha doctrina incumple las exigencias internacionales de lucha contra la corrupción política y cuando tenga proyección en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea producirá un incumplimiento de las obligaciones de España, incompatible con lo dispuesto en el artículo 325.1 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, de luchar contra el fraude y contra toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión, de prevenir y combatir la corrupción en general y de prever la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias en caso de que tales infracciones se produzcan (SSTJUE de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion, asunto C-357/19, § 184-187 y 193-194, y de 24 de julio de 2023, Lin, asunto C-107/23 PPU, § 83-84, 86, y 91-94, y auto de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2022, FX y otros, asuntos acumulados C-859/19, C-926/19 y C-929/19, § 92).

d) La impunidad que establece la sentencia se aplica: (i) a quienes elaboraron los proyectos de ley o las modificaciones presupuestarias para provisionar fondos al IFA/IDEA mediante un instrumento lícito, las «transferencias de financiación», con la finalidad de preparar el camino para que otros miembros del Gobierno pudieran destinar tales provisiones a fines no previstos en el presupuesto, las «ayudas sociolaborales»; (ii) a quienes al ejecutar el programa presupuestario en lugar de aplicar los fondos a gastos de explotación dispusieron de los mismos de modo libérrimo como si fueran propios o permitieron conscientemente, teniendo la obligación de impedirlo, que otros efectuaran tales disposiciones.

e) En todos los casos esa irresponsabilidad e imposibilidad de control se apoya en una construcción artificiosa a modo de *mantra* jurídico que carece de sustento racional y de apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo y que se repite en todas las sentencias como piedra angular para afirmar la vulneración del derecho a la legalidad penal: quien obra amparado por la ley de presupuestos no puede prevaricar ni puede malversar caudales públicos.

Sin embargo, ninguno de los condenados estaba amparado por las sucesivas leyes de presupuestos para cometer los delitos. Las leyes no delinquieron, eran neutras en la previsión de transferencias de financiación para gastos de explotación. Quienes delinquieron fueron quienes previeron las transferencias de financiación de modo innecesario con la idea de que otros tuvieran recursos para destinarlos a fines ajenos a los presupuestados. Así lo afirma el Tribunal Supremo cuando indica que la actuación de desvío de fondos no venía obligada por los presupuestos. O cuando refiere que «no puede afirmarse que [el Parlamento] modificara de forma implícita el uso de las transferencias de financiación para fines diferentes a la cobertura de los gastos de explotación o necesidades de capital del IFA/IDEA y, mucho menos, que aprobase la forma en que se llevó a cabo la ejecución del gasto, disociando concesión y pago y eludiendo los requisitos y controles establecidos en la normativa de subvenciones».

f) Ese mismo *mantra* jurídico sirve de modo inconsistente para distinguir, a los efectos de resolver la vulneración del derecho a la legalidad penal, entre aquellas modificaciones presupuestarias o disposiciones de fondos según tuvieran o no amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L. Como se ha indicado el mencionado programa no determinaba que las transferencias de financiación con que el mismo se dotaba pudieran destinarse a fines distintos a los de gastos de explotación.

g) Puede considerarse común a todas las sentencias que con el pretexto de enjuiciar la vulneración del derecho a la legalidad penal irrumpen en el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria y suplantán la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley (art. 123 CE) erigiéndose de este modo el Tribunal Constitucional en Tribunal de Casación al interpretar el concepto de «resolución» y de «asunto administrativo». Y también es común a todas ellas que con un entendimiento indebido del enjuiciamiento que le corresponde al Tribunal Constitucional en relación con el derecho a la presunción de inocencia, se apartan de la acrisolada doctrina de este tribunal y revisa, conforme a criterios de calidad o de oportunidad, la valoración probatoria de los tribunales ordinarios para reelaborarla previa selección sesgada del acervo probatorio, convirtiéndose de este modo en tribunal de apelación.

h) Y finalmente, como consecuencia de todo ello, las sentencias ocasionan un daño institucional difícilmente reparable, pues para anular las condenas recaídas en el asunto de corrupción más importante de la historia reciente de España rectifican 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, sustituyen la valoración probatoria efectuada por los órganos judiciales y dejan al margen de todo control el proceso de elaboración, modificación y ejecución presupuestaria.

2. Contenido de la sentencia del Tribunal Supremo como respuesta al planteamiento del 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 y exige el examen metodológico de la vulneración del principio de legalidad penal– los argumentos que llevan al Tribunal Supremo en su sentencia 749/2022, de 13 de septiembre, a calificar la conducta del recurrente de delito continuado de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, obligarían a suplir la injustificada omisión de la sentencia y a sintetizar las sólidas razones que el Tribunal Supremo 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; en el apartado VII, a lo largo de cincuenta y tres páginas, con la rúbrica «Juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos», páginas 310 a 363; y en el apartado VIII al «Juicio de autoría», páginas 364 a 373.

Su mera lectura evidencia por sí sola la razón del desencuentro con la sentencia que resuelve el recurso de amparo y el incomprensible silencio que sobre su contenido se guarda en los antecedentes. Sin embargo, las características de concisión que debe contener un voto particular, mal que nos pese, impiden que podamos exponerlas, debiendo remitirnos directamente a su contenido fácilmente accesible, sin perjuicio de referirnos a sus fundamentos al exponer nuestra discrepancia con la sentencia que resuelve el recurso de amparo.

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

3.1 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 quiebras 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).

3.2 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.

4. Sobre la improcedente reconstrucción de la demanda de amparo en que incurre la sentencia y la desviación de su objeto para reconocer la vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con los delitos continuados de prevaricación y de malversación

4.1 Objeto de la demanda de amparo: planteamiento de la vulneración del principio de legalidad penal por el recurrente y respuesta dada por la fiscal que formula las alegaciones

4.1.1 Planteamiento de recurrente.

El recurrente plantea como motivo tercero de la demanda de amparo la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Dicha argumentación se recoge en la letra c) del antecedente 3 de la sentencia. Considera el demandante que los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial no son subsumibles en los delitos de prevaricación y malversación y el Tribunal Supremo no ha reparado la vulneración.

Destaca que en los hechos probados no se describe ningún acto administrativo dictado por el recurrente, quien no tramitó ningún expediente de ayuda como director del IFA/IDEA, al actuar esta entidad como mera caja pagadora en función de las órdenes de pago emitidas por la Dirección General de Trabajo. El recurrente destaca que no aprobó las cuentas del IFA/IDEA, solo las formulaba, ni realizó acto alguno de confección del presupuesto.

En relación con la malversación, indica que no se apropió de caudales ni consintió que ningún tercero se apropiara. Afirma que los hechos probados describen desviaciones normativas en la tramitación de los procedimientos administrativos o presupuestarios, pero ello no es suficiente para acreditar los elementos objetivos y subjetivos del delito. La comisión de la prevaricación no puede conducir a dar por probada la malversación. La sentencia, al excluir del enjuiciamiento las ayudas individuales, ha dejado fuera del objeto de enjuiciamiento la finalidad pública y el interés social de cada una de ellas. La concepción de que se malversa porque se prevarica no es conforme con el tipo penal.

4.1.2 Posición del Ministerio Fiscal.

La fiscal responde al planteamiento del recurrente solicitando la desestimación de la vulneración invocada. Sus argumentos se recogen en el antecedente 6 de la sentencia. Sostiene que omite los elementos fácticos relevantes que le incriminan, entre otros, la firma de los convenios particulares, las consiguientes autorizaciones de pago, el fraccionamiento de la cuantía de las ayudas, la indebida contabilización en los presupuestos de la agencia IFA/IDEA como gastos de explotación de los importes de las transferencias de financiación o el conocimiento y aceptación del resultado del desvío de los fondos. Por ello concluye que en las resoluciones existe una descripción suficiente de

las conductas que permite una adecuada subsunción en los tipos por los que ha sido condenado por lo que, en línea con los fiscales que formularon la acusación y que solicitaron que se mantuviera la condena, concluye que no puede apreciarse la vulneración del principio de legalidad penal.

A continuación, expondremos cómo la sentencia se desconecta de los argumentos de la demanda de amparo para llevar a cabo una revisión de oficio de la sentencia del Tribunal Supremo.

4.2 Desvinculación de la argumentación de la sentencia del Tribunal Constitucional del planteamiento de la demanda de amparo para estimar la vulneración del principio de legalidad penal.

La inexistencia de arbitrariedad como motivo para estimar la vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por prevaricación no ha sido planteada por el recurrente.

a) La sentencia, en el fundamento jurídico 4, desconectado del planteamiento del recurrente que únicamente considera vulnerada la legalidad penal por entender que los hechos probados no son subsumibles en los tipos aplicados, abre el portillo argumental que conduce a la estimación de la demanda de amparo y por ende, como se puso de manifiesto en la deliberación infructuosamente, produce un alto riesgo de impunidad de todas las piezas separadas de los expedientes de regulación de empleo que están pendientes de enjuiciamiento, al introducir el siguiente argumento novedoso: es imprevisible calificar como arbitraria la conducta del recurrente pues la misma está amparada por la Ley.

Sin embargo, el recurrente ni tan siquiera cuestionó la arbitrariedad de sus resoluciones y por tanto no calificó de imprevisible que las mismas merecieran la consideración de arbitrarias. La sentencia que resuelve el recurso de amparo efectúa un control de oficio de la sentencia del Tribunal Supremo desvinculándose del contenido de la demanda de amparo.

b) El demandante de amparo en modo alguno plantea que el Tribunal Supremo fundamente su condena en una determinada comprensión de las relaciones entre el Ejecutivo autonómico y su Parlamento, o que desconozca el papel esencial y la centralidad del Parlamento o la posición privilegiada de la ley. Tampoco plantea que las subvenciones o pagos no fueran arbitrarios. No cuestiona la concurrencia de ese elemento del tipo que determina la condena por prevaricación administrativa. La sentencia construye una demanda de amparo paralela para reconocer la vulneración del derecho a la legalidad penal.

c) El recurrente discute la existencia de dolo en su conducta. Esto es a lo más que alcanza –en línea con el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo, que tampoco niega el carácter arbitrario de las subvenciones– y llega a decir que no «se ha acreditado que estuvieran al tanto de que se estaban concediendo de forma arbitraria como subvenciones o como pagos a profesionales cantidades muy superiores a las legalmente autorizadas» e indica que no existen pruebas directas ni indicios objetivables de que tuvieran conocimiento de una conducta dolosa fraudulenta. Pero no discute que la arbitrariedad existiera (pág. 56 de la demanda de amparo). Por tanto, acepta, no cuestiona, su carácter ilegal, pero niega que lo conociera.

d) En consecuencia, no se apoya en el argumento de que su actuación estaba amparada por la ley como sostiene la sentencia, al contrario, asume la ilegalidad de las ayudas, pero alega desconocimiento. No cuestiona que las resoluciones impugnadas se califiquen como «arbitrarias». Es decir, no impugna el carácter arbitrario de: (i) los órdenes de pago de ayudas; (ii) la firma de cerca de cincuenta y tres convenios particulares que daban sustento al pago de las ayudas; o (iii) la formulación de sucesivas cuentas anuales cursadas. No califica de imprevisible esa calificación. Es la sentencia de la que discrepamos la que lo efectúa por el recurrente.

e) El recurrente tampoco cuestiona el hecho probado de que «en la agencia se conocía que las ayudas las concedía la Consejería de Empleo, lo que no se decía ni en

los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos. En la agencia conocían que presupuestaban gastos ficticios para compensarlos con los ingresos procedentes de las transferencias de financiación, lo que obviamente tampoco se decía en los presupuestos, ni en la documentación anexa a los mismos», sin que el IFA/IDEA actuara mediante encargo de ejecución, sino como una entidad colaboradora, con conocimiento del recurrente de las advertencias que se efectuaron sobre la irregularidad. El recurrente, simplemente, como indica la fiscal, efectúa una selección sesgada de los hechos para sostener que los mismos no son típicos y que se ha vulnerado la legalidad penal. Pero no cuestiona la ilegalidad de las ayudas concedidas. No plantea el recurrente que, encontrándose en vigor el programa presupuestario 31L, era imprevisible que se consideraran manifiestamente ilegales los actos dictados a su amparo.

f) Por tanto, es claro que la sentencia que resuelve el recurso de amparo se desvincula de la demanda de amparo al construir un argumento estimatorio del recurso no planteado por el recurrente y concluir que la condena por prevaricación vulneró el derecho a la legalidad penal al efectuar una interpretación imprevisible. El recurrente no afirma que fuera imprevisible calificar su conducta de prevaricación continuada de arbitraria. La sentencia ha completado la demanda con un argumento no planteado por el recurrente para sustentar la vulneración del derecho a la legalidad penal y estimar el recurso de amparo.

4.3 Reutilización del argumento no planteado por el demandante: «la condena por malversación fue imprevisible porque el recurrente ajustó su comportamiento a las previsiones de las sucesivas leyes de presupuestos y por ello se vulneró la legalidad penal» al condenar por el delito de malversación.

a) Como se ha indicado, el demandante de amparo fundamenta en la demanda –como ya lo hiciera en el recurso de casación, obteniendo razonable respuesta en los fundamentos de Derecho 139 y 140 de la sentencia del Tribunal Supremo– que la condena por el delito de malversación quiebra la legalidad penal al entender que se le condena por unos hechos que la norma penal no sanciona. Indica que solo es posible realizar la subsunción típica aplicando el derecho a los hechos probados, sin que los hechos desparramados por los más de mil folios puedan tener virtualidad a efectos de subsunción. Sostiene que en los hechos probados no se llega a describir un episodio fáctico que integre el tipo, lo que se describe serían «distintas desviaciones normativas en la tramitación de distintos procedimientos administrativos y presupuestarios, lo que en sí mismo no es suficiente para dar por probados los elementos objetivo y subjetivo del tipo del artículo 432 del Código penal». Considera, en línea con el voto particular emitido por dos magistradas del Tribunal Supremo, que se equipara la prevaricación a la malversación, sin enjuiciar si efectivamente se ha producido la desviación de caudales públicos. Examina los apartados A), B) y C) del hecho vigésimo séptimo de los hechos probados y concluye que la ausencia de una concreta descripción del empleo del caudal público imposibilita la calificación de la conducta como malversación.

b) La sentencia frente a la que manifestamos nuestra discrepancia identifica la alegación del recurrente en el primer párrafo del fundamento jurídico 5.2. En primer lugar, la sentencia considera que no es contraria al principio de legalidad la interpretación que el Tribunal Supremo efectúa del art. 432 CP, interpretación que por otra parte el recurrente no había cuestionado y por tanto no formaba parte del objeto de la demanda.

c) A partir de ahí, la sentencia debería haber razonado, como afirma la fiscal, que el recurrente hace una selección de los hechos probados incompleta en la que omite mencionar elementos fácticos relevantes que permiten una adecuada subsunción en los tipos penales por los que ha sido condenado. Esta apreciación de la fiscal es coincidente tanto con el criterio del fiscal que sostuvo la acusación como con el del fiscal que solicitó que se mantuviera la condena, y respetuosa con el principio de unidad de actuación (art. 124.2 CE).

d) En efecto, el relato de hechos probados, como acertadamente argumenta la sentencia del Tribunal Supremo, describe el procedimiento ilegal de concesión de las

ayudas que se instauró a partir del ejercicio 2000 y en el que intervino directa y materialmente el acusado como director general del IFA/IDEA suscribiendo los convenios particulares con la Dirección General de Trabajo y abonando las ayudas derivadas de los citados convenios, pese a conocer que no se seguía procedimiento alguno, que los expedientes no eran fiscalizados ni en la Consejería de Empleo, ni en la entidad pública porque dichos expedientes quedaban depositados en la consejería, que no contenían solicitud, memoria económica, requisitos o justificación de la finalidad pública de la ayuda, que el IFA actuaba indebidamente como entidad colaboradora y que se estaba generando un déficit presupuestario por asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria. No eran simples irregularidades administrativas, sino la disposición de fondos como si fueran propios, al margen de todo requisito legal y al margen de todo control. Añade que su actuación formó parte de un sistema en el que el pago de las ayudas era el último eslabón, pero ese pago era necesario, por lo que, sabiendo cómo se estaban gestionando las ayudas, pudo y debió impedirlo, negándose a firmar los convenios particulares que le pasaban a la firma y no permitiendo que la agencia de la que era director actuara como entidad colaboradora, dando cobertura al pago de las ayudas sin control y sin siquiera bases reguladoras.

e) Sin embargo, la sentencia se desvincula del recurso de amparo y en lugar de dar respuesta a lo que plantea el recurrente –y que es contestado por la fiscal– y consiguientemente atendidos los hechos probados considerar que existió desviación de caudales públicos y que se respetó la legalidad penal, deforma el proceso de amparo al integrar la demanda de amparo con un argumento inexistente en la misma.

f) La sentencia que resuelve el recurso de amparo innova la demanda y de modo sorpresivo considera que las resoluciones impugnadas vulneraron el principio de legalidad por subsumir en el delito de malversación la gestión de fondos públicos cuando dicha gestión fue conforme a las determinaciones del programa 31L establecido por una ley no impugnada ni cuestionada ante el Tribunal. Dicha creación argumental, elaborada al margen de los planteamientos de los recurrentes, permitirá estimar buena parte de los recursos de amparo y seguramente afectará al centenar de piezas de los ERE que se encuentran actualmente en tramitación.

g) El indicado argumento parte de una premisa que no es cierta pues las leyes de presupuestos no autorizaban el pago de ayudas sociolaborales, sino que preveían ingentes e innecesarios fondos en concepto de transferencias de financiación para el IFA/IDEA que debían destinarse a gastos de explotación pero que eran desviados, con conocimiento de todos los implicados, a fines distintos a los que estaban destinados, concediendo ayudas al margen de los mecanismos reguladores de las mismas aprovechándose de su responsabilidad en IFA/IDEA.

h) No cabe sostener como piedra angular para la impunidad de la mayor trama de corrupción institucionalizada desde un Gobierno autonómico el mantra de que los responsables ajustaron su comportamiento a la ley y que las «leyes no delinquen». Quienes delinquieron fueron los que dictaron resoluciones con la finalidad de dotar arbitraria e innecesariamente mediante transferencias de financiación al IFA/IDEA de unos fondos para hacer frente a unos gastos de explotación que el IFA/IDEA no tenía y facilitaron de este modo el camino para que los responsables del instituto pudieran disponer de tales fondos que debían ser destinados a gastos de explotación y desviarlos al pago de ayudas sociolaborales al margen de todo control disponiendo de los fondos públicos como si fueran propios.

5. Vulneración del principio a la presunción de inocencia.

5.1 Planteamiento del demandante.

El demandante considera que ha sido condenado por el delito de malversación de caudales públicos al considerarse acreditado que asumió la eventualidad de que se malversaran fondos públicos. Considera que tal hecho probado resulta acreditado exclusivamente por haber tenido conocimiento del informe adicional de cumplimiento del

ejercicio 2003 por la Intervención del control financiero permanente del IFA/IDEA. Entiende que la valoración que el Tribunal ha realizado del conocimiento de dicho informe es manifiestamente irracional y que del mismo no se puede concluir la existencia de dolo eventual ni siquiera tangencialmente.

5.2 Alegaciones de la fiscal.

Por su parte, la fiscal afirma que ni la sentencia de la Audiencia Provincial ni la del Tribunal Supremo hacen depender la acreditación del elemento subjetivo del injusto del delito de malversación exclusivamente del conocimiento del contenido del referido informe. A juicio de la fiscal, la conclusión a la que llega el órgano judicial parte de la valoración efectuada de manera conjunta con otros elementos de prueba omitidos por el recurrente y está fundada en una prueba de cargo suficiente, constituida por múltiples elementos de prueba de distinta naturaleza, identificados en la sentencia y cuya validez no ha sido cuestionada.

5.3 Fundamentación de la sentencia del Tribunal Supremo.

La STS 749/2022, frente a la alegación –ya planteada en el recurso de casación– de que ha sido condenado exclusivamente por haber tenido conocimiento del informe adicional de cumplimiento del IFA correspondiente al año 2003 y los argumentos esgrimidos por el recurrente, que coinciden con los que se formulan en la demanda de amparo, razona que:

«El señor Serrano Aguilar no ha sido condenado por el delito de malversación con base, exclusiva, en el contenido del informe adicional al informe de cumplimiento del año 2003. La prueba expuesta, que hemos examinado, evidencia que el conocimiento de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas objeto del presente procedimiento tuvo su origen en múltiple prueba distinta de aquel informe. Asimismo, evidencia que, pese a tal conocimiento, firmó un total de cuarenta convenios particulares, en virtud de los cuales se comprometió el pago de diversas cantidades en concepto de ayudas y subvenciones, con cargo a los fondos transferidos a la partida 440 del programa 31L. A ello debe añadirse que, desde un punto de vista contable, las cantidades transferidas solo podían ser destinadas a cubrir unos supuestos "gastos de explotación", cuando, en realidad, fueron utilizados para el pago de las ayudas antes referidas.»

Añade, haciendo mención a lo argumentado en relación con don José Antonio Griñán, que «la sentencia expone y justifica de forma bastante y racional todas aquellas pruebas directas e indirectas, en virtud de las cuales asumió la virtualidad de que los fondos vinculados al programa 31L, que se nutrían con las transferencias de financiación, serían destinados al pago de las ayudas comprometidas por la Consejería de Empleo. El uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro. Pero el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el señor Griñán asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público, en el sentido expuesto en esta resolución».

Y concluye que «la prueba de cargo demostrativa del dolo en el delito de malversación es plural y bastante. Asimismo, constatamos que la misma fue racionalmente valorada por el tribunal a quo».

Finalmente indica que:

«En resumen, las pruebas acreditan que el señor Serrano Aguilar:

(i) Ocupó el cargo de director general de la agencia IDEA desde el 17 de junio de 2004, hasta el 14 de mayo de 2008.

Al tiempo de su toma de posesión, se hallaba instaurado el sistema de concesión ilegal de ayudas objeto de este procedimiento, en el que, desde el punto de vista presupuestario, las transferencias de financiación al IFA/IDEA desarrollaban un papel principal, al ser el mecanismo a través del cual se dotaba de fondos a la partida 440, del programa 22E/31L; y, desde el punto de vista de la ejecución del presupuesto, los convenios particulares otorgados al amparo del convenio marco de 17 de julio de 2001 constituyeron el instrumento a través del cual se comprometieron las ayudas que finalmente eran pagadas por el IFA/IDEA, que, a tal efecto, actuaba indebidamente como entidad colaboradora de la Consejería de Empleo.

(ii) Al menos desde que le fueron comunicados el informe adicional al de cumplimiento del ejercicio 2003 de la agencia IDEA (el día 25 de julio de 2005), formulado por la Intervención General de la Junta de Andalucía y los sucesivos informes de cumplimiento, en su condición de director general de IDEA, tuvo conocimiento tanto del inadecuado uso de las transferencias para dotar de fondos a la partida 440, del programa 31L; como de la indebida utilización del IFA como entidad colaboradora para el pago de las ayudas comprometidas por la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, de conformidad con la normativa vigente, así como de las graves irregularidades que se realizaban en la tramitación de los expedientes tramitados por la Dirección General de Trabajo.

(iii) Pese a ese conocimiento, firmó más de cuarenta convenios de ayudas sociolaborales y a empresas, con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del convenio marco de 17 de julio de 2001.

(iv) A través de esos convenios, se comprometió el pago de cantidades sin cobertura presupuestaria, lo que conllevó que el IFA reconoció un pasivo exigible con solicitantes de ayudas por esas cantidades, causando un déficit en las cuentas de la agencia IDEA. Ese resultado negativo provocó una disminución neta por ese importe de los fondos propios y esa disminución, siquiera temporal, de los fondos propios del organismo, afectó a determinadas magnitudes financieras, en particular, al fondo de maniobra/capital circulante, a la autonomía financiera, al endeudamiento y a la solvencia. Fue consciente de ese déficit, en la medida en que era el encargado de elaborar las cuentas de la agencia IDEA y, asimismo, por cuanto le fue advertido en los informes antes referidos.

(v) De acuerdo con lo expuesto, el señor Serrano Aguilar, consciente de la ilegalidad del sistema de concesión de ayudas, en cuyo desarrollo y ejecución intervino de forma directa (en particular, al firmar los convenios particulares), asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran dispuestos con fines ajenos al fin público al que estaban destinados.

Por todo ello, concluimos que participó de forma consciente en la totalidad de los hechos expuestos en el *factum* de la sentencia a él atribuidos, al resultar acreditados por prueba suficiente al efecto, y, por tanto, que ninguna vulneración de su derecho a la presunción de inocencia se ha producido. La prueba de cargo fue bastante y su valoración lógica y racional.»

5.4 Fundamentación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla.

La sentencia de la Audiencia Provincial 490/2019, de 19 de noviembre, con fundamento en la prueba documental, considera acreditado que: (i) El informe de auditoría financiera de las cuentas anuales del IFA del ejercicio 2003, dirigido a su consejo rector y firmado el 15 de julio de 2004, cuantifica el déficit presupuestario en materia de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. (ii) Los responsables del IFA era concededores de que dicha institución no concedía ayuda alguna. (iii) Tras la adscripción del IFA a la Consejería de Innovación en el año 2004 fue presidente don Francisco Vallejo Serrano, como consejero de Innovación (desde el 25 de abril de 2004 hasta el 24 de abril de 2009) y don Jesús María Rodríguez Román (desde el 19 de marzo de 2005 hasta el 1 de abril de 2010) estuvo presente en las sesiones del consejo

rector en su calidad de viceconsejero de Innovación y Miguel Ángel Serrano Aguilar como director general del IFA/IDEA (entre junio de 2004 y mayo de 2008). (iv) El IFA/IDEA estaba sujeto a control financiero permanente de la Intervención General de la Junta de Andalucía que materializaba tres informes anuales, entre cuyos destinatarios estaba el director y el presidente del instituto. (v) En todos los referidos informes de cuentas anuales y auditorías de cumplimiento desde el año 2001 hasta el 2009 se recogía que la utilización de los fondos recibidos como transferencias de financiación para el gasto público realizado de subvenciones excepcionales era inadecuado. (vi) En los informes de auditoría de cumplimiento, desde el 2005 hasta el 2009, se recoge que el IFA/IDEA actuaba de manera improcedente porque lo que se estaba pagando por este eran subvenciones excepcionales, que no podían ser objeto de pago a través de entidades colaboradoras. (vii) El recurrente era destinatario de los informes de control financiero permanente del IFA/IDEA y tuvo conocimiento por tanto del uso del improcedente procedimiento descrito por el que se usaban transferencias de financiación para la concesión de ayudas sin cumplir los mecanismos de control de las mismas.

5.5 Doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia.

Este tribunal viene afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, «solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (FJ 2).

Constituye también doctrina consolidada de este tribunal que «no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este tribunal una tercera instancia» (por todas, STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

De este modo, hemos declarado con especial contundencia que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia «ha de partir "de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad"» [entre otras, SSTC 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 a), y 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4], advirtiendo que esta supervisión externa que hemos de realizar para apreciar la razonabilidad del expresado discurso ha de ser «extraordinariamente cautelosa» pues, en rigor, «la función de este tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él» (STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 6).

Esta imposibilidad de revisar por parte de este Tribunal Constitucional los diferentes elementos probatorios en que los tribunales penales basan su convicción, en la forma expuesta, resulta fundamentada, además, tanto por la prohibición legal de que el Tribunal Constitucional entre a valorar los hechos del proceso [art. 44.1 b) LOTC], como por la imposibilidad material de que los procesos constitucionales puedan contar con las garantías de oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria.

5.6 Aplicación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Como se ha expuesto, el recurrente considera que la única prueba de la que se infiere el conocimiento del mal uso de los fondos es la de haber tenido conocimiento del informe adicional de cumplimiento del ejercicio 2003 por la Intervención del control financiero permanente del IFA/IDEA. Dicho argumento, a la vista del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 749/2022 y de la sentencia de la Audiencia Provincial 490/2019, no es sostenible como bien indica la fiscal en sus alegaciones. La atribución al recurrente del conocimiento del mal uso de los fondos no se sustentó, como resulta de lo expuesto, en el del informe adicional de cumplimiento del ejercicio 2003 por la Intervención del control financiero permanente del IFA/IDEA, sino en la abundante prueba documental consistente en informes de cuentas anuales y auditorías de cumplimiento que año tras año recogían que la utilización de los fondos recibidos como transferencias de financiación para el gasto público realizado de subvenciones excepcionales era inadecuado y que se facilitaban al recurrente atendida su condición de director del IFA/IDEA.

Desde la proclamada falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, puede indicarse que el discurso de las sentencias por las que se ha sustentado que el recurrente actuó con conocimiento de la ilicitud del comportamiento no es irrazonable, sin que nos corresponda enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él.

Es por ello por lo que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 CE) debió ser desestimada.

5.7 Extralimitación de la sentencia de las funciones que le corresponden al Tribunal Constitucional al examinar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

a) La sentencia a la que formulamos el presente voto particular estima la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Para ello efectúa un extracto mínimo y sesgado del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, que puede ser efectuado por el silencio que de la misma se guarda en los antecedentes y por la mínima mención que se efectúa al razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial 490/2019. No toma en consideración los argumentos que, expuestos en ambas sentencias y referidos a la ingente prueba documental, sustentan la existencia de prueba de cargo del conocimiento de la ilicitud, única cuestión que plantea el recurrente vinculada a la presunción de inocencia.

b) La sentencia que resuelve el recurso de amparo asume la posición de tribunal de apelación para de este modo revisar la valoración probatoria y sustituir a los jueces y tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. Ahora bien, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una segunda instancia.

c) La sentencia que resuelve el recurso de amparo, desborda lo planteado en el recurso de amparo y efectúa un verdadero control de oficio de las resoluciones impugnadas al afirmar, en referencia al razonamiento de las sentencias de instancia y de casación, que «no aparece detallado con la misma exhaustividad a la hora de motivar la posible participación de aquel en la asignación de fondos del programa 31L [...] no desarrolla un mínimo juicio de autoría que permita determinar si el señor Serrano Aguilar tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos».

d) Para efectuar tales aseveraciones omite los razonamientos anteriormente expuestos en los apartados 5.3 y 5.4 en virtud de los cuales el recurrente fue director del IFA/IDEA, conocía que el instituto no daba ayudas, pero firmaba las mismas pese a las alertas de improcedencia de los informes anuales que se efectuaban.

e) Finalmente, cuando la sentencia aborda lo que realmente plantea el recurrente en relación con la presunción de inocencia, se limita a minimizar, en dos párrafos [FJ 6.4 (i) y (ii)], el razonamiento de las sentencias. Ignora la multitud de informes anuales que se remitían al recurrente en su condición de director del IFA/IDEA en los que se indicaba que la utilización de los fondos recibidos como transferencias de financiación para el gasto público realizado de subvenciones excepcionales era inadecuado y de este modo, excluida la extensa referencia que las sentencias efectúan a tales informes de auditoría y al concreto contenido de los mismos, alcanza la conclusión, sin más, de que el juicio de inferencia no resulta suficiente.

f) La sentencia ha efectuado una revisión de oficio de la motivación de las resoluciones impugnadas adentrándose en aspectos probatorios no controvertidos por el recurrente.

g) Finalmente, cuando la sentencia examina la queja del recurrente realiza un análisis sesgado y parcial del razonamiento de las sentencias de instancia y de casación para poder así considerar que no quedó acreditado que participó de forma activa u omisiva y con conocimiento de que los fondos públicos del programa 31L se estaban concediendo sin que existiera un fin público con el que justificar la concesión o para fines distintos de los previstos. De este modo margina la valoración probatoria de las sentencias a la que antes se ha hecho referencia y suplanta a los tribunales ordinarios en la función que les corresponde.

h) La sentencia efectúa un viraje en relación al tradicional modo de enfocar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y enjuicia la valoración de la prueba conforme a criterios de calidad o de oportunidad, alejándose de la supervisión externa que le corresponde y de la «extraordinaria cautela» que debe asumir, al no ser función del Tribunal enjuiciar el resultado alcanzado, sino controlar externamente el razonamiento lógico seguido por las resoluciones impugnadas. La argumentación de las sentencias de instancia y de casación, en razón a lo indicado, justifica de modo coherente el conocimiento que el recurrente tenía de la ilicitud de la concesión de ayudas por el IFA/IDEA en el periodo en el que él fue director.

En atención a lo expuesto formulamos el presente voto particular.

Madrid, a dos de julio de dos mil veinticuatro.—César Tolosa Tribiño.—Concepción Espejel Jorquera.—Firmado y rubricado.