

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17480 *Pleno. Sentencia 99/2024, de 16 de julio de 2024. Recurso de amparo 7007-2022. Promovido por don Manuel Chaves González 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. Vulneración del derecho a la legalidad penal: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:99

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. 7007-2022, promovido por don Manuel Chaves González, representado por el procurador de los tribunales don Fernando Martínez Nosti, bajo la dirección letrada de don Pablo Arturo Jiménez de Parga Maseda, contra la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016 y la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 601-2020. Han sido parte el Partido Popular representado por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano; don Gaspar Zarrías Arévalo, representado por la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura, bajo la dirección técnica del letrado don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solorzano; 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 letrada de don Luis Aparicio Díaz; don Antonio Vicente Lozano Peña y don José Antonio Grifán Martínez, representados por el procurador de los tribunales don Roberto Granizo Palomeque, bajo la dirección técnica del letrado don José María Calero Martínez, y doña Carmen Martínez Aguayo, representada por la procuradora de los tribunales doña Olga Coca Alonso, bajo la dirección técnica del letrado don Víctor Moreno Catena. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. El procurador de los tribunales don Fernando Martínez Nosti, en nombre y representación de don Manuel Chaves González, bajo la dirección letrada de don Pablo

Arturo Jiménez de Parga Maseda, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia, mediante escrito registrado en este tribunal el 27 de octubre de 2022.

2. Son antecedentes relevantes para resolver los siguientes:

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

Según el resumen efectuado por el Tribunal Supremo en la sentencia de casación (folio 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 0.1 13.00.01.00.48100, dentro del programa 22E, relativa a transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro y se tramitaba como una subvención excepcional, sujeta a fiscalización previa.

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

La sentencia en sus distintos fundamentos de Derecho, 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 del Parlamento de Andalucía 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 establecían 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 de 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 Real 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 procedieron a elaborar y aprobar los proyectos de ley de presupuestos en los que se incluía la partida 'Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales' en el nuevo programa 31L, que sustituía al 22E.

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

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

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

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

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

Las modificaciones presupuestarias fueron las siguientes:

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

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

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

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

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

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

Las consecuencias de semejante descontrol fueron las siguientes:

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

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

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

(iii) La no exigencia de justificación de requisitos previos y la ausencia de cualquier tipo de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios, permitió que un número indeterminado de ellos siguiera percibiendo las rentas, aun habiéndose incorporado de nuevo al mercado laboral, o pese 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 por haber participado en los hechos anteriores, en su calidad de presidente de la Junta de Andalucía de 1990 hasta 2009. Como tal, participó en la aprobación de los anteproyectos de presupuestos y envió de aquellos al Parlamento desde el ejercicio del año 2002 al 2009 siendo conecedor de que, dentro de programa 31L, se consignaba indebidamente el instrumento de «Transferencias de financiación al IFA» conceptos vinculados a la partida 440.51 en materia de relaciones laborales. Asimismo, como presidente del Consejo de Gobierno, aprobó también desde el año 2000 modificaciones presupuestarias que afectaron al programa 31L hasta su cese en abril de 2009.

Por dichos hechos, se condenó al señor Chaves como autor «de un delito de prevaricación [art. 404 de Código Penal (CP)] a las penas de nueve años de

inhabilitación especial, con la consiguiente privación definitiva de todo cargo público de carácter electivo o de designación, en cualquier administración pública, que tenga el penado, y la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena, imponiéndosele asimismo el pago de las 1/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares».

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

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

a) En primer lugar, por considerar como «resolución en asunto administrativo» (art. 404 CP) los acuerdos adoptados sucesivamente por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía desde el año 2001 al año 2009, por los que aquel aprobó el respectivo anteproyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma y acordó su remisión como proyecto de ley al Parlamento de Andalucía.

Comienza remarcando que las resoluciones recurridas no establecen una coautoría por todos los delitos, sino que, al contrario, argumentan la existencia de una autoría individual por cada conducta propia e independiente, lo que supone que respecto al señor Chaves solo se le considere autor del delito de prevaricación por su participación en la adopción de los dos grupos de acuerdos por parte del Consejo de Gobierno que el presidía. Estos acuerdos, recuerda el demandante, fueron ejecutados en el marco de lo previsto en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 63 del estatuto vigente en aquel momento) y en la Ley 5/1983, de 19 de julio, general de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y, en consecuencia, en el ejercicio de las funciones de iniciativa legislativa atribuida al Consejo de Gobierno. Son, por lo tanto, actos de preparación de la posterior conformación de la voluntad presupuestaria del Parlamento de Andalucía.

Tras citar doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto de «resolución dictada en asunto administrativo» [como son exponentes las SSTS 309/2012, de 12 de abril (ECLI:ES:TS:2012:2863); 340/2012, de 30 de abril (ECLI:ES:TS:2012:3289), y 359/2019, de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2019:2355)], el demandante aduce que los acuerdos del Consejo de Gobierno no cumplen los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo reseñada dada cuenta de su naturaleza política y, por ende, la imposibilidad de su control por los órganos judiciales.

En este sentido, mantiene que la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos viene reflejada en la STS de 30 de junio de 1986 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) donde ya se preceptuaba que el itinerario de los presupuestos generales del Estado pasaba por tres fases, de las cuales, la primera, era referida a la «elaboración» y «presentación» del proyecto de ley por el Gobierno y que aquella constituía «una manifestación de la iniciativa legislativa que constitucionalmente le corresponde» cuyo examen, enmienda y aprobación «es competencia exclusiva y excluyente de las Cortes Generales». Esto mismo vendría refrendado por jurisprudencia reciente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [STS 1035/2016, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2016:1998)] que habría afirmado que no cabe caracterizar el acuerdo gubernamental preparatorio de una decisión de las Cortes Generales como «actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo» ya que ello supondría desconocer o devaluar la naturaleza sustancial de la actuación del Congreso y el Senado que son a los que les corresponde aprobar y dar validez y eficacia a aquellos actos de Gobierno.

Mantiene además que los actos por los que ha sido sentenciado son «actos políticos o de gobierno» que han sido objeto tradicionalmente de exclusión por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (SSTS 340/2012, de 30 de abril; 359/2019, de 15 de julio, entre otras) del concepto «resolución» al que se refiere el art. 404 CP. A estos efectos, el demandante cita doctrina de este tribunal (SSTC 45/1990, de 15 de marzo; 196/1990,

de 29 de noviembre; 222/2006, de 6 de julio) que identifica la decisión de remitir un proyecto de ley al Parlamento como un «acto político o de gobierno».

Desde la perspectiva de esta posición jurisprudencial, considera que las resoluciones aquí impugnadas habrían tratado de evitar la aplicación de la referida doctrina elaborando una serie de argumentos que tilda de «inadecuados». En este sentido, el demandante manifiesta que: (i) la limitación de cualquier tipo de enjuiciamiento de un proyecto o anteproyecto de ley radica en que es un acto preparatorio de una decisión parlamentaria y que carece de una entidad jurídica propia; (ii) consecuentemente, de la misma manera que carece de sentido que un proyecto de ley pueda ser impugnado de forma paralela a la ley que posteriormente lo apruebe en el orden contencioso-administrativo, también carece de sentido que puedan calificarse como «resolución» a los efectos del delito de prevaricación administrativa este tipo de decisiones; (iii) la interpretación efectuada del concepto de «resolución en asunto administrativo» es sin duda extensiva y analógica en *malam partem*, conduciendo además a un resultado absurdo que contradice formalmente el principio de intervención mínima; (iv) la decisión de los órganos judiciales ordinarios de escindir la iniciativa legislativa y el proceso legislativo –a fin de justificar la prevaricación en los actos realizados en este último– choca también con la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que han afirmado sin ambages la indemnidad del proceso legislativo al control judicial [STC 83/2016, de 28 de abril y STS –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 21 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8582)].

Continúa el demandante afirmando que con esta tesis se llegaría al absurdo de que «los anteproyectos o los proyectos de ley no podrían modificar en ningún caso lo dispuesto en una ley vigente, pues en caso contrario serían calificados de ‘ilegales’ dado que se pretende someter a dichos anteproyectos o proyectos de ley a un examen o control de legalidad cuando todavía están en fase de elaboración [...]. Cualquier proyecto de ley que modifique lo dispuesto en una ley vigente contraviene por definición esa legalidad, pero precisamente porque la iniciativa legislativa tiene por finalidad esa modificación de la legalidad vigente [...] [r]esulta totalmente absurdo, irrazonable y arbitrario, sostener una hipotética ilegalidad de un anteproyecto o proyecto de ley».

A pesar de que se mantiene que la ilegalidad reside en el incumplimiento de los criterios establecidos reglamentariamente para la elaboración de dichos presupuestos, ello supone utilizar como canon de legalidad para determinar la validez de dichas normas lo establecido en una disposición reglamentaria y anterior, sustrayéndose, además, el control de dicha constitucionalidad al propio Tribunal Constitucional a través del mecanismo previsto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

b) En segundo lugar, por considerar como «resolución en asunto administrativo» (art. 404 CP) los acuerdos adoptados sucesivamente por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con las sucesivas modificaciones presupuestarias. En el desarrollo de este motivo, aduce el recurrente que la naturaleza jurídica de las modificaciones presupuestarias tampoco permite su subsunción en los elementos del tipo del delito de prevaricación administrativa, lo que supone una flagrante violación de principio de legalidad penal.

Considera que tanto la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo como la Audiencia Provincial de Sevilla han evitado analizar la naturaleza jurídica de las modificaciones presupuestarias, siendo que a aquellas debe reconocérsele la «fuerza de ley», «valor de ley» y «rango de ley».

En apoyo de esta conclusión el demandante aporta diferentes argumentos: (i) los créditos presupuestarios constituyen disposiciones de carácter normativo que se encuentran insertos en una ley de presupuestos, por lo que una modificación presupuestaria que viene a modificar dicho crédito de presupuestos se encuentra modificando en realidad una ley que ha sido aprobada previamente por el Parlamento. Desde esta perspectiva, el demandante considera que no puede darse a las modificaciones presupuestarias la categoría de reglamentos ejecutivos pues supondría contradecir el art. 134.1 CE (que impone una reserva de ley para la materia

presupuestaria) y el propio principio de jerarquía normativa (al permitir que una norma de rango inferior –reglamento– modificara los establecido en la ley de presupuestos); (ii) tampoco cabría admitir que estaríamos ante un supuesto de «deslegalización» en materia presupuestaria, dada la taxativa reserva de ley establecida en el art. 134.1 CE; (iii) la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 83/2016) no ha acotado las locuciones «valor de ley», «rango de ley» o «fuerza de ley» a actos o decisiones de origen parlamentario sino también a actos o disposiciones de procedencia gubernamental; (iv) ese rango normativo explicaría que el Consejo de Gobierno tuviera preceptivamente que informar al Parlamento de las modificaciones presupuestarias aprobadas; (v) y también explicaría que las modificaciones presupuestarias quedaran excluidas del control jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo (STC 83/2016).

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

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por ATC 285/2023, de 5 de junio, de conformidad con el art. 11.2 LOTC, avocó para sí la decisión de admisión a trámite del presente recurso de amparo y acordó su admisión, apreciando que concurre en el mismo especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), 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, de 25 de junio, 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)].

De conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC se acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 133-2016, rollo núm. 1965-2017, y a la Sala de lo Penal de Tribunal Supremo para que remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 601-2020. En dicha resolución se emplazó también a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el presente recurso.

El Pleno de este tribunal, por providencia de 20 de junio de 2023, acordó recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo.

5. Mediante escrito de 25 de julio de 2023, el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación del Partido Popular y bajo la dirección de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano, interesó que se le tuviera por personado en el procedimiento, así como la acumulación de los recursos de amparo dimanantes de la misma causa penal.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de este tribunal de 27 de julio de 2023, se admitió su personación y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 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.

6. La representación procesal del Partido Popular, por escrito registrado el 26 de septiembre de 2023, interesó que se desestimara el amparo al no apreciarse la vulneración del principio de legalidad penal.

a) En relación con la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por haberse considerado «resolución en asunto administrativo» los acuerdos adoptados sucesivamente por el Consejo de Gobierno aprobando el respectivo anteproyecto de ley, aduce que la demanda incurre en una indebida simplificación de que la condena se basa

en actos prelegislativos cuando ello es manifiestamente inexacto. Así, la prevaricación declarada en sentencia de instancia no se fundamentaría únicamente en la adopción de unas resoluciones contrarias a Derecho en los tramites de elaboración y aprobación de las normas presupuestarias, sino también en el hecho de que estas decisiones se adoptaron para conseguir una finalidad palmariamente ilegal: evitar el cumplimiento de las exigencias de normas sobre subvenciones y el control previo de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Consecuentemente, las sentencias se sustentarían en una subsunción de los hechos plenamente acorde y en nada ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada.

Tras reproducir literalmente los fundamentos jurídicos acogidos en las resoluciones impugnadas, aduce que existe una copiosa doctrina jurisprudencial que sustenta la tesis de dichas resoluciones y que permiten enmarcar las conductas en el concepto de «resolución» y «asunto administrativo» efectuada por la Audiencia Provincial de Sevilla y el Tribunal Supremo. Ello evidenciaría la racionalidad de la motivación de la sentencia del Tribunal Supremo de que no hay una inmunidad general de la actividad parlamentaria, menos aún de la actividad prelegislativa, y de que los actos del Gobierno o de la administración que culminan en la elevación del proyecto de ley son resoluciones a efectos penales. A las citadas adiciona la parte otros antecedentes legislativos, como la Ley de procedimiento administrativo de 1958, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, o la Ley 50/1997, de 23 de noviembre, del Gobierno, que regulan la elaboración de disposiciones de carácter general como procedimientos administrativos especiales, de ahí que sea racional considerar los actos de esos procedimientos como resoluciones en asunto o procedimiento administrativo.

Estos argumentos quedarían reforzados por los razonamientos contenidos en los fundamentos de Derecho 23 y siguientes de la sentencia dictada en casación, habida cuenta que en ella se analiza la idoneidad típica objetiva de cada una de las resoluciones que tilda de prevaricadoras: la apropiación de los proyectos de leyes de presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; la aprobación de los proyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo, con la intervención determinante del consejero, viceconsejeros; la aprobación de los proyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo, con la intervención determinante del consejero, viceconsejero y secretario general técnico; la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias; la concesión de las subvenciones y los convenios suscritos.

Según se infiere del escrito de alegaciones presentado, las sentencias impugnadas no desconocerían la inmunidad jurisdiccional de determinados actos políticos, sino que motivarían extensa y detalladamente que los actos enjuiciados en este caso no revestirían dicho carácter. Así, las sentencias motivan que el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo y que, partiendo de que no hay una inmunidad general de la actividad parlamentaria, resulta evidente que los actos del Gobierno y de la administración que culminan en la elaboración del proyecto de ley son actos o resoluciones a efectos penales (art. 404 CP). Esta interpretación, entiende, respetaría la doctrina de los actos de gobierno y políticos establecida por la jurisdicción contencioso-administrativa, así como el reparto de funciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, de tal manera que el posible control penal de las decisiones reseñadas «nunca puede considerarse como decisión de control del poder judicial (del orden penal) sobre otro poder; en este orden judicial, no se enjuician actos o decisiones de otros poderes, sino conductas personales imputables a las personas que ocupen, en cada momento, los cargos o empleos públicos, por los actos realizados que respondan a los tipos que el legislador orgánico ha entendido punibles y que, sin excepción, solo son las conductas atentatorias a los derechos fundamentales de los ciudadanos o a los intereses públicos generales».

Para la parte, en consecuencia, la diferencia con la ausencia de control en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se justificaría en que este último orden enjuicia la conformidad o no a Derecho de los actos impugnados, mientras que el orden

penal tiene por objeto la responsabilidad penal de los autores de esos mismos actos. Todo ello partiría de un principio básico: todas las autoridades y funcionarios están sometidos al imperio de la ley y sus conductas delictivas no pueden quedar impunes.

Por último, mantiene que aunque la demanda de amparo trata de justificar que la aprobación por el Parlamento andaluz de las leyes de presupuestos impide considerar como «ilegal» los proyectos y anteproyectos de ley, la ilicitud se derivaría: (i) por un lado, de la existencia de un régimen jurídico estatutario, reglamentario y legal aplicable a la elaboración de estos proyectos; (ii) por otro lado, de que ni las autoridades administrativas ni el legislador autonómico pueden desconocer ese régimen jurídico con intento de eludirla.

b) En relación con la posible vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) respecto al concepto «modificaciones presupuestarias», considera que los argumentos que el demandante ha vertido sobre la posible «indemnidad» de los proyectos y anteproyectos de ley en ningún caso pueden ser extendidos a las modificaciones presupuestarias. Así se razona, de hecho, en el fundamento de Derecho 24 de la sentencia del Tribunal Supremo que enfatiza que, en aquel caso, dichas modificaciones presupuestarias fueron aprobadas por el consejero de Hacienda, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y no por el Parlamento.

Considera que la parte demandante pretende una extensión analógica de la naturaleza de los proyectos y anteproyectos de ley, siendo que existe entre ambas una diferencia sustancial que quedaría en evidencia en el fundamento 24 de la sentencia del Tribunal Supremo y de los fundamentos 16 y 17 de la sentencia de la Audiencia Provincial. La decisión aprobatoria de estas modificaciones presupuestarias fue adoptada incumpliendo unas exigencias materiales y procedimentales de forma dolosa y tendentes a eliminar los controles administrativos.

7. Por escrito presentado el 6 de octubre de 2023 la representación procesal de don Gaspar Zarrías Arévalo solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento y adherido a los motivos de amparo primero y segundo formulados por el recurrente.

8. Por escrito presentado el 9 de octubre de 2023, la representación procesal de don Francisco Vallejo Serrano solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento a los efectos previstos en los artículos 47.1, 51.2 y 52.1 LOTC.

9. Por escrito presentado el 9 de octubre de 2023, la representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento a los efectos previstos en los artículos 47.1, 51.2 y 52.1 LOTC.

10. Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023 la representación procesal de don Antonio Vicente Lozano y de don José Antonio Griñán Martínez solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento.

11. Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023, la representación procesal de doña Carmen Martínez Aguayo solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento y adherido a los motivos de amparo formulados por el recurrente.

12. Por diligencia de ordenación de 23 de octubre de 2023 se tuvieron por recibidos los emplazamientos practicados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla y se acordó tener por personados y parte en el proceso a don Gaspar Zarrías Arévalo, don Francisco Vallejo Serrano, don Jesús María Rodríguez Román, don Antonio Vicente Lozano Peña, don José Antonio Griñán Martínez y doña Carmen Martínez Aguayo.

Asimismo, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 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.

13. 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.

14. Por escrito registrado el 7 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Antonio Vicente Lozano Peña evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los dos motivos del presente recurso de amparo, así como a la petición de nulidad de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

15. Por escrito registrado el 7 de noviembre de 2023, la representación procesal de don José Antonio Griñan Martínez evacuó escrito de alegaciones en el que se adhirió a los dos motivos del presente recurso de amparo, así como a la petición de nulidad de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

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

17. Por escrito registrado el 21 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román evacuó escrito en el que alegaba la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por interpretación extensiva *in malam partem* de los conceptos «resolución» y «asunto administrativo» al que se refiere el art. 404 CP. En este sentido, mantiene que los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos políticos de gobierno no siendo posible, en consecuencia, su control judicial. Considera que las sentencias recurridas habrían hecho una interpretación extensiva peyorativa al afirmar que puede sostenerse la existencia de leyes ilegales y que, además, se habría obviado la pericial presentada y que serviría para constatar que existía un conflicto de leyes entre el art. 18.1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2001, de 26 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales, presupuestarias, de control y administrativas, y las sucesivas leyes de presupuestos que debía resolverse conforme los principios interpretativos de que la ley especial se aplica sobre la ley general y la ley posterior deroga a la ley anterior.

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

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

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

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

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

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

19. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 8 de enero de 2024, presentó sus alegaciones a la presente demanda de amparo.

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

Para el Ministerio Fiscal, la cuestión constitucional planteada orbitaría en determinar no tanto la asimilación o extensión de la inviolabilidad parlamentaria a los miembros del Ejecutivo, sino la comprobación de que la misma razón por la que se establece un régimen de inviolabilidad para los parlamentarios justifica que la iniciativa legislativa quede también, en todas sus fases, al margen del control jurisdiccional penal.

Los argumentos a través de los cuales las resoluciones impugnadas niegan la naturaleza legislativa a los actos de aprobación de un proyecto de ley para su remisión al Parlamento permiten detectar, a juicio de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, una falla lógica determinante pues «constituyen afirmaciones apodícticas que además encierran conclusiones tautológicas porque las tres hacen presupuesto de la cuestión». En este sentido, afirma el Ministerio Fiscal que las referencias efectuadas a la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881), no permiten en ningún caso deducir que el acto de aprobación y elevación al Parlamento constituye una resolución dictada en asunto administrativo. Máxime, precisamente, cuando el propio Reglamento del Parlamento incluye la iniciativa legislativa atribuida al Consejo de Gobierno en el procedimiento legislativo en cuestión (art. 108 del Reglamento del Parlamento de Andalucía).

Ello dificultaría también, por otra parte, la atribución de eficacia decisoria a los actos adoptados en cuanto se exige «un daño específico a personas o servicios públicos» que, en el presente caso, resulta imposible identificar con otro efecto jurídico que no sea el de la apertura de la fase parlamentaria.

En consecuencia, considera el Ministerio Fiscal, que los razonamientos judiciales que conforman este primer bloque argumental sobre la naturaleza administrativa del

procedimiento legislativo y su naturaleza decisoria no responden a una traslación debidamente justificada de la doctrina jurisprudencial ni resultan, por lo tanto, concluyentes a la hora de calificar como resolución dictada en asunto administrativo el ejercicio de la iniciativa legislativa. Ello le lleva a concluir, por lo tanto, la ausencia de previsibilidad en la aplicación de la norma.

Respecto al segundo grupo de argumentos esgrimidos por las resoluciones impugnadas para justificar la condena por delito de prevaricación –y que orbitan sobre la distinción entre la legalidad del acto y el enjuiciamiento de sus autores– el Ministerio Fiscal concluye que aquellos presentan una consistencia lógica evidentemente discutible. Así, para el Ministerio Público, existe la imposibilidad de cohonestar dos afirmaciones cuya compatibilidad es esencial para la condena del recurrente: que la aprobación del anteproyecto de ley de presupuestos es inmune al control jurisdiccional y que la jurisdicción penal puede, no obstante, examinar las diferentes decisiones adoptadas para aprobar un proyecto de ley para determinar si quien las realiza incurre en responsabilidad penal. Esta pretendida distinción entre ámbitos de control jurisdiccional sería contraria a la lógica constitucional –que concibe la iniciativa legislativa como inmune al control judicial– y atentaría, incluso, contra el principio de intervención mínima del Derecho penal dada cuenta que le permitiría ejercer su jurisdicción sobre un acto «que en ese mismo plano de la legalidad [...] está vedado a la jurisdicción contencioso-administrativa e incluso al Tribunal Constitucional».

La autonomía funcional de la jurisdicción penal para apreciar con arreglo a criterios propios determinados aspectos de la realidad administrativa o de otras ramas del Derecho no puede traducirse, en modo alguno, en un autoposicionamiento de la jurisdicción penal como primera y única barrera jurisdiccional de control de la legalidad de una iniciativa legislativa.

Es en este punto cuando surgiría, para el Ministerio Fiscal, de nuevo, un factor de imprevisibilidad ante la inexistencia de precedentes de persecución y condena en supuestos similares y ante el contexto de sólida negación del control jurisdiccional sobre este tipo de actos. Frente a ello, la sensación de impunidad argumentada por el Tribunal Supremo choca con una insalvable contradicción que permitiría ubicar a la jurisdicción penal como «baluarte de primera –y única– línea de control de una decisión intrínsecamente político-legislativa, sobre la base de la 'ilegalidad' del contenido de una ley antes de que ni siquiera pudiera saberse si llegará [...] a ser ley y de que produzca efecto alguno». En relación con ello, y aunque las resoluciones tratan de salvar el obstáculo justificando que la condena se produce no por el resultado sino por el procedimiento en sí, este argumentario choca en una nueva contradicción toda vez que el señor Chaves fue condenado no por participar en aquel sino porque, siendo presidente del Consejo de Gobierno, aprobó y presentó los proyectos de ley de presupuestos.

Consecuentemente, considera que «esta compleja conclusión es fruto de un razonamiento que pretende disociar ambas vertientes, administrativa y político-legislativa, de un mismo acto, pero no alcanza a explicar cómo las consecuencias a las que aboca esa disociación en el plano penal, político, institucional, legal y constitucional podrían resultar razonablemente compatibles entre sí» por lo que «no cabe más remedio que concluir que el razonamiento en sí mismo adolece de un déficit de coherencia y completitud lógico-jurídica que impide considerarlo ajustado al canon de idoneidad metodológica que impone la aplicación de art. 25.1 CE».

En relación con el argumentario referido a la necesidad de evitar un efecto de impunidad, el fiscal considera que no ha sido sometido a una valoración conforme a las exigencias derivadas del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Así, entiende que, en determinados casos, resulta prioritaria la preservación de otros intereses constitucionalmente tutelados que pueden entrar en conflicto con la propia aplicación de la norma penal, lo que obligatoriamente ha de llevar a la eventual limitación de *ius puniendi* en determinados supuestos, no pudiendo hacerse valer la condena sin una previa reflexión y ponderación sobre los derechos e intereses en juego.

En el caso presente, el señor Chaves González no ha sido condenado por su participación en la elaboración de los anteproyectos y proyectos de ley, sino por una conducta propia consistente en la aprobación por el Consejo de Gobierno de aquellos y su posterior remisión al Parlamento a sabiendas de que su contenido no se ajustaba a la ley. De este modo, aunque el Tribunal Supremo vincula a todas estas actuaciones una finalidad palmariamente ilegal, no identifica la concreta finalidad con ninguna forma de participación delictiva, sino con el programa político del Gobierno con el que se presentó a las elecciones, lo que permite concluir que la actuación del demandante quedaba enmarcada en el ámbito de su voluntad –y responsabilidad política– pero no en el de la responsabilidad propiamente penal.

Por último, afirma que la tesis de que la jurisdicción penal no controla la legalidad de los actos del Gobierno, sino que ejerce su potestad jurisdiccional respecto de la conducta de sus autores pasa por una disociación forzada de dos dimensiones que se revela como inasumible cuando la propia sentencia afirma que el fundamento de su juicio incluye no solo la legalidad de estos actos sino la legitimación constitucional de su resultado.

Para el representante del Ministerio Público, y desde una vertiente eminentemente axiológica, la distinción entre estas dos dimensiones –administrativa y político-legislativa– implica atribuir a dicha decisión política una función de control de la legalidad del procedimiento previo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional excluye, incluso, en fases posteriores. Esto implicaría una conclusión constitucionalmente inasumible: que los tribunales del orden jurisdiccional penal pueden fiscalizar sistemáticamente la legalidad de los proyectos de ley antes –o al margen– de su toma de consideración, su valoración, enmienda y aprobación por los parlamentos, lo que se revela manifiestamente incompatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El origen de dicha posición jurisprudencial se encuentra en la propia preservación del ejercicio de la potestad legislativa, como manifestación directa de la voluntad de poder y que responde al propio principio de división de poderes. El rechazo a la involucración de un poder en las funciones propias de otro no puede resultar indiferente al objeto del presente procedimiento, en el que la propia sentencia del Tribunal Supremo recurrida en amparo muestra, como ya se ha expuesto, la visible contradicción entre la eficacia de ese efecto delimitador del ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa y la pretendida intervención autónoma de la jurisdicción penal. En este sentido, reseña que existe amplia jurisprudencia constitucional que viene negando toda posibilidad de control *ab initio* de la constitucionalidad formal de las iniciativas legislativas, más allá del cumplimiento de los requisitos de procedimiento que reglamentariamente rige su presentación (AATC 85/2006, de 15 de marzo, y 131/2022, de 11 de octubre).

Resultaría, por lo tanto, «inconcebiblemente paradójico [...] que la exclusión de cualquier control jurisdiccional atinente a la constitucionalidad de un mero proyecto legislativo, basada en un imprescindible respeto a la separación de poderes [...], pudiera convivir, como pretenden las sentencias impugnadas, con un juicio *ex ante* de la jurisdicción penal sobre la 'legalidad' formal y material del contenido de la iniciativa legislativa, de modo que el ejercicio de la potestad parlamentaria haya de llevarse a cabo sobre la base de un proyecto cuyo acuerdo de aprobación para su remisión al Parlamento es calificado de delictivo por un tribunal penal».

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

(ii) En relación con la segunda cuestión, el fiscal considera que las argumentaciones vertidas anteriormente y referidas a la vulneración del principio de

legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción jurídica en el art. 404 CP de las actuaciones practicadas en la fase de elaboración, aprobación y remisión del proyecto de ley no son automáticamente extrapolables a la aprobación de las modificaciones presupuestarias que sí pueden ser consideradas, por el contrario, decisiones de naturaleza administrativa.

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

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

Todo ello lleva al Ministerio Fiscal a concluir que la calificación de los actos de aprobación de modificaciones presupuestarias que se imputan al recurrente no es contraria a la eventual naturaleza legal fruto de reserva de ley que impone el art. 134 CE en materia presupuestaria. Por ello, «no hay razón para temer por la autonomía parlamentaria en el ejercicio de la potestad legislativa, que no está en juego, puesto que el Poder Ejecutivo actúa –o debería actuar– en ese ámbito con estricta sujeción y en aplicación de las leyes aprobadas por el Parlamento [...] ni tampoco por el principio consustancial de la separación de poderes que [...] se vincula directamente a esa posible interferencia en las competencias constitucionales atribuidas a cada uno de ellos» siendo que «el Poder Ejecutivo actúa –o hubiera debido actuar– en el marco de su competencia delimitada en la propia ley, sin asumir ninguna facultad de iniciativa o modificación de una norma con rango o valor legal». Consecuentemente, los razonamientos esgrimidos por las sentencias impugnadas para excluir las modificaciones presupuestarias del carácter propio de los actos con valor, rango y fuerza de ley se ajustan a la normativa y no presentan indicio alguno de vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Con base en lo anteriormente expuesto, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional solicita: (a) la estimación parcial del motivo primero en el sentido que la tipificación como delito de prevaricación administrativa de los actos de aprobación y elevación de los proyectos y anteproyectos de ley de presupuestos vulneran la legalidad penal (art. 25.1 CE); (b) la desestimación del motivo segundo en lo relativo a la consideración de las modificaciones presupuestarias como «resolución dictada en asunto administrativo».

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

20. Por providencia de 16 de julio de 2024 se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

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 condenó al demandante de amparo como autor de un delito continuado de prevaricación, previsto en el art. 404 CP, a la pena de nueve años de inhabilitación especial; y (ii) la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, que desestimó el recurso de casación formulado frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020).

El recurrente alega en su escrito de demanda la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), articulando la queja en dos motivos: (i) en primer lugar, alega que se le ha condenado por dar cumplimiento al mandato previsto en el Estatuto de Autonomía para Andalucía para el ejercicio de las funciones de iniciativa legislativa atribuidas al Consejo de Gobierno. Dichas actuaciones únicamente tienen por objeto la posterior conformación de la voluntad presupuestaria del Parlamento de Andalucía por lo que son actos meramente preparatorios y carecen «de entidad jurídica propia». El recurrente alega que, según la doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el contenido de las actuaciones prelegislativas no puede someterse a control judicial, por lo que resulta imprevisible y, por ello, contrario al art. 25 CE, que los órganos judiciales le hayan condenado por haber participado en dichas actuaciones. Afirma además que resulta absurdo tildar de ilegal un proyecto de ley «precisamente porque la iniciativa legislativa tiene por finalidad esa modificación de la legalidad vigente». El recurrente alega que el único órgano competente para enjuiciar la posible inconstitucionalidad de la ley por existir un vicio en la elaboración de la ley es el Tribunal Constitucional; (ii) en segundo término, afirma que la condena por haber aprobado las modificaciones presupuestarias es también lesiva del art. 25.1 CE dado que dichos actos tienen «fuerza de ley», «valor de ley» y «rango de ley» por lo que no pueden ser considerados actos dictados en asunto administrativo en el sentido del art. 404 CP.

Con base en las alegaciones que se han expuesto en los antecedentes, la representación procesal del Partido Popular ha interesado la desestimación íntegra del amparo.

Las representaciones procesales de don Gaspar Zarrías Arévalo, don Francisco Vallejo Serrano, don Jesús María Rodríguez Román, don Antonio Vicente Lozano Peña, don José Antonio Griñán Martínez, doña Carmen Martínez Aguayo, personados en este procedimiento, han solicitado la estimación del recurso de amparo.

Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita: (i) la estimación del recurso de amparo en los motivos relativos a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción en el delito de prevaricación (art. 404 CP) de los hechos consistentes en la elaboración y aprobación de los anteproyectos y proyectos de ley; (ii) la desestimación del motivo relativo a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción en el delito de prevaricación (art. 404 CP) de los hechos consistentes en la tramitación y aprobación de las modificaciones presupuestarias.

2. Breve delimitación fáctica y jurídica del proceso «ERE» y de la condena 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 del 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 había 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 de 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 €. Las ayudas que superasen la cuantía de 1 200 000 € debían ser autorizadas por el Consejo de Gobierno y publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

c) En los anteproyectos y proyectos de las leyes de presupuestos de la comunidad autónoma de los años 2002 a 2009 se introdujeron en un nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, las aplicaciones presupuestarias «Transferencias al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales» –concepto 440.00– y «Transferencia de financiación al IFA/IDEA» –concepto 440.51–, en las que se recogían los créditos destinados a favor del IFA/IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis. Los fondos percibidos por el IFA –que en el año 2004 paso 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 la leyes de presupuestos fueron presentados al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda, aprobación y control (art. 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía), acompañados, en lo que ahora interesa, de las correspondientes memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L, de cuyo contenido la sentencia de instancia extrae las siguientes conclusiones, que reproduce la sentencia de casación (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196):

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

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

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

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

- Potenciar la interlocución con los agentes sociales y económicos.
- Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades.
- Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
 - Así mismo y en una cuantía importante instrumenta la materialización de ayudas a empresas con especiales dificultades de mantenimiento del empleo, prejubilaciones y viabilidad económica.
 - Mantener las políticas de ayudas en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas, atendiendo a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.
 - Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.
 - Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.
 - El centro directivo que lo ejecuta es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.
 - La previsión es para atender compromisos existentes y no se prevén fondos para nuevas, en su caso, contingencias.
 - Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas.

- Realización de transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía en aplicación de concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz.
- Tramitación de transferencias a empresas mediante ayudas a prejubilaciones mediante subvención de la cuota de la 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 a 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 y asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayuda a 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, tanto como consecuencia de la aprobación de las leyes de presupuestos como de las modificaciones presupuestarias, recogió en su presupuesto de explotación, en la rúbrica «Otros gastos de explotación», los importes que preveía recibir del programa presupuestario 31L. El criterio adoptado por el IFA/IDEA a efectos de contabilidad fue el de reflejar la realidad económica de la operación de mera intermediación, es decir, reconocer como un activo –derecho de cobro– los importes a percibir de la Consejería, vía transferencias de financiación de los conceptos 440.00 y 440.51, y como un pasivo –obligaciones– los compromisos de pago que asumía por orden de la Consejería mediante la suscripción de los convenios particulares entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el IFA/IDEA, en desarrollo del convenio marco.

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

empresas, el método utilizado fue el fraccionamiento de los importes de los fondos públicos concedidos.

En el ejercicio del año 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 medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores y extrabajadoras andaluzes 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 eran 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 comprobar la legalidad del pago; examinar las cuentas anuales, y 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 garantizaran la publicidad y conocimiento general, sin el obligatorio registro en la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía y sin que una gran parte de esas ayudas dispusiera de un objeto concreto, lo que facilitó que las ayudas fueran concedidas para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutas por asesoramientos jurídicos y avales y

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

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

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

El Tribunal Supremo declara en su sentencia, que en la «pieza específica», de la que trae causa la presente demanda de amparo, han sido enjuiciados, tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de fondos públicos o permitir su disposición, «un grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento y mantenimiento de un sistema de presupuestación que dio lugar a la concesión de ayudas al margen de los procedimientos legales establecidos». En las piezas dedicadas a las ayudas individuales son objeto de investigación, en cambio, cada una de esas ayudas, «lo que incluye a todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas».

Entre la «pieza específica» y las piezas individuales existe, afirma la sentencia de casación, una posible zona de coincidencia, «la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos». Pese a la existencia de esta zona de coincidencia, el Tribunal Supremo confirma que «[n]o tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto [de dichas piezas], no solo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas [...]. Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz ['pieza específica'] el proceso de 'diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes' y en las distintas piezas separadas la concesión y pago de las distintas ayudas». Esta división –reconoce el Tribunal Supremo– «podía dar lugar a que hubiera 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 vigesimosegundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital [apartado A)], como las abonadas a empresas en crisis [apartado B)] o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias [apartado C)].»

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

Este último subapartado C) resulta del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

– Financiación de parte de las subidas salariales de trabajadores de las empresas FCC, S.A., FCC Medio Ambiente, S.A., y CESPAS, S.A., como consecuencia de la suscripción del convenio colectivo en 2006, que puso fin a la conflictividad laboral de la limpieza pública de Granada. El pago de estas cantidades se realizó mediante la

suscripción de pólizas de seguros, figurando la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social como tomadora, y beneficiarios, las mercantiles CESPAS, S.A., y FCC Medio Ambiente, S.A., habiendo percibido, cada una de ellas, las cantidades de 276 222,24 €.

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

– En los ejercicios 2004, 2005, 2006, 2009 y 2010, se destinaron 1 192 000 € para el pago a la Fundación San Telmo, del ‘Curso de alta dirección de instituciones sociales’, para un total de 100 personas.»

2.4 Hechos por los que ha sido condenado el demandante de amparo.

A partir de los hechos probados y la valoración de la prueba contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento de Derecho 41, págs. 1540-1588), el fundamento fáctico de la condena de don Manuel Chaves González (presidente de la Junta de Andalucía desde 27 de julio de 1990 a 7 de abril de 2009) se refiere a diferentes tipos de actuaciones.

(i) Como presidente de la Junta de Andalucía y miembro de su Consejo de Gobierno, con conocimiento de los incumplimientos normativos derivados del inadecuado uso del instrumento de transferencias de financiación, participó en la aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios de los años 2002 a 2009 y los envió como proyectos de ley al Parlamento (Pág. 1567). Los anteproyectos de ley contenían la aplicación presupuestaria «Transferencias al IFA en materia de relaciones laborales»–concepto 440.00–, en el nuevo programa 31L, que sustituyó al 22E, hasta entonces vigente.

(ii) Como presidente de la Junta de Andalucía participó, también, en la aprobación de las modificaciones presupuestarias efectuadas desde 2000 a 2008, en las que, haciendo un uso inadecuado de las transferencias de financiación, se incrementaron los programas 22E y 31L en materia de relaciones laborales. Lo que se pretendía con dichas modificaciones presupuestarias era, según las resoluciones impugnadas, eludir la tramitación de los expedientes de concesión de subvenciones, con los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento, así como la fiscalización previa por parte de la Intervención.

La sentencia considera acreditada la participación del recurrente en las siguientes modificaciones presupuestarias:

– 18 de abril de 2000, donde se incrementó en 257 000 000 pesetas la aplicación presupuestaria 440.12.22E, dando de baja la aplicación 472.00.22E;

– 28 de julio de 2000, donde se incrementó en 904 000 000 pesetas la aplicación 440.01.22E, dando de baja la aplicación 481.00.22E;

– 29 de mayo de 2001, donde se incrementó en 5 573 000 pesetas la partida 440.00.22E, dando de baja otros conceptos;

– 18 de septiembre de 2001, donde se incrementó en 1 250 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E;

– 13 de noviembre de 2001, donde se incrementó en 660 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E;

– 15 de octubre de 2002, donde se incrementó en 9 944 099 € la partida 440.00.31L, dando de baja otras aplicaciones presupuestarias;

– 9 de diciembre de 2004, en la que se incrementó en 2 994 876 € el programa 32H «Servicio Andaluz de Empleo». Según las resoluciones judiciales impugnadas, dicha modificación presupuestaria era ilegal al ser contraria a la clasificación económica del

gasto, dado que los créditos eran vinculantes de acuerdo con dicha clasificación (art. 38 de la Ley general de la hacienda pública de Andalucía).

– 7 de diciembre de 2005, donde se incrementó en 799 895,97 € la aplicación presupuestaria 440.51.31L, dando de baja las aplicaciones 480.01, 480.03, 480.13 del programa 31L;

– 7 de noviembre de 2006, en la que se incrementó en 9 300 000 € la aplicación presupuestaria 440.51.31L, dando de baja las aplicaciones del programa 32A;

– 27 de noviembre de 2007, mediante la cual se incrementó en 7 448 503,44 € la aplicación presupuestaria 440.51.31L dando de baja otras aplicaciones;

– el 22 de diciembre de 2008 se aprobaron tres modificaciones presupuestarias que incrementaron el programa 31L: una por importe de 1 253 853,89 €, otra por importe de 6 011 836,20 € y la tercera por importe de 8 000 000 € [si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y al estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la intervención delegada de la Consejería de Empleo].

3. Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la condena por el delito de prevaricación del art. 404 CP.

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

a) Como ya se ha expuesto, el demandante de amparo, en su condición de presidente del Consejo de Gobierno de Andalucía, fue condenado por la comisión de un delito continuado de prevaricación por elaborar los anteproyectos de leyes de presupuestos, por aprobarlos como proyectos de ley en el Consejo de Gobierno y por la realización de modificaciones presupuestarias. Fundamenta su recurso en que las resoluciones impugnadas han realizado una interpretación imprevisible y extensiva de los elementos del tipo del delito de prevaricación (art. 404 CP) que infringe el art. 25.1 CE. En concreto, aduce que las actuaciones realizadas con ocasión de la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos y el hecho de haber presidido el Consejo de Gobierno en su aprobación como proyectos de ley no pueden considerarse «resoluciones» a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo del Código penal. También alega que no cabe entender que tales actos hayan recaído en un «asunto administrativo» ni que puedan calificarse de «arbitrarios». Afirma que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha considerado, *de facto*, inconstitucionales las sucesivas leyes de presupuestos de Andalucía sin plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. Aduce también que esta vertiente del principio de legalidad penal ha sido vulnerada por los órganos judiciales al apreciar que las modificaciones presupuestarias por las que ha sido condenado pueden subsumirse en el art. 404 CP a pesar de que estas tienen rango o valor de ley.

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

c) La representación procesal de los señores Rodríguez Román y Vallejo Serrano ha realizado consideraciones de fondo referidas a que las sentencias impugnadas son contrarias al art. 25.1 CE debido a que llevan a cabo una interpretación extensiva e *in malam partem* de los términos «resolución» y «asunto administrativo» del art. 404 CP.

Consideran que la elaboración de un proyecto de ley no puede ser nunca constitutiva de un delito de prevaricación.

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

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

Las alegaciones aducidas por el recurrente en la vía judicial fueron rechazadas por las resoluciones impugnadas en virtud de los argumentos que, resumidamente, se exponen a continuación:

(i) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rechaza las alegaciones del recurrente en las que, basándose en la jurisprudencia constitucional y en la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sostiene que no pueden considerarse resolución recaída en un asunto administrativo las actuaciones llevadas a cabo con ocasión de la elaboración de un anteproyecto ni a su aprobación como proyecto de ley. La Sala de lo Penal afirma que esta cuestión debe tener otro enfoque «cuando se trata de determinar qué deb[e] entenderse por asunto administrativo a efectos penales». Sostiene que «[e]l Gobierno y la administración no pueden escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley para perseguir fines ilícitos, cuando es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de Derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo. Otra interpretación [concluye la Sala] posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable» (fundamento de Derecho 20.3, págs. 238-239).

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

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

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

proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas puedan ser desconocidas sin consecuencias, cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley» (fundamento de Derecho 21.2, pág. 246).

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

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

(vii) Las consideraciones expuestas llevan al Tribunal Supremo a afirmar que la elaboración de un anteproyecto de ley, su aprobación como proyecto, así como el proceso de elaboración y aprobación de una modificación presupuestaria pueden ser calificadas como resolución en asunto administrativo en el sentido del art. 404 CP.

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

(ix) Por lo que se refiere a las modificaciones presupuestarias, el Tribunal Supremo considera que el hecho de que «fuer[a]n comunicadas posteriormente al Parlamento o incluidas en la cuenta general no es óbice para estimar que las resoluciones dictadas en el trámite de elaboración y aprobación de tales modificaciones sean actos de trámite, carentes de efectos *ad extra*, y no merezcan la consideración de resolución a los efectos del art. 404 CP» (fundamento de Derecho 23.3, pág. 266).

Según la Sala Segunda, la decisión aprobatoria de las modificaciones presupuestarias fue adoptada «bien por el consejero de Hacienda, bien por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, y no por el Parlamento, y estaba sujeta a unas exigencias procedimentales y también materiales y estas últimas fueron incumplidas de forma dolosa con la finalidad última de eliminar los controles administrativos en la concesión de las subvenciones para actuar libérrimamente. La decisión aprobatoria [sigue afirmando el Tribunal Supremo] culminaba el proceso de elaboración de la modificación presupuestaria y habilitaba al Gobierno para llevar a cabo las transferencias de fondos. La decisión aprobatoria venía precedida de un procedimiento de elaboración

reglado, regido por normas de Derecho Administrativo y ajeno a los criterios de discrecionalidad propios de toda decisión política, por lo que es una resolución a los efectos del art. 404 CP» (fundamento de Derecho 24.2, págs. 267-268).

Haciendo suyo el argumento aducido por el Ministerio Fiscal, la Sala considera que «no había razón alguna para tramitar y aprobar las modificaciones presupuestarias como transferencias de financiación porque los créditos habilitados para cada una de ellas no iban destinados a cubrir el déficit financiero de la cuenta de explotación de IFA/IDEA, sino a habilitar fondos para el pago de las subvenciones que ordenaba la Consejería de Empleo y ya hemos explicado que el cambio de clasificación presupuestaria hizo posible la distribución de subvenciones sin control alguno, con incumplimiento absoluto del procedimiento establecido para la concesión de subvenciones» (fundamento de Derecho 24.2, pág. 268).

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

(xi) La sentencia del Tribunal Supremo, ratificando la de la Audiencia Provincial, considera que las actuaciones llevadas a cabo por los acusados son arbitrarias en el sentido previsto en el art. 404 CP y han sido dictadas a sabiendas de su injusticia. Según se argumenta en la sentencia dictada en casación, las normas aplicables «eran precisas» (fundamento de Derecho 30, pág. 294). Por ello, llega a la conclusión de que estamos ante un supuesto de «incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo» (fundamento 30, pág. 296).

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

El enjuiciamiento de la vulneración del art. 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3; 8/2024, de 16 de enero, FJ 6, y 93/2024, de 19 de junio, FJ 3, 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 (art. 25.1 CE) (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 232/1997, de 21 de enero, 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, y, entre ellas, muchas intermedias), 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 para sancionarlos con 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 eludirse tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2). Frente a tal riesgo, este aspecto material de la legalidad penal contiene un doble mandato dirigido al legislador y al aplicador. Comporta, en relación con el legislador, el mandato de taxatividad o de certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5; 162/2008, de 15 de diciembre, FJ 1; 81/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, y 9/2018, de 5 de febrero, FJ 6). Los jueces y tribunales, por su parte, están sometidos al principio de tipicidad (*lex stricta*) en su labor de aplicación de las leyes, que implica una sujeción estricta a la ley penal y el veto a la exégesis y aplicación de las normas penales fuera de los supuestos y de los límites que determinan.

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

de los límites que ellas mismas determinan (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 6, y 229/2007, de 5 de noviembre, FJ 4).

e) El examen de la razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal tiene como primer criterio el respeto al tenor literal de la norma, y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*. El tenor literal del enunciado normativo marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). No obstante, este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con el derecho fundamental, dada la propia vaguedad y ambigüedad del lenguaje ordinario, la necesaria formulación abstracta de los preceptos y su inserción en un sistema normativo complejo. A dicho criterio inicial debe añadirse un doble parámetro de razonabilidad: metodológica, de una parte, enjuiciando si la exégesis y subsunción de la norma no incurre en quiebras lógicas y es acorde a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; y axiológica, de otra, enjuiciando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan nuestro texto constitucional (por todas, STC 129/2008, de 17 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).

3.4 Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria.

Una vez reseñados los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si la interpretación que de la norma aplicada efectúan las resoluciones impugnadas es lesiva del art. 25.1 CE, es preciso recordar cuáles son los elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional, toda vez que el fundamento de la condena parte de una determinada comprensión de las relaciones entre el Ejecutivo autonómico y su Parlamento que trasciende del ámbito de la legalidad y se adentra en el plano de la constitucionalidad. Esta cuestión es de gran relevancia en este caso dado que el Tribunal apreció la especial trascendencia del recurso [art. 50.1.b) LOTC] por considerar que las cuestiones en él planteadas afectan a la esencia de las relaciones institucionales entre los poderes que conforman el Estado. En el ATC 285 /2023, de 5 de junio, FJ único, se afirma que, uno de los motivos por los que este recurso tiene especial trascendencia constitucional es porque plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)], concretamente, en conexión con el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la naturaleza jurídica y el control judicial que puede llevarse a cabo de las actuaciones

prelegislativas encomendadas al Gobierno en la elaboración de los presupuestos, la relación de esta fase de iniciativa legislativa con el ejercicio de la potestad legislativa atribuida a la Cámara, así como el alcance de la fiscalización de los presupuestos, incluyendo las modificaciones presupuestarias. Es a este tribunal al que corresponde en último término la interpretación de las cuestiones que se plantean en este recurso, al ser inherentes a la configuración propia del Estado constitucional.

A) Por todo ello, la resolución del presente recurso de amparo exige partir de las consecuencias que se derivan de que nuestra forma de Estado sea una democracia constitucional y parlamentaria. Esta cuestión ha sido analizada en la STC 93/2024, de 19 de junio, FJ 4.3, por lo que ahora se va a exponer sucintamente la doctrina en ella contenida, con remisión a lo que en la referida sentencia se establece.

a) La centralidad del Parlamento, el carácter privilegiado de la ley y el monopolio de control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional definen nuestro sistema constitucional.

b) Nuestra Constitución ha acogido la forma de gobierno parlamentaria. Ha delimitado, por una parte, las funciones del Parlamento (título III), por otra, las del Gobierno (título IV) y ha regulado y dedicado su título V a establecer las relaciones entre ambos poderes. La función de control del Gobierno que desempeñan los parlamentos (art. 66.2 CE) es inherente a su carácter representativo y a la forma de gobierno parlamentaria que se establece en el art. 1.3 CE. Solo de este modo se garantiza el equilibrio entre estos poderes previsto en nuestra Norma Fundamental.

c) La Constitución no define en qué consiste esta forma de control al Gobierno, pero una interpretación sistemática y teleológica ha llevado al Tribunal a entender que este control no se limita a los instrumentos que prevé su título V, sino que incluye también el que se ejerce a través de la función legislativa y, dentro de esta, de la función presupuestaria, al permitir el debate público y, de este modo, el conocimiento de los ciudadanos de la actuación del Gobierno.

d) Uno de los modos de ejercer la función de *indirizzio politico* (orientación política) que constitucionalmente corresponde al Gobierno es el ejercicio de la iniciativa legislativa (art. 87.1 CE) y, a los efectos que ahora interesan, es especialmente relevante la iniciativa legislativa en materia presupuestaria que corresponde en exclusiva al Gobierno (art. 134.1 CE).

e) La ley de presupuestos no es únicamente un conjunto de previsiones contables. También es un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno. Es, además, una «verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material» [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a)]. «[L]os presupuestos –en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos– y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo cuyo contenido adquiere fuerza de ley» [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a)], que cita a su vez la STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 5]. A través del debate parlamentario del proyecto de ley de presupuestos se fiscaliza el conjunto de la actividad financiera pública para ese ejercicio, se aprueba o se rechaza el programa político, económico y social del Gobierno que los presenta y se controla que la asignación de los recursos públicos sea equitativa. «Precisamente para que dicha función pueda ser realizada, al margen de un posible contenido eventual o disponible, la ley de presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al *quantum* como a su destino» (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 7).

f) 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. 161.1 CE) o cuando la ley sea preconstitucional. A diferencia de las normas infralegales, que sí pueden ser inaplicadas [art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (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*.

B) Para la resolución de este recurso de amparo es importante también analizar la naturaleza jurídica de los anteproyectos y proyectos de ley. El ahora recurrente ha sido condenado por incurrir en un delito de prevaricación por participar, en su condición de presidente de la Junta de Andalucía, entre otras actuaciones, en la aprobación de los anteproyectos de la ley de presupuestos para los años 2002 a 2009 y enviarlos como proyectos de ley al Parlamento.

a) En la STC 93/2024 y en la jurisprudencia allí citada el Tribunal ha establecido que los anteproyectos y proyectos de ley no pueden ser objeto de control jurídico. «[L]a necesaria defensa jurisdiccional del ordenamiento no puede verificarse sino cuando cabe hablar propiamente de infracciones normativas, solo susceptibles de ser causadas, obviamente, por normas, y nunca por proyectos o intenciones normativas, que, en cuanto tales, pueden tener cualquier contenido. La jurisdicción puede reaccionar contra la forma jurídica que resulte de esas intenciones, pero la intención misma y su debate o discusión son inmunes en una sociedad democrática a todo control jurisdiccional, singularmente si el debate se sustancia en un Parlamento, sede privilegiada del debate público» (ATC 135/2004, de 20 de abril, FJ 6).

b) La iniciativa legislativa es el cauce institucionalizado para la modificación de las leyes y normas con rango de ley preexistentes. Por ello, como con detalle se expone en la STC 93/2024, FJ 4.3.4, «[e]l proyecto [de ley] cuyo contenido contraviene la normativa existente mientras que es proyecto no puede someterse a un juicio de legalidad –en ese momento es un acto inexistente para el Derecho– y, una vez que se ha aprobado, al haberse convertido en ley, el único juicio que cabe es el de constitucionalidad. Este juicio solo puede efectuarse respecto de la ley aprobada, no respecto de los actos que conforman su procedimiento de elaboración, que nunca tienen eficacia *ad extra* y, como meros actos de trámite, una vez dictado el acto final, esto es, la ley, carecen de autonomía respecto de ella».

c) Resulta, por tanto, que «[e]l contenido del anteproyecto o del proyecto, en tanto tales, es infiscalizable y no puede ejercerse más control que el político» (STC 93/2024, FJ 4.3.3, que cita, a su vez, el ATC 135/2004, FJ 6).

C) «El principio de división de poderes determina que los diversos poderes que conforman nuestro Estado han de ejercer sus atribuciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en los estatutos de autonomía. Cada uno de ellos tiene constitucionalmente atribuido su ámbito competencial, que viene delimitado, no solo por un ámbito material, sino también por la forma en que han de relacionarse entre ellos. Cuando un poder del Estado se extralimita en el ejercicio de sus atribuciones se infringe el principio de separación de poderes y se altera el diseño institucional constitucionalmente previsto» (STC 93/2024, FJ, 4.3.5).

3.5 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 –sobre esta cuestión, como se acaba de indicar, se ha efectuado una mera síntesis de lo establecido por el Tribunal en la STC 93/2024, FJ 4.3– se van a enjuiciar las quejas aducidas por el demandante en relación con su condena por el delito de prevaricación.

Para ello, han de distinguirse los distintos hechos por los que ha sido condenado como autor de un delito continuado de prevaricación: (A) participar en la aprobación de

los anteproyectos de presupuestos para los ejercicios de los años 2002 a 2009 y en su envío como proyectos de ley al Parlamento; (B) participar en la aprobación de las modificaciones presupuestarias de 2000 a 2008 antes expuestas (FJ 2.4).

A) La aprobación de los anteproyectos de ley de presupuestos para los ejercicios 2002 a 2009 y su envío como proyectos de ley al Parlamento

a) A efectos de apreciar si los órganos judiciales han realizado una interpretación extensiva de los elementos típicos del art. 404 CP y han vulnerado por ello el art. 25.1 CE, como alega el recurrente, es preciso examinar, en primer lugar, si la interpretación que las sentencias recurridas han realizado de los conceptos «resolución arbitraria en un asunto administrativo» (art. 404 CP) es o no lesiva del art. 25.1 CE. Para ello, es necesario atender a la naturaleza jurídica de los anteproyectos de ley.

De conformidad con lo dispuesto en la STC 93/2024, es claro «que las actuaciones realizadas cuando el Gobierno ejerce la iniciativa legislativa no pueden considerarse en modo alguno una actuación administrativa», sino una «actividad propia de la función de gobierno en sentido estricto, pues es una prerrogativa que corresponde al Gobierno en virtud de su posición institucional, no a la organización a su servicio, que es la administración pública» [FJ 4.4.1 a)]. Como ya ha afirmado el Tribunal en la citada STC 93/2024, dichas actuaciones ni tienen el carácter de definitivas ni el hecho de que existan normas que disciplinen cómo han de elaborarse los proyectos de ley y su aprobación como proyecto de ley los convierte en actos reglados. De lo anterior se deduce «que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no pueden ser objeto de control por ningún órgano judicial. Excluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)» [FJ 4.4.1 a)].

Las consideraciones que acaban de hacerse son incompatibles con las contenidas en las sentencias recurridas en las que se sostiene que las actuaciones realizadas con ocasión de la participación en la elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos y su aprobación como proyecto de ley –las actuaciones prelegislativas, en terminología de las resoluciones impugnadas– han de calificarse como resoluciones recaídas en un asunto administrativo para apreciar que concurren los elementos típicos del delito de prevaricación (art. 404 CP).

Por lo expuesto, no cabe considerar que la participación en la aprobación de anteproyectos de ley de presupuestos y su aprobación como proyectos de ley pueda ser calificada como «resoluciones recaídas en asunto administrativo». Al haberlo entendido así las sentencias impugnadas han incurrido en una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos «resolución» y «asunto administrativo» que vulnera el derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25 CE.

b) Por otra parte, el recurrente ha alegado que, en contra de lo afirmado en las sentencias impugnadas, los anteproyectos y proyectos de ley, debido a que se encuentran en fase de elaboración, no pueden considerarse ilegales. Según se afirma en la demanda, cualquier proyecto de ley que modifique lo dispuesto en una ley vigente contraviene esta precisamente porque la iniciativa tiene por objeto modificar el ordenamiento jurídico si el Parlamento así lo aprueba. Entiende que en este caso el Parlamento aprobó las leyes de presupuestos por lo que el único control que cabe de las mismas es de constitucionalidad y no el realizado por los órganos judiciales sobre los anteproyectos y proyectos de ley.

En efecto, la forma de razonar de las sentencias recurridas, como ya se puso de relieve en la STC 93/2024, FJ 4.4.1 b), supone «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente».

De acuerdo con lo establecido en la STC 93/2024, FJ 4.4.1 b), «la ley de presupuestos generales es una ley que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes. En la STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a), el Tribunal afirmó que 'se trata de una verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material'. Por ello, los jueces, que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), tienen el deber de respetarla cualquiera que sea el juicio que su contenido les merezca. Solo cuando consideran que es inconstitucional y que de su validez depende el fallo de un asunto deben plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero fuera de este supuesto no podrán cuestionar sus determinaciones y, menos aún, no tomarla en consideración».

Es indubitado que las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 al 2009, en su programa 31L, establecieron un sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, de acuerdo con lo establecido en sus memorias, habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía.

Las resoluciones impugnadas, al no reconocer que las leyes de presupuestos para los años 2002 al 2009 contienen una previsión –la establecida en el programa 31L– que dotaba de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que habilitaba a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía, han efectuado, también por este motivo, una interpretación absolutamente imprevisible del elemento típico arbitrariedad lesiva del art. 25.1 CE.

En suma, como ha afirmado el tribunal en relación con esta misma cuestión en la STC 93/2024 y por las razones allí expuestas, ha de concluirse que la apreciación de los elementos típicos del art. 404 CP efectuada por las resoluciones impugnadas respecto de la elaboración y elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de leyes de presupuestos es contraria al art. 25.1 CE.

B) Las modificaciones presupuestarias.

Como ya se ha señalado en este mismo fundamento jurídico, apartado 2.4, el recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de prevaricación por haber participado en la aprobación de las modificaciones presupuestarias en los años 2000, 2001, 2002, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008. Las modificaciones llevadas a cabo en los años 2000 y 2001 afectaron al programa presupuestario 22E; la realizada en 2004 afectó al programa 32H, y el resto, esto es, las realizadas en 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008 afectaron al programa 31L.

Respecto de estas últimas –las relativas al programa 31L– y las que afectaron al programa 22E –realizadas en 2000 y 2001–, las sentencias impugnadas afirman que se aprobaron incumpliendo las normas de estructura presupuestaria y clasificación del gasto establecidas en la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998. Sin embargo, por lo que se refiere a la modificación presupuestaria aprobada para el pago de ayudas sociolaborales por el Consejo de Gobierno el día 9 de diciembre de 2004 en el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo»), las resoluciones recurridas consideran que los fines de dicho programa eran por completo ajenos a la finalidad a la que se dedicaron, por lo que la califican de ilegal.

Del mismo modo que se acaba de hacer respecto de los anteproyectos y proyectos de ley, procede analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han realizado una interpretación imprevisible del delito de prevaricación (art. 404 CP) –por ello contraria al art. 25.1 CE–, al considerar que las modificaciones presupuestarias son «resoluciones» «arbitrarias» dictadas en «asunto administrativo».

En la STC 93/2024, FJ 4.4.2, respecto de las modificaciones presupuestarias, se afirmó que «[c]alificar estos actos como administrativos entra dentro de los márgenes de interpretación admisibles en Derecho, dado que no existe norma ni principio alguno que impida llegar a esta conclusión». Por los motivos allí expuestos, a los que también procede ahora remitirse, no constituye una interpretación imprevisible ni extravagante del elemento típico «resolución dictada en procedimiento administrativo» del art. 404 CP calificar a las modificaciones presupuestarias como actos administrativos.

Cuestión distinta es si esta clase de actos pueden considerarse arbitrarios. Las sentencias recurridas así lo consideran. Por lo que se refiere a las modificaciones presupuestarias de los programas 22E y 31L, las resoluciones judiciales recurridas sostienen que se realizaron prescindiendo de las exigencias procedimentales y materiales con el fin de eludir los controles exigidos por la normativa subvencional (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 24.2, págs. 265 a 271). En efecto, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo llegan a la conclusión de que las modificaciones presupuestarias efectuadas no respetan la normativa presupuestaria, en particular la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998, y por ello aprecian su manifiesta ilegalidad. Asimismo, y por lo que se refiere a la modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el día 9 de diciembre de 2004 en el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo»), las resoluciones recurridas consideran que los fines de dicho programa eran por completo ajenos a la finalidad a la que se dedicaron, por lo que la califican de ilegal. En la STC 93/2024, FJ 4.4.2, se sostiene que aunque no es función del Tribunal enjuiciar la corrección jurídica de dicha apreciación, «sí entra dentro de sus atribuciones el efectuar un juicio externo de las razones que llevan a los órganos judiciales a resolver en el sentido expuesto, pues solo de este modo puede verificarse que las resoluciones judiciales, al calificar como manifiestamente ilegales las modificaciones presupuestarias efectuadas, no han desbordado los límites que impone el art. 25.1 CE».

El Tribunal consideró en el fundamento jurídico 4.4.2 de la mencionada sentencia que para hacer tal juicio externo no puede desconocerse que, desde el año 2002, se incluyó en las leyes de presupuestos el programa 31L, que tiene por objeto otorgar transferencias de financiación al IFA/IDEA en materia de relaciones laborales. En los documentos que acompañan a dichas leyes, «en particular, en las memorias –transcritas en sus pasajes más relevantes en las sentencias que ahora se recurren– se hace referencia a la finalidad que con ese programa se pretende, quién ha de ejecutarlo y cómo debe hacerlo». Estos datos, a los que ahora procede remitirse, quedaron expuestos en la STC 93/2024, FJ 4.4.2.

El Tribunal concluyó que los órganos judiciales, al interpretar el elemento típico «arbitraria» del art. 404 CP, debieron haber tomado en consideración el cambio de presupuestación antes referido –aprobado a partir del año 2002–. Al no hacerlo, resulta imprevisible considerar manifiestamente ilegales actos –las modificaciones presupuestarias–, dictados al amparo del programa 31L incluido en las leyes de presupuestos.

Una vez expuesta la doctrina que debe aplicarse a este extremo, procede examinar si las modificaciones presupuestarias en las que participó el demandante de amparo tenían cobertura en el programa 31L. Como ya se ha expuesto en el fundamento jurídico 2.4, se afirma en las resoluciones judiciales que el recurrente participó en la elaboración de las siguientes modificaciones presupuestarias que se destinaron al pago de ayudas sociolaborales:

(i) Cinco modificaciones presupuestarias realizadas en los años 2000 y 2001 por las que se incrementó la partida 22E. Dichas modificaciones fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno el 18 de abril de 2000, por la se incrementó en 257 000 000 pesetas la aplicación presupuestaria 440.12.22E, dando de baja la aplicación 472.00.22E; el 28 de julio de 2000, por la que se incrementó en 904 000 000 pesetas la aplicación 440.01.22E, dando de baja la aplicación 481.00.22E; el 29 de mayo de 2001, por la se incrementó en 5 573 000 pesetas la partida 440.00.22E, dando de baja otros conceptos; el 18 de septiembre de 2001, por la se incrementó en 1 250 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E, y el 13 de noviembre de 2001, por la que se incrementó en 660 000 000 pesetas la aplicación 440.00.22E, dando de baja la aplicación 486.00.22E.

(ii) Siete modificaciones presupuestarias por las que se incrementaba la partida 31L en la aplicación presupuestaria 440.51 o 740.51. Dichas modificaciones presupuestarias

fueron aprobadas por el Consejo de Gobierno el 15 de octubre de 2002 por cuantía de 9 944 099 €; el 7 de diciembre de 2005 por cuantía de 799 895,97 €; el 7 de noviembre de 2006, por cuantía de 9 300 000 €; el 27 de noviembre de 2007, por cuantía de 7 448 503,44 € y tres modificaciones presupuestarias el día 22 de diciembre de 2008 por cuantía de 1 253 853,89 €, otra por importe de 6 011 836,20 € y la tercera por importe de 8 000 000 € (si bien los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial indican expresamente que esta última modificación, al tener carácter finalista y al estar dotada de fondos procedentes de la administración central, sí fue objeto de fiscalización por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo).

(iii) Una modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004 que incrementó el programa 32H («Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo») por importe de 2 994 876 €.

De conformidad con lo expuesto, no pueden considerarse arbitrarias las modificaciones presupuestarias identificadas en el apartado (ii), esto es, las aprobadas por el Consejo de Gobierno el 15 de octubre de 2002, el 7 de diciembre de 2005, el 7 de noviembre de 2006, el 27 de noviembre de 2007 y el 22 de diciembre de 2008, al encontrarse amparadas en el programa 31L de las leyes de presupuestos para los años 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008. Por todo ello, las resoluciones impugnadas, en lo que se refiere a estas concretas modificaciones presupuestarias, al calificarlas como manifiestamente ilegales, han incurrido en una interpretación del todo imprevisible del tipo penal que ha determinado la condena.

No ocurre lo mismo con la modificación presupuestaria realizadas en los programas 22E y 32H. Los fines de estos programas no eran la concesión de ayudas sociolaborales, por lo que, al ser dedicados estos fondos a ayudas sociolaborales, su consideración por las resoluciones judiciales impugnadas como resolución arbitraria recaída en un asunto administrativo no desborda los límites del art. 404 CP.

4. Conclusiones y alcance del fallo.

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

La aplicación que han efectuado los órganos judiciales del art. 404 CP al condenar al recurrente en amparo como autor de un delito continuado de prevaricación por haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2002 a 2009 y haberlos aprobado como proyectos de ley para su envío al Parlamento de Andalucía, así como por haber participado en las modificaciones presupuestarias aprobadas por el Consejo de Gobierno los días 15 de octubre de 2002, 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 22 de diciembre de 2008, infringe el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE). La lesión de este derecho fundamental se produce por haber efectuado los órganos judiciales una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal que no se corresponde con la interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica y es incompatible con el sistema institucional constitucional y estatutariamente previsto. Todo ello conlleva que, en relación con los referidos hechos, la conducta prohibida, tal y como ha sido interpretada en las sentencias impugnadas, resulte imprevisible para sus destinatarios.

No puede apreciarse lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la condena por delito continuado de prevaricación por haber efectuado las modificaciones presupuestarias de 18 de abril y 28 de julio de 2000; de 29 de mayo, 18 de septiembre y 13 de noviembre de 2001, y de 9 de diciembre de 2004. En relación con estas conductas, los órganos judiciales han efectuado una interpretación y subsunción de los hechos en la norma penal acorde con las exigencias que se derivan de este derecho fundamental.

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento anterior al dictado de la sentencia de instancia para que por la Audiencia Provincial de Sevilla se

dicte un nuevo pronunciamiento con exclusión de las siguientes conductas realizadas por el recurrente: haber participado en la aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios 2002 a 2009 y su envío como proyectos de ley al Parlamento; y haber participado en la aprobación por el Consejo de Gobierno de las modificaciones presupuestarias de 15 de octubre de 2002, 7 de diciembre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 22 de diciembre de 2008.

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 Manuel Chaves González.

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

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

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

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

Dada en Madrid, a dieciséis 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 núm. 7007-2022

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 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. 7007-2022, interpuesto por don Manuel Chaves González, el cual a mi juicio debió ser desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Antes de explicar las razones de este voto particular, procede recordar que el Pleno de este tribunal ha dictado ya siete sentencias en esta serie de recursos de amparo referida a la causa de los «ERE», en el que se impugnaban las mismas resoluciones que aquí, 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 (así como 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). Todos los recurrentes resultaron condenados por el delito de prevaricación [art. 404 del Código penal (CP)], y algunos además —no es el caso del aquí recurrente— por el delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) en concurso medial con aquel otro, dada su participación en los hechos probados que las sentencias recurridas subsumen en los mencionados delitos y en virtud del correspondiente juicio de autoría, valiéndose de su condición de altos cargos de la Junta

de Andalucía en los años 2000 a 2009. En el caso del señor Chaves González, fue presidente de la Junta de Andalucía de 1990 a 2009, por tanto incluyendo los años objeto de investigación (2000-2009).

La sentencia recaída en el recurso de amparo 7007-2022 de la que ahora discrepo, despliega los mismos razonamientos que ya ha utilizado el Pleno en otras sentencias de esta serie para estimar, total o en su caso parcialmente, la queja que aquí se plantea. En concreto y en lo que aquí importa, a partir de la STC 93/2024, de 19 de junio (recurso de amparo 6971-2022, recurrente doña Magdalena Álvarez Arza).

De la fundamentación y el fallo de la STC 93/2024 manifesté mi disconformidad en un voto conjunto firmado con mis compañeros magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera Así lo he hecho también en las demás sentencias de la serie ya dictadas, con relación a esta misma queja. Constatado que la sentencia que ahora nos ocupa bebe directamente de los postulados que se contienen en aquella, debo por fuerza reiterarme en las razones que ya he ofrecido para cuestionar su corrección y acierto, y que expondré de nuevo con detalle en este voto particular.

1. Sobre la estimación parcial de la queja por vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al condenar al recurrente por el delito de prevaricación.

La sentencia de la que ahora discrepo declara, en su fundamento jurídico 3.5, que las resoluciones recurridas han infringido el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente por haberle condenado por un delito continuado de prevaricación del art. 404 CP: (i) al haber intervenido en la aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos y envío de aquellos al Parlamento, desde el ejercicio del año 2002 al año 2009, siendo conocedor de que dentro del programa 31L se consignaba indebidamente bajo el concepto de «Transferencias de financiación al IFA», conceptos vinculados a la partida 440.51 en materia de relaciones laborales; actividad que no puede reputarse como «resolución» dictada «en asunto administrativo» y «arbitraria», en orden a su incardinación en aquel tipo penal [FJ 3.5 A]; y (ii) como presidente del Consejo de Gobierno, por aprobar ciertas modificaciones presupuestarias en los años 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008, las cuales tenían cobertura en el programa 31L, ideado a tal fin; actividad que si bien sí puede calificarse como «resolución» dictada «en asunto administrativo», no reviste sin embargo la ilegalidad manifiesta (arbitrariedad) propia del referido tipo penal [FJ 3.5 B)].

Esta línea de argumentación de la sentencia ahora dictada, que como ya he indicado antes viene utilizándose desde la STC 93/2024, no resulta sostenible tampoco aquí a la luz de las siguientes consideraciones:

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

La idea que informa esta parte de la sentencia es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de leyes de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. Niega, en consecuencia, que toda la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de ley que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento pueda considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito puedan calificarse como resoluciones recaídas en un «asunto administrativo» que es el término que emplea el art. 404 CP [FJ 3.5 A) a)], presupuesto de que parten la sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo para fundar la condena por prevaricación del recurrente.

Las sentencias impugnadas no se refieren tanto a las leyes de presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía en los años 2002 a 2009 (y respecto de todos esos ejercicios, por lo que se refiere al recurrente) como a los trabajos preparatorios de esas leyes, y esa actividad prelegislativa tiene, a mi juicio, inequívoca naturaleza

administrativa. Así se desprende también de lo expresado en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y hasta de la STC 55/2018, de 24 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, entre otros, contra esos artículos de esta última ley.

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

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

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

Esa actividad que el Tribunal Supremo llama «prelegislativa» es, para la STC 55/2018, propia de un procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El Estado no puede regularla bajo el título del procedimiento administrativo «común» (art. 149.1.18 CE), pero es «procedimiento administrativo». Por eso tras la STC 55/2018 esas normas siguen siendo de aplicación al procedimiento prelegislativo estatal. Una cosa es que la jurisdicción contencioso-administrativa venga declarando que esa actividad no constituye un acto impugnabile ante ella y otra que, como dice la sentencia de la que discrepo, esa actividad «no pued[a] ser objeto de control jurídico» [FJ 3.4 B) a)].

La mayoría de nuestro Tribunal cita de manera desviada el ATC 135/2004 (aludido en el fundamento jurídico 3.4 B). En ese ATC 135/2004 inadmitimos la impugnación del Gobierno de la Nación contra el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por el Gobierno de esa comunidad (el llamado «Plan Ibarretxe») y contra la resolución de la mesa del Parlamento autonómico admitiendo a trámite esa propuesta. El Gobierno alegaba que el contenido de la propuesta era abiertamente inconstitucional, y que por tanto la propuesta solo podía tramitarse como un procedimiento de reforma de la Constitución, y no como un procedimiento de reforma del estatuto de autonomía, como había hecho el Parlamento autonómico. Sostuvimos entonces, efectivamente, que ese proyecto de reforma no podía ser objeto de control por el Tribunal Constitucional porque su efecto era solamente abrir un procedimiento parlamentario cuyo resultado era incierto. De su tramitación podía resultar una norma o no resultar ninguna, y en el primer caso esa norma podía ser contraria a la Constitución o conforme con esta. Por lo tanto, no podía este tribunal anular la propuesta de reforma ni impedir su debate.

Pero esta imposibilidad lógica de controlar vicios hipotéticos contenidos en proyectos de normas (o actos) que podrían suponer la anulación del producto final si no fueran

corregidos nada tiene que ver con la posibilidad de examinar si en la elaboración de un anteproyecto de ley (que es un acto previo y diferente a la «decisión de elevar a las Cortes un proyecto de ley» como acto de gobierno conforme a la STC 45/1990 aludida en la STC 93/2024, FJ 4.4.1), la autoridad responsable ha incurrido efectivamente en un delito de prevaricación del art. 404 CP.

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

En mi opinión, refrendada por la regulación establecida en la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, antes citada), la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo. Por eso tengo que discrepar del fundamento jurídico 3.5 A) a) de la sentencia, en que se da a esta actividad la naturaleza de actos de gobierno excluidos de todo control por parte de cualquier órgano jurisdiccional, incluso de su posible enjuiciamiento por la jurisdicción penal. Esto equivale a consagrar un ámbito de impunidad que sí me parece contrario a la Constitución.

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

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

En el apartado siguiente del mismo fundamento jurídico [FJ 3.5 A) b)] se enjuicia la interpretación del concepto de resolución «arbitraria» previsto en el art. 404 CP, si bien la sentencia se refiere en este punto a la ilegalidad de las leyes de presupuesto, no al producto resultante de la fase de preparación de los correspondientes anteproyectos de ley, antes de su envío al Parlamento, que es lo que enjuician las resoluciones impugnadas –como hemos aclarado en el apartado anterior del presente voto particular–.

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

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

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

Ninguna de estas razones se analiza en la sentencia apoyada por la mayoría, sino que vuelve a reiterarse la idea –ya defendida en la STC 93/2024– de la aprobación

parlamentaria como sanadora de todos los posibles vicios denunciados y a la imprevisibilidad de la interpretación llevada a cabo por la Audiencia Provincial de Sevilla y por el Tribunal Supremo.

La razón de la condena al recurrente por parte de estos tribunales es clara: como con arreglo a la Ley 5/1983, de la 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, el recurrente y otros funcionarios idearon como solución para eludir esos controles incluir una nueva partida en los presupuestos titulada de manera indeterminada como «relaciones laborales» y disfrazada como transferencia de crédito al IFA (posteriormente IDEA) para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad que no se deroga.

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

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

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

a) La sentencia de la que discrepo reitera una y otra vez la idea de que las leyes de presupuestos regularon el modo de concesión de estas ayudas. Por eso diserta ampliamente sobre las «características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 3.4), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» [FJ 3.4 A e)], la posibilidad de modificar las leyes vigentes [FJ 3.4 B b)] y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional [FJ 3.4 A f)], para terminar concluyendo que la forma de razonar de las sentencias recurridas supone «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» de presupuestos, «que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes» [FJ 3.5 A b)].

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

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

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

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla lo hace en su fundamento de Derecho 15 (aludido en la sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 23.1, pág. 256,

última línea), que cita y reproduce el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que dice así:

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

Un precepto que le lleva concluir lo siguiente:

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

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

En lugar de detenerse en estos estos razonamientos, como corresponde a un recurso de amparo que debe examinar la razonabilidad de la interpretación efectuada por las sentencias recurridas, la sentencia de la que ahora discrepo cambia los términos del debate, hace supuesto de la cuestión y da por sentado lo que esos tribunales niegan: el valor de ley de la «documentación anexa» a los proyectos de ley de presupuestos.

Lo que era objeto de discusión ante la jurisdicción penal, y esta negó motivadamente, no era «el carácter formal o material» de la ley de presupuestos, cuestión hace tiempo «superada» como reconoce la mayoría citando la STC 76/1992, sino si la «documentación anexa» a la ley de presupuestos, donde se contiene ese cambio de calificación de créditos, supuso efectivamente una modificación, derogación o desplazamiento de la normativa general sobre subvenciones.

Por el sencillo expediente de omitir los razonamientos de las sentencias objeto de amparo, la sentencia ahora dictada asume apodícticamente que sí han producido ese cambio legislativo.

Pero la lectura del análisis de la «documentación anexa» al proyecto de ley de presupuestos ofrecido por las págs. 193-196 de la sentencia del Tribunal Supremo, transcritas en el fundamento jurídico 2.1 c) de la misma sentencia, no permite sostener esta conclusión. Antes al contrario: estas «fichas», «memorias» y «documentación anexa al proyecto de presupuestos» llaman varias veces «subvenciones» a las «ayudas sociolaborales» del programa 31L, de modo que difícilmente puede sostenerse que esa «documentación anexa» autorizara la elusión del régimen de estas.

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

En primer lugar, esa «documentación anexa» no está publicada, ni se publica conjuntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno por aplicación de la máxima del art. 9.3 CE: «La Constitución garantiza [...] la publicidad de las normas». Si no hay publicidad, no puede haber «norma» vinculante, ni mucho menos «verdadera ley», como asume la mayoría.

En segundo lugar, la diferenciación conceptual entre el anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos, por una parte, y su «documentación anexa», por otra, viene corroborada por otras normas. No solo el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que cita la sentencia de la Audiencia de Sevilla en el pasaje antes transcrito (idéntico además a los arts. 134.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados

y 150.2 del Reglamento del Senado), sino también los arts. 34.5 y 35 de la Ley 5/1983, de la hacienda pública de Andalucía (vigente en la fecha de los hechos) y el art. 37 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria del Estado (LGP), igualmente citados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento 15). Por ejemplo, según este último precepto (art. 37 LGP), al «proyecto de ley de presupuestos generales del Estado, integrado por el articulado con sus anexos y los estados de ingresos y de gastos», «se acompañará» cierta «documentación complementaria», que incluye, entre otras, «[l]as memorias descriptivas de los programas de gasto y sus objetivos anuales». De la misma manera, el art. 35 de la Ley 5/1983 dice que «[e]l proyecto de ley de presupuestos y la documentación anexa se remitirán al Parlamento» al menos dos meses antes de la expiración del anterior. Todo proyecto de ley del Gobierno va acompañado de cierta documentación (cfr. art. 88 CE y art. 26 de la Ley 50/1997, del Gobierno), pero no por ello esa documentación adquiere el rango y fuerza de la ley una vez aprobada esta.

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

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

5. Modificaciones presupuestarias.

En cuanto a determinadas modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 [FJ 3.5 B)], por las mismas razones que entiendo 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 aquellos años pueden escudarse en la ley de presupuestos.

Las leyes de presupuestos habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse. Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 31L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones.

Resulta, por tanto, infundada la afirmación de la sentencia de la que disiento según la cual el Tribunal Supremo ha interpretado las leyes de presupuestos de Andalucía para esos años de modo imprevisible, así como las modificaciones presupuestarias aprobadas a su través.

6. Respeto por las resoluciones impugnadas del derecho fundamental del recurrente.

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

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

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

La demanda de amparo por tal razón debió de desestimarse en su integridad.

Y en este sentido emito mi voto particular.

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

Voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcobilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 7007-2022

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 Manuel María Chaves González, 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 sentencia que estimó parcialmente el recurso de amparo núm. 6971-2022, interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza (STC 93/2024, de 19 de junio) 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 en cuanto 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 también por delito de prevaricación. Se trata de don Manuel Chaves González, quien fuera presidente de la Junta de Andalucía desde el 27 de julio de 1990 al 7 de abril de 2009, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en el fundamento de Derecho 41 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.

Conviene recordar que las sentencias impugnadas en amparo condenaron al recurrente y a otros altos cargos de la Junta de Andalucía en la pieza específica del «caso de los ERE de Andalucía», que planificaron un sistema de concesión y ejecución de ayudas sociolaborales excepcionales eludiendo el control del gasto público. Para ello idearon un mecanismo relativamente sencillo y sumamente eficaz, para la finalidad perseguida. Ese mecanismo fue el cambio de clasificación presupuestaria del gasto, asignándose las ayudas a la partida 440.12 del programa 31L (Transferencias de financiación al IFA) por la Consejería de Empleo y ejecutándolas el Instituto de Fomento

de Andalucía (IFA), luego denominado a partir de 2004 como Agencia de Innovación y Desarrollo en Andalucía (IDEA). De esta suerte, durante los años 2002 a 2009 no se siguió procedimiento administrativo alguno en la concesión de las ayudas, al otorgarse sin expediente de concesión (en muchos casos); sin publicidad en la concesión; sin fiscalización; sin informe de la Consejería de Presidencia sobre la notificación a la Comisión Europea; sin solicitud de los interesados y sin acreditarse la personalidad de los solicitantes; entre otras graves irregularidades que socavaron las reglas y los principios por los que se rige la actividad administrativa subvencional.

2. Premisas erróneas: la pretendida virtud sanadora de las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 a 2009 y la atribución a la memoria económica de valor y eficacia complementaria de la ley de presupuestos.

Como en la STC 93/2024, la presente sentencia considera que la actuación del recurrente no puede entenderse subsumible en el delito de prevaricación por el 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 entendido que los trabajos preparatorios de esas leyes (la actividad «prelegislativa»), esto es, la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de ley que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento, puede considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito pueden calificarse como resoluciones recaídas en asunto administrativo, que es el término empleado en el art. 404 del Código penal para el delito de prevaricación administrativa. Por las razones expresadas en el voto particular a la STC 93/2024, no me parece que esa interpretación realizada por la jurisdicción penal, en el ámbito que le compete conforme al art. 117.3 CE, pueda tildarse de irrazonable o imprevisible. A mi entender, los actos prelegislativos son susceptibles de control penal. Entender lo contrario, como hace la mayoría del Tribunal en la sentencia de la que disiento, equivale a consagrar un inadmisibles ámbito de impunidad que resulta patentemente contrario a la Constitución.

La preparación del anteproyecto de ley de presupuestos es una labor netamente administrativa, sujeta a control y a responsabilidad. Es la presentación del proyecto de ley en el Parlamento el acto que inicia la tramitación parlamentaria. Estamos, pues, en el primer caso, ante actos administrativos insertos en un procedimiento administrativo reglado (a nivel estatal, el procedimiento por el que se rige la elaboración de los presupuestos generales del Estado es una orden del ministro de Hacienda, conforme al art. 36.2 de la Ley general presupuestaria; en la Comunidad Autónoma andaluza, se trata de una orden de la Consejería competente). No es posible equiparar, por tanto, los anteproyectos de ley (tramitación administrativa) con los proyectos de ley (tramitación parlamentaria), ni tampoco equiparar los actos administrativos prelegislativos (reglados o discrecionales) con los políticos (del Gobierno) o legislativos (del Parlamento), ni mucho menos afirmar que los actos preparatorios o prelegislativos no se encuentran sometidos al Derecho administrativo, para deducir de ello una absoluta irresponsabilidad penal de los autores de esa actuación prelegislativa, como hace la sentencia de la que disiento.

Pero la sentencia aprobada por la mayoría va aún más lejos y, como en la STC 93/2024, sostiene que la conducta del recurrente, como la de otros condenados en la «pieza específica del caso de los ERE de Andalucía», no merecía reproche penal desde la perspectiva del delito de prevaricación por el que ha sido condenado 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 al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales que, de acuerdo con lo establecido en sus propias memorias, habilitaban a la administración autonómica a conceder estas ayudas por tal vía» (fundamento jurídico 3), lo que habría

supuesto la supresión de los controles y procedimiento propios del régimen de subvenciones.

Lo mismo se afirma respecto de las conductas calificadas de prevaricación por las sentencias impugnadas en amparo relativas a las modificaciones presupuestarias amparadas en el programa 31L, habidas con posterioridad a la aprobación de las distintas leyes de presupuestos, pues, asimismo, encontrarían cobijo en el «sistema de atribución de fondos al IFA/IDEA (las transferencias de financiación) para la concesión de ayudas sociolaborales», según sostiene la mayoría del Pleno en la sentencia de la que disiento.

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 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 habituados para actuar al margen de cualquier procedimiento y sin el control previo exigible en cualquier disposición de fondos públicos.

Según la sentencia aprobada por la mayoría del Tribunal, y de la que discrepo, la ley de presupuestos es erigida en un tótem todopoderoso que habilita a la administración para operar libérrimamente. Basta una partida, una cifra, económica expresada en euros y un concepto genérico para entender que el organismo correspondiente está apoderado para saltarse procedimientos y controles, simplemente con el argumento de que no se establece en la ley a qué procedimiento o a qué control está sujeta esa actividad.

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 es que, 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 (tampoco normativo, por supuesto, pues no son normas jurídicas) 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 93/2024, 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: «Las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8). 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 cuanto a las modificaciones presupuestarias producidas en los años 2002 y 2005 a 2008, por las mismas razones que entendemos que las leyes de presupuestos que incluyeron desde el año 2002 esa célebre partida 440 del programa 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 pueden escudarse en la ley de presupuestos.

En suma, las leyes de presupuestos andaluzas consideradas habilitaban unos créditos para determinadas ayudas, pero no prejuzaban 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 5/1983, de la 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 (fundamento jurídico 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 prevaricación, porque el programa 31L no concedía una cobertura legal para adjudicar ayudas con elusión de los controles previstos en la normativa subvencional, pues nada se establecía en las leyes de presupuestos en tal sentido. La omisión de aquellos controles permitió que se dispusiera libremente de las ingentes cantidades dinerarias a las que se refieren los hechos probados de las sentencias impugnadas en amparo, ocasionando un grave quebranto a la hacienda pública.

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 «[e]l gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

La referencia que hace el art. 31.2 CE a la justicia de los criterios de reparto del gasto público fue introducida en el Senado a través de la enmienda propuesta por el profesor Fuentes Quintana, quien en defensa de la misma enfatizó que lo que se pretende es «que el gasto público sirva al fin de la justicia (solicitando, por ello una asignación equitativa de los recursos públicos) y a los principios de la eficiencia y economicidad (requisito obligado para justificar la racionalidad de todo gasto público)». Y ello porque «el gasto no solamente constituye en este sentido un derecho del ciudadano; mi derecho, en cuanto ciudadano, a los gastos públicos no es solo a que prepondere la equidad en su distribución, sino también a que su programación, su presupuestación y su control tengan lugar con arreglo a los principios de economicidad y eficiencia. La economicidad y eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado y, naturalmente, son derechos de los individuos, porque en la medida en que el Estado despilfarra el contenido del conjunto en sus gastos públicos, es evidente que lo que está haciendo es malbaratar el conjunto, no defender el conjunto de los derechos individuales de los ciudadanos» («Diario de Sesiones del Senado», núm. 45, de 29 de agosto de 1978, enmienda núm. 674, presentada en el seno de la Comisión Constitucional).

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 la 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 salvífico 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 «[l]a 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 vicariables, 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 enunciadas 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.

Si el fraude fiscal es una de las agresiones más graves al interés común de los ciudadanos, la malversación de los caudales públicos es otra no menos importante. Como la lucha contra el fraude fiscal, la lucha contra la corrupción es otro objetivo o mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos. Ese mandato deriva del deber constitucional de realizar una asignación equitativa de los recursos públicos en el marco de una programación y ejecución basada en los criterios de eficiencia y economía (art. 31.1 CE). La justicia financiera no se limita a la vertiente del ingreso; debe atender con la misma fuerza a la del gasto ¿De qué vale defender la ética en el ingreso si luego no se exige la correlativa ética en el gasto? La mala, negligente o indebida gestión de los recursos públicos compromete el cumplimiento de los fines de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). El Tribunal del que formo parte ha renunciado de nuevo a formar una doctrina en cuestión tan nuclear como de tan vieja raigambre en la sociedad. En efecto, ya la Carta Magna inglesa de 1215 reconoció el derecho de los ciudadanos, no solo a consentir tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban, derechos que recogió el *Bill of Rights* de 1689 y más adelante la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y nuestra Constitución de Cádiz de 1812.

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 de otros 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 STJUE 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 corresponden 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 inmediación, 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. 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 prevenir la corrupción política.

5. Colofón: las sentencias impugnadas en amparo no vulneraron el derecho del recurrente a la legalidad penal.

En suma, para la mayoría del Tribunal en la sentencia de la que disiento, la actuación del recurrente estaba en todo momento amparada en la ley, careciendo de trascendencia penal desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal (previsibilidad). Y ello porque nadie podía prever racionalmente que por cumplir escrupulosamente la ley se pudiese estar incumpliendo esta.

Discrepo no solo por lo ya manifestado sobre la errónea configuración salvífica de la ley de presupuestos, sino porque entiendo que el Tribunal se ha extralimitado en su función de control, al haberse injerido en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (arts. 117.1 y 123.1 CE) y efectuado una interpretación extensiva e injustificada del canon de enjuiciamiento constitucional sobre la legalidad penal.

Las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos típicos del delito de prevaricación, y 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 el delito de prevaricación, 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. 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.

En todo caso, es obvio que una ley sobre la que pudieran pesar sospechas fundadas de inconstitucionalidad despliega plenos efectos en tanto no sea derogada o este tribunal no la haya expulsado del ordenamiento jurídico al conocer de un proceso de inconstitucionalidad. Más ¿qué tiene que ver que la ley, mientras no haya sido declarada inconstitucional, siga siendo ley, con que la conducta de quienes se han servido de ella para desviar fondos públicos sea delictiva?

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.

Mediante un control meramente formal y un análisis estanco de cada una de las partes de la trama del «caso de los ERE de Andalucía», ha dejado sin efecto el reproche penal de las sentencias impugnadas en amparo, transmitiendo así a la ciudadanía que la corrupción política es un medio válido de actuación de los poderes públicos, mientras lo hagan bajo la pretendida cobertura formal de un artificio legal ideado precisamente por aquellos que pretendían eludir el control del gasto público.

(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. Ninguno de los argumentos que he defendido en el Pleno y expuesto en mis votos particulares a anteriores sentencias de esta serie del «caso ERE de Andalucía» ha sido rebatido o contestado; ni siquiera una coma de las iniciales sentencias de esta serie ha sido cambiada de sitio.

La reiteración argumental en este voto puede resultar melancólica, pero responde al cumplimiento del deber que me incumbe como magistrado y a mi convicción de que la deliberación ha de ser el camino irrenunciable para encontrar la luz, particularmente necesaria para el guardián de la Constitución. 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 dieciséis de julio de dos mil veinticuatro.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–
Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 7007-2022

En el ejercicio de la facultad conferida en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el respeto debido 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 interpuesto por don Manuel María Chaves González, el cual debió ser desestimado, dado que las sentencias impugnadas no vulneraron su derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Los motivos de mi discrepancia se remiten, en lo coincidente, a lo expuesto en los votos particulares conjuntos y en aquel al que me adherí suscrito con el magistrado don César Tolosa Tribiño, formulados tanto a la STC 93/2024, de 19 de junio, como a las SSTC 94/2024, de 2 de julio, y 95/2024, 96/2024, 97/2024 y 98/2024, de 3 de julio.

Por otra parte, incorporo a este voto particular otras consideraciones que refuerzan los argumentos que manejé en su día.

1. Descalificaciones gratuitas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

La sentencia de la que discrepo en su fundamento jurídico 3.4 insiste en recordar a ambos órganos jurisdiccionales los «elementos esenciales en los que se basa nuestro sistema constitucional», tales como el carácter constitucional, parlamentario y democrático del Estado, el principio de separación de poderes, la naturaleza de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, y hasta del monopolio del control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.

Ello obliga a reiterar las consideraciones efectuadas al respecto en el voto particular conjunto formulado a la STC 93/2024, de 19 de junio, en el que se puso de manifiesto la improcedencia de dicha argumentación, dado que, obviamente, los tribunales penales no ignoraron los pilares de nuestro sistema constitucional, las sentencias recurridas no declararon la inconstitucionalidad de las leyes de presupuestos de Andalucía de 2001 a 2010, ni dirigieron tacha alguna en este sentido.

En el apartado 3.5 de la sentencia dedicado al «Enjuiciamiento de la queja», tras remitirse a lo señalado en la STC 93/2024, se vuelve a reprochar a los dos órganos judiciales haber efectuado «una interpretación extravagante e imprevisible de los elementos típicos ‘resolución’ y ‘asunto administrativo’» y «una interpretación absolutamente imprevisible del elemento típico arbitrariedad lesiva del artículo 25.1 CE».

Atendido que la sentencia se remite reiteradamente a la STC 93/2024, reproduzco las consideraciones efectuadas en los votos particulares a esa sentencia, relativas a la improcedencia de las severas e innecesarias críticas a las dos sentencias adoptadas por unanimidad de sus magistrados en lo que a la calificación de la conducta del entonces recurrente como delito de prevaricación administrativa se refiere, ya que el análisis efectuado en las mismas no se alejó de la interpretación de los elementos típicos comúnmente aceptada por la comunidad jurídica, ni es incompatible con el sistema institucional constitucional y estatutariamente previsto. Por el contrario, la interpretación de los elementos del tipo fue efectuada por el órgano jurisdiccional «superior» en materia penal (art. 123.1 CE) y coincide, además, con la sostenida por el Ministerio Fiscal, que mantuvo la acusación por este delito en todas las instancias judiciales, y por instituciones como el Tribunal de Cuentas del Estado, la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Intervención General autonómica, cuyos servicios jurídicos dictaron resoluciones y emitieron informes detallados sobre las ilegalidades cometidas, extractadas a lo largo de las sentencias recurridas.

2. Reconstrucción en la sentencia de la demanda de amparo.

La sentencia de la que discrepo, al igual que otras anteriores a las que formulamos sendos votos particulares, fundamentan la vulneración del principio de legalidad penal con apoyo en consideraciones distintas a las invocadas por las partes recurrentes, efectuando en este proceso constitucional, al igual que en los precedentes, una proscrita reconstrucción de la demanda de amparo.

Como apuntamos, entre otros, en el voto particular a la STC 94/2024, este tribunal al resolver los recursos de amparo relativos a las condenas por los denominados «ERE», ha venido dando una respuesta estandarizada a la alegación de vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), con independencia del contenido de las demandas, con una predeterminación argumental que margina el contenido de los recursos, incidiendo en una prohibida reconstrucción del recurso o directamente dar respuesta a un planteamiento inexistente.

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.

En el presente caso el recurrente basó su queja por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en que, sintéticamente expuesto, los acuerdos del Consejo de Gobierno al que pertenecía, aprobatorios de anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos, luego remitidos al Parlamento de Andalucía que los aprobó en forma de ley, carecen de naturaleza de resoluciones administrativas y constituyen actos de gobierno exentos de control jurisdiccional por revestir naturaleza política, razón por la cual no concurre en aquellos acuerdos uno de los elementos del tipo objetivo del delito de prevaricación del art. 404 CP, consistente en dictar resolución arbitraria en «asunto administrativo».

La *ratio decidendi* de la sentencia de la que discrepo no se para en determinar si es constitucionalmente admisible la interpretación que los tribunales ordinarios han hecho del concepto de resolución administrativa, sino que va más allá cuando afirma [FJ 3.5 A) b)] que aquellos han efectuado «una interpretación absolutamente imprevisible del elemento típico arbitrariedad lesiva del art. 25.1 CE», porque ello supone «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley, lo que conlleva desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente».

Este modo de razonar altera el objeto del recurso de amparo tal como lo planteó el demandante.

Se incumple nuevamente la 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).

3. Omisión en las sentencias estimatorias de los recursos de amparo de los ERE de los argumentos contenidos en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre el juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa.

Tal como se afirmó en los votos particulares a la STC 93/2024 y a las SSTC 94/2024, de 2 de julio, y 95/2024, 96/2024, 97/2024, 98/2024, de 3 de julio, 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 los argumentos que llevaron al Tribunal Supremo a calificar las conductas de los diversos recurrentes como delito de prevaricación administrativa, obligaron a suplir la injustificada omisión por parte de este tribunal del debido análisis de las sólidas razones de acuerdo con las cuales el Tribunal Supremo consideró que las conductas enjuiciadas son constitutivas del delito continuado por el que recayó la condena.

Como se expuso en anteriores votos particulares, el Tribunal Supremo detalló el entramado delictivo que se inició con los trabajos prelegislativos y que culminó con la distribución fraudulenta de los fondos públicos –en términos de la sentencia de casación: «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»–, la relación de hechos declarados probados por la Audiencia Provincial resultante de la valoración de la prueba que le compete, donde aparecen las

irregularidades más significativas en la concesión de las ayudas (algunas de ellas cometidas en el ámbito presupuestario e insertas en el conjunto de la operación) y que la sentencia de casación relaciona.

Como también expusimos en votos particulares precedentes, la sentencia de casación efectúa una primera precisión: el juicio histórico de la sentencia de instancia no recoge hechos aislados, sino una actuación muy compleja, integrada por un conjunto de decisiones adoptadas por distintas autoridades administrativas en un periodo de tiempo muy prolongado, pero dirigidas todas ellas a conseguir un único propósito: el otorgamiento de subvenciones excepcionales incumpliendo de forma absoluta los requisitos establecidos en la normativa sobre subvenciones, singularmente, la ausencia de bases de convocatoria, la falta de publicidad y la falta de fiscalización previa, dando lugar a la arbitrariedad en la dotación de fondos y en su aplicación concreta. Este conjunto de decisiones hizo posible la distribución ilegal de subvenciones por importe de cerca de setecientos millones (700 000 000) de euros durante un dilatado periodo de diez años.

Para que fuera posible semejante ilegalidad, con afectación de una cantidad ingente de fondos públicos, fue necesario adoptar a lo largo del tiempo distintas resoluciones sin las cuales ni se habrían concedido las ayudas en los términos en que lo fueron, ni se habrían sometido a aprobación parlamentaria unos proyectos de ley que encubrían el mecanismo fraudulento utilizado para evitar los controles establecidos por el legislador.

El Tribunal Supremo analizó pormenorizadamente las diferencias entre el proceso legislativo y el prelegislativo y declaró que «[l]a diferente naturaleza del proceso prelegislativo y legislativo nos resulta patente si se atiende a las distintas normas que lo regulan y al momento en el que las normas constitucionales o el Estatuto de Autonomía para Andalucía fijan el inicio del procedimiento legislativo».

Los argumentos de la sentencia de casación que, bajo la rúbrica «Control de los actos de gobierno», refutan el carácter político inmune a todo control jurisdiccional de las resoluciones por las que se acordó elevar los proyectos de ley al Parlamento o las que aprobaron las modificaciones legislativas adoptadas, dismantelan el discurso de las sentencias de este tribunal de las que disiento, acerca del principio de separación de poderes, la centralidad del Parlamento y sobre el Gobierno y sus relaciones con el Parlamento, en el que está ausente toda referencia al poder judicial, más si cabe cuando lo enjuiciado por los órganos judiciales ha sido un conjunto de decisiones, adoptadas por distintas autoridades político-administrativas, en un periodo de tiempo muy prolongado, pero dirigidas todas ellas a socavar el imperio de la ley haciendo posible la desviación de cerca de setecientos millones de euros durante un dilatado periodo de diez años.

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

Aclaró igualmente la sentencia de casación que al margen de los límites del control que compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cuestión tiene otro enfoque cuando se trata de determinar qué deba entenderse por asunto administrativo a efectos penales. El Gobierno y la administración no pueden escudarse en la inmunidad parlamentaria para incumplir de forma flagrante y palmaria el procedimiento legalmente establecido en la elaboración del proyecto de ley para perseguir fines ilícitos, cuando es el propio Parlamento el que, a través de la ley, ha ordenado que su elaboración deba

ajustarse a unas determinadas normas y cuando esas normas son de derecho administrativo y están fuera del procedimiento legislativo. Otra interpretación posibilitaría un ámbito de inmunidad difícilmente justificable.

Declara la sentencia casacional que el control jurisdiccional de los actos de gobierno está plenamente asentado y que «para hablar de actos políticos de Gobierno –o de los Consejos de Gobierno– es necesaria no solo su procedencia formal [que contempla el artículo 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)], sino también que tengan por contenido una determinación de la denominada ‘dirección política’ del órgano que la emite que ostente total libertad en el fin, de forma que el contenido de esa decisión permita optar entre varias opciones y que todas ellas sean lícitas y admisibles en el sentido constitucional y legal de la palabra, con la consecuencia de que el acto no será controlable judicialmente en sus elementos de fondo, pero sí en los elementos reglados que nuestra jurisprudencia ha denominado ‘judicialmente asequibles’» (STS 920/2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio, ECLI:ES:TS:2019:2088).

Delimitado argumentalmente el marco referente a las inmunidades, examina la Sala de lo Penal si las decisiones adoptadas en los procesos prelegislativos de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos son o no «actos de gobierno», caracterizados por la discrecionalidad propia del acto político.

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

Observa que el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo y que en ese procedimiento se dictan algunas resoluciones que son indispensables para que tenga lugar la remisión del anteproyecto de ley al Parlamento, las cuales deben ajustarse a lo establecido en las leyes. De modo que puede distinguirse entre (i) la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno, así como el contenido del proyecto normativo, en cuanto incorpora decisiones sujetas a criterios de oportunidad y discrecionalidad, que es un acto de gobierno inmune al control jurisdiccional; y (ii) las distintas decisiones que se adoptan para aprobar un proyecto de ley de presupuestos o una modificación presupuestaria, antes de su final elevación al Parlamento (en el caso de los proyectos de ley), que tienen un contenido obligatorio dispuesto en la ley. Estas últimas son resoluciones que no se rigen por los principios de oportunidad y discrecionalidad, propios de la acción política, se adoptan en un procedimiento reglado y deben ser respetuosas con las normas que regulan su producción. Carecería de sentido que la ley impusiera unas reglas en la elaboración del proyecto de ley o de una norma con fuerza de ley y que esas reglas imperativas pudieran ser desconocidas sin consecuencia alguna, máxime cuando lo pretendido sea violar de forma patente y arbitraria la ley.

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

Por tanto, las resoluciones relativas a este segundo contenido no son actos de gobierno inmunes al control de la jurisdicción penal, sino «resoluciones en asunto administrativo» a los efectos del art. 404 CP.

Más adelante, la STS 749/2022 da cuenta de la constante doctrina de la Sala de lo Penal sobre el elemento del tipo «resolución en asunto administrativo». Señala que el tipo penal describe el elemento objetivo sin acudir a conceptos propios del Derecho administrativo, tales como «resolución administrativa», «resolución susceptible de control

a través de la jurisdicción contencioso- administrativa» o «resolución que pone término al proceso administrativo», que podrían permitir perfilar con mayor precisión la delimitación del tipo objetivo del delito tipificado en el art. 404 CP. Afirma que, por tal motivo, es necesario que la jurisdicción penal aborde el entendimiento del precepto con autonomía, como así ha proclamado en reiteradas resoluciones (como la STS 941/2009, de 29 de septiembre, ECLI:ES:TS:2009:5849) y ha precisado en distintos pronunciamientos a lo largo de los últimos años en estos términos:

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

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

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

(iv) El Tribunal Supremo, con cita del art. 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, recuerda que «la STS 163/2019, de 26 de marzo, ha declarado que constituye resolución a efectos penales los actos decisorios del procedimiento siempre que constituyan un eslabón necesario en la cadena instrumental que determina la resolución final, doctrina de especial relevancia en decisiones administrativas adoptadas en procesos de decisión complejos». En tal sentido, declara que son resoluciones a efectos penales los «eslabones de relevancia en la decisión final, y que son, también, como podríamos denominarles, 'decisiones interlocutorias de alto grado y de carácter relevante en la resolución final que se adopta'».

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

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

Señala el Tribunal Supremo que, en este caso, se han considerado resoluciones constitutivas de delito de prevaricación, todas las resoluciones necesarias para que la ilegal distribución de fondos públicos pudiera llevarse a cabo, a saber: la aprobación de los proyectos de leyes de presupuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; la aprobación de los anteproyectos de leyes de presupuestos por el consejero de Hacienda y por la Comisión General de Viceconsejeros; la elaboración de los estados de gastos relativos al programa 31L por la Consejería de Empleo, con la intervención determinante del consejero, viceconsejero y secretario general técnico; la aprobación de las distintas modificaciones presupuestarias; la concesión de las subvenciones y los convenios suscritos para proceder al pago de las subvenciones, tanto el convenio marco de 17 de julio de 2001, como los distintos convenios particulares.

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

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

El Tribunal Supremo, con expresa mención de las normas aplicables, distingue las diferentes fases presupuestarias; refiere que los distintos proyectos de ley, con la finalidad última de eludir los controles legales y los principios de publicidad y libre concurrencia aplicables a las subvenciones, incluyeron a sabiendas una clasificación presupuestaria contraria a Derecho, incorporando una documentación que no era suficientemente explicativa del destino que iba a darse a esos fondos.

Expone que la aprobación del proyecto de ley fue una resolución que culmina el procedimiento prelegislativo y es el filtro previsto por el legislador para que ese proyecto sea respetuoso con la legalidad tanto en los aspectos procedimentales como en su contenido. El hecho de que los proyectos de ley fueran finalmente aprobados no es obstáculo para atribuir relevancia penal a las resoluciones aludidas, dado que la consumación del delito se produce con el dictado de la resolución injusta, siendo irrelevante que el Parlamento no detectara la ilegalidad.

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

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

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

Declara, con cita de la STS 743/2013, de 11 de octubre, que «[e]l procedimiento administrativo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución».

La STS 749/2022 examina las resoluciones del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en lo que respecta a la aprobación de las modificaciones presupuestarias y aprecia la arbitrariedad en que incurrían, como elemento típico del delito de prevaricación administrativa.

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

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

Confirma la Sala de lo Penal lo que ha expuesto con detalle en los fundamentos precedentes: por qué motivos las ayudas sociolaborales eran subvenciones y las razones por las que las transferencias de financiación eran una herramienta presupuestaria, no para la concesión y el pago de subvenciones, sino para cubrir el déficit de explotación de las actividades propias de una empresa o entidad pública. Las normas aplicables a ambos institutos eran precisas. Y la finalidad perseguida por los condenados también ha quedado en evidencia por varias circunstancias concurrentes:

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

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

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

Considero que, si los sólidos argumentos contenidos en la sentencia de casación y el relato fáctico de la sentencia de instancia hubieran sido debidamente analizados en las sentencias de este tribunal, de las que discrepo, y si se hubiera contemplado la trama criminal descrita por el Tribunal Supremo en su conjunto, observando el canon de constitucionalidad aplicable en supuestos como los que nos ocupan, ello hubiera debido llevar a la desestimación de los recursos de amparo planteados.

4. Desbordamiento en la sentencia del Pleno del ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria, suplantando la función del Tribunal Supremo como máximo intérprete de la ley.

Como señalamos en votos particulares precedentes, esta sentencia, al igual que las restantes dictadas en recursos de amparo de la trama de los ERE, de las que discrepo, al analizar las quejas de vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) de los diversos recurrentes proceden a interpretar los elementos del tipo objetivo del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP, tales como «resolución», «asunto administrativo» y «arbitraria», que desbordan el control externo de las resoluciones judiciales en relación con el derecho a la legalidad penal, según ha venido siendo definido en constante doctrina constitucional. A tal fin, me parece suficiente la cita de la STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16, que declaró lo siguiente:

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

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

términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

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

Reitero que la conclusión que se extrae al contrastar la consolidada doctrina constitucional con la fundamentación de la sentencia dictada en este caso, es que este tribunal ha introducido y mantiene una reciente y desviada tendencia, plasmada en sentencias que han alcanzado cierta notoriedad por el efecto anulatorio de sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en las que el Tribunal Constitucional se erige en máximo intérprete de la legalidad penal con suplantación de la función interpretativa atribuida al Tribunal Supremo acerca de los elementos que integran la parte objetiva del tipo de un delito, socavando así la jurisdicción de ese Alto Tribunal como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (arts. 117.3 y 123.1 CE).

En vez de apartarse del consolidado parámetro de control constitucional, a fin de interpretar los elementos típicos del delito de prevaricación administrativa y sustituir de ese modo la interpretación del Tribunal Supremo de los conceptos penales, considero que este tribunal debería haber examinado el conjunto de los razonamientos esgrimidos en la sentencia recurrida, tanto en relación con el delito de prevaricación administrativa en abstracto, como su concurrencia en el caso concreto; concluyendo que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal de prevaricación administrativa es plenamente acorde con las exigencias del principio de legalidad.

5. Consideración a efectos penales del concepto resolución en «asunto administrativo» de los acuerdos dictados en la elaboración de anteproyectos y proyectos de ley.

Sentado lo anterior, que fija con toda claridad la argumentada calificación jurídica efectuada por el Tribunal Supremo, es el momento de plasmar las razones de mi disenso con las que sustentan la estimación parcial por el Pleno de este recurso de amparo.

Tal como manifesté en el voto particular a la STC 93/2024, junto a los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla, la idea que informa gran parte de la sentencia es que la actividad previa a la remisión por el Gobierno de Andalucía a su Parlamento de los correspondientes proyectos de ley de presupuestos es una actividad que, como inherente a la iniciativa legislativa que le corresponde, se

integra en esta y no puede ser objeto de control jurídico. Niega, en consecuencia, que toda la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de ley, que luego se convertirán en proyectos remitidos al Parlamento, pueda considerarse integrante de un procedimiento administrativo y, por consiguiente, que las decisiones que se adoptan en ese ámbito puedan calificarse como resoluciones recaídas en un «asunto administrativo», que es el término que emplea el art. 404 CP y presupuesto del que parten las sentencias de instancia y casación.

Es evidente que las sentencias impugnadas no tienen por objeto, ni podrían tener, la constitucionalidad de las leyes de presupuestos aprobadas por el Parlamento de Andalucía en los años 2001 a 2009, sino, por lo que ahora interesa, los trabajos preparatorios de esas leyes, y esa actividad prelegislativa tiene, a mi juicio, inequívoca naturaleza administrativa. Así se desprende de lo dispuesto en los arts. 26 y siguientes de la Ley 50/1997, del Gobierno, de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, y hasta de la STC 55/2018, de 24 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, entre otros, contra esos artículos de esta última ley.

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

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

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

Esa actividad que el Tribunal Supremo llama «prelegislativa» es, para la STC 55/2018, propia de un procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El Estado no puede regularla bajo el título del procedimiento administrativo «común» (art. 149.1.18 CE), pero es «procedimiento administrativo». Por eso tras la STC 55/2018 esas normas siguen siendo de aplicación al procedimiento prelegislativo estatal. Una cosa es que la jurisdicción contencioso-administrativa venga declarando que esa actividad no constituye un acto impugnabile ante ella y otra que, como dice la sentencia de la que discrepo, esa actividad «no pued[a] ser objeto de control por ningún órgano judicial» [FJ 3.5 A) a)].

Como apuntamos en el voto particular mencionado, el Tribunal citó de manera desviada el ATC 135/2004 (aludido en el fundamento jurídico 3.4). Este auto inadmitió la impugnación del Gobierno de la Nación contra el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por el Gobierno de esa comunidad (el llamado «Plan Ibarretxe») y contra la resolución de la mesa del Parlamento autonómico admitiendo a trámite esa propuesta. El Gobierno impugnante alegaba que el contenido de la propuesta era abiertamente inconstitucional, y que por tanto la propuesta solo

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

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

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

Con refrendo en la regulación establecida en la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común (y por la doctrina sentada en la STC 55/2018, antes citada), solo cabe concluir que la actividad previa al ejercicio de la iniciativa legislativa es parte de un procedimiento administrativo.

Por ello no puedo compartir la consideración de que la deliberada vulneración de los tramites impuestos en la leyes de procedimiento con la finalidad de eludir los controles que las mismas establecen, pueda ampararse en la consideración de dichas conductas como actos de gobierno excluidos de todo control por parte de cualquier órgano jurisdiccional, incluso de su posible enjuiciamiento por la jurisdicción penal, lo que equivaldría a consagrar un ámbito de impunidad que es contrario a la Constitución.

Como señalamos en los votos particulares anteriores los actos prelegislativos son susceptibles de control penal, no cabe concluir que la interpretación efectuada por los órganos de la jurisdicción penal sea imprevisible.

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

En el fundamento jurídico 3.5, apartado A), se enjuicia la interpretación del concepto de arbitrariedad previsto en el art. 404 CP.

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

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

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

Estas razones no han merecido atención en ninguna de las sentencias que han resuelto los recursos de amparo de los ERE que insisten en la idea de que la aprobación parlamentaria produce un efecto sanador de todos los vicios declarados probados por la jurisdicción penal denunciados, que las resoluciones de las que discrepo asocian a la imprevisibilidad de la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales.

Reitero que el fundamento de las condenas por prevaricación es la ideación y puesta en práctica por los diversos recurrentes de un plan dirigido a eludir los requisitos legalmente exigibles para la concesión de subvenciones. Atendido que, con arreglo a la Ley 5/1983, de la 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 visto que el incumplimiento de estos principios en la concesión de ayudas estaba produciendo muchos reparos por parte de la Intervención, los recurrentes, como solución para eludir esos controles, incluyeron una nueva partida en los presupuestos, titulada de manera indeterminada como «relaciones laborales» y mediante transferencias de crédito al IFA/IDEA, lograron permitir la disposición de los fondos para sus propios fines, eludiendo de este modo los controles exigibles con arreglo a una legalidad no derogada.

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

Dadas la manifiesta y prolongada en el tiempo ilegalidad de las conductas y la finalidad perseguida con las mismas, resulta inasumible la conclusión de que la sanción penal como delito continuado de prevaricación pudiera considerarse imprevisible.

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

Esta sentencia al igual que las anteriores, insiste en la idea, con profusa remisión a la citada STC 93/2024, de que las leyes de presupuestos regularon el modo de concesión de estas ayudas. Por eso diserta ampliamente sobre las «características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 3.4), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» (FJ 3.4), la posibilidad de modificar las leyes vigentes (FJ 3.5) y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional (FJ 3.5), para terminar concluyendo que las sentencias recurridas han «priva[do] de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» (FJ 3.5) de presupuestos «que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes» (FJ 3.5).

La (supuesta) modificación legislativa se habría producido con la calificación de las ayudas sociolaborales como «transferencias de financiación», según reconocen las sentencias de las que discrepo. La modificación se habría producido en las «memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L» cuyo contenido extracta la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 11, págs. 193-196), transcrita en este punto por la sentencia de la que disiento.

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

La sentencia de instancia lo declara en el fundamento de Derecho 15 (aludido en la sentencia de casación en el fundamento 23.1, pág. 256), que cita y reproduce el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que dice así:

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

Un precepto que lleva a la Audiencia Provincial a concluir que «los únicos documentos objeto de debate, y por tanto de aprobación parlamentaria, son el texto articulado de la ley y los estados de gastos de cada uno de los entes públicos de la comunidad autónoma. Sin que el resto de los documentos que, como documentación anexa, acompañan al proyecto de presupuesto, sean objeto de aprobación por el Parlamento, ni, en consecuencia, adquieran fuerza de ley».

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

En lugar de detenerse en estos estos razonamientos, como corresponde a un recurso de amparo que debe examinar la razonabilidad de la interpretación efectuada por las sentencias recurridas, la sentencia mayoritaria cambia los términos del debate, lo que la lleva a concluir 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 y se adentra en el plano de la constitucionalidad» (FJ 3.4).

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

La lectura del análisis de la «documentación anexa» al proyecto de ley de presupuestos ofrecido por las págs. 193-196 de la sentencia del Tribunal Supremo, transcritas en el fundamento jurídico 2.1 c) de la sentencia de amparo, no permite sostener esta conclusión. Antes, al contrario, estas «fichas», «memorias» y «documentación anexa al proyecto de presupuestos» llaman varias veces «subvenciones» a las «ayudas sociolaborales» del programa 31L, de modo que difícilmente puede sostenerse que esa «documentación anexa» autorizara la elusión del régimen de estas.

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

En primer lugar, esa «documentación anexa» no está publicada, ni se publica conjuntamente con las leyes de presupuestos, lo que ya de por sí impide otorgarle valor normativo alguno por aplicación de la máxima del art. 9.3 CE: «La Constitución garantiza [...] la publicidad de las normas». Si no hay publicidad, no puede haber «norma» vinculante, ni mucho menos «verdadera ley», como asume la mayoría.

En segundo lugar, la diferenciación conceptual entre el anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos, por una parte, y su «documentación anexa», por otra, viene

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

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

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

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

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

A lo que suscribí en anteriores votos particulares, añado ahora que la aprobación de los presupuestos en forma de ley por el Parlamento andaluz no es incompatible con la tipicidad penal de la conducta del recurrente (y las de los demás demandantes de amparo) y resulta inaceptable el resultado al que llega la sentencia de la que disiento. Se pasa por alto lo que explícitamente dice el Tribunal Supremo, quien no afirma que los proyectos o los anteproyectos de leyes sean resoluciones administrativas, sino que cualquier acuerdo de elevación del proyecto de presupuestos al consejero de Hacienda, incorporando el indebido criterio de presupuestación, con la finalidad de conceder las ayudas sociolaborales al margen del procedimiento establecido en la ley, así como la incorporación de memorias favorables a los proyectos de modificaciones presupuestarias, que incluían también ese criterio de presupuestación indebido con idéntica finalidad, constituyen resoluciones a los efectos del artículo 404 CP.

Por el contrario, la interpretación que desarrolla la sentencia de la que discrepo sí utiliza un criterio analógico de interpretación o, en todo caso, extensivo de lo que declara el Tribunal Supremo, afirmando que dice lo que no dice, pues este no se refiere al

anteproyecto o al proyecto, sino a las resoluciones por las que se acuerda la elevación (viceconsejeros) o la remisión al Parlamento (Gobierno).

La cuestión no es, como erróneamente indica la sentencia, si el proyecto o el anteproyecto como tales son resoluciones administrativas, sino si las resoluciones de elevación o remisión al Parlamento quedan absorbidas por el carácter no decisorio que sustancialmente caracteriza al proyecto de ley o el anteproyecto, o si las ilegalidades en su preparación quedan justificadas por su aprobación en el Parlamento.

No es dudoso que las leyes de presupuestos, una vez aprobadas, son leyes como cualesquiera otras, solo sujetas al control de constitucionalidad. Pero tampoco lo es que únicamente la ley de presupuestos, en su preparación, está sujeta a límites materiales. De otro modo no se entiende la disposición a la que, de forma reiterada, se remite el Tribunal Supremo: el citado artículo 34 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, que exige, a los anteproyectos, «ajustarse a las leyes que sean de aplicación y a las directrices aprobadas por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Hacienda».

Esto sucede también en la Ley general presupuestaria, que no solo establece límites formales (existe un procedimiento reglado), sino materiales: es suficiente la lectura del art. 36.1 LGP, sobre el límite del gasto no financiero, que debe establecerse de acuerdo con la fijación anual del límite de gasto no financiero, que debe efectuarse «con la extensión y de la forma prevista en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera».

Pero existen otros límites en la propia ley, como la limitación de los compromisos de gasto (art. 46 LGP). Este régimen jurídico deriva de la naturaleza singular de las leyes de presupuestos, cuyo proceso de formación –reglamentos de las cámaras legislativas aparte– está regido por otras leyes, la Ley general presupuestaria y las leyes autonómicas en la materia, para evitar un uso arbitrario de los proyectos de leyes de presupuestos y, para eso, se establecen unos estrictos requisitos procedimentales.

La existencia de estas limitaciones legales se explica, precisamente, porque son límites en el propio procedimiento de elaboración, donde existe –como se ha dicho– una intervención reglada de diferentes órganos de la administración pública. Estos órganos adoptan decisiones, previas a la remisión al Parlamento, pero que están sujetas a otras leyes y que, por tanto, pueden revestir el carácter de resolución administrativa desde el punto de vista del Derecho Penal, y que, en una forma admisible desde una perspectiva axiológica, pueden ser arbitrarias en el sentido del art. 404 CP.

Por otra parte, desde una perspectiva teleológica, es razonable la interpretación de las sentencias recurridas en amparo, porque se trata de decisiones de funcionarios públicos sujetas a las leyes, por lo que no infringe en absoluto el principio de legalidad, ni presupone analogía o interpretación extensiva de los elementos del tipo penal, como el Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente sobre la resolución administrativa que integra el delito de prevaricación del art. 404 CP y que cita la sentencia de casación: «por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, tales como informes, consultas, dictámenes o diligencias» [SSTS 597/2014, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3112); 787/2013, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2013:5318), y 311/2019, de 14 de junio (ECLI:ES:TS:2019:1886), entre otras muchas].

Por otro lado, y aunque es cierto que no existía precedente en relación con estas resoluciones preparatorias de la ley de presupuestos, la interpretación efectuada en este caso era previsible: precisamente la STS 163/2019, de 26 de marzo (ECLI:ES:TS:2019:881), citada en la sentencia de casación, había considerado como constitutivos de prevaricación la realización de actos previos tendentes a manipular la voluntad del órgano decisor, mediante la formulación de proposiciones contrarias a la ley o informes que no responden a la verdad cuando se hace a sabiendas de que el órgano

decisor aprobará la propuesta. Se trata, evidentemente, de la misma perspectiva teleológica, que excluye que la aprobación ulterior pueda justificar la previa actuación del funcionario que infringe la legalidad y actúa de modo arbitrario.

En suma, no hay ningún precedente en la jurisprudencia que pueda dar lugar a que la conducta de los recurrentes pudiera plantearles como imprevisible la calificación de su conducta como delito de prevaricación administrativa, dados los términos de su descripción en el tipo penal.

Con conocimiento de la mayoría parlamentaria de que se disponía, la Cámara legislativa fue utilizada como necesario instrumento inconsciente (hay que presumirlo pues nada se ha declarado en sentido contrario) y penalmente irresponsable para conseguir habilitar los fondos públicos que iban a ser empleados de modo fraudulento (situación asimilable a la autoría mediata, cuando se utiliza para la comisión del delito a un sujeto penalmente irresponsable). Esto no significa que la ley de presupuestos sea nula en términos constitucionales, ni que, por tanto, debiera haber sido así declarada por este tribunal, como presupuesto del delito de prevaricación administrativa, pues las leyes no adolecen de ningún defecto formal en su tramitación y en su aprobación no concurre ningún elemento de las acciones penalmente típicas ejecutadas coordinadamente antes y después de la tramitación parlamentaria.

Reitero que la estimación de la vulneración del art. 25.1 CE por la condena por delito de prevaricación con base en la consideración de que las conductas constitutivas de infracción penal estaban amparadas por las sucesivas leyes de presupuestos también justificaría los fraudes que se enjuician en los procesos diferentes a la «pieza específica» de los responsables políticos, lo que provocaría un estado de impunidad difícilmente soportable. Para rematarlo, la consecuencia última que pudiera derivar de la decisión del Pleno es que, dada la atipicidad de las conductas o bien la estructura de las causas de justificación (a modo de cumplimiento de un deber o de estado de error de prohibición), a la postre nadie estaría obligado a devolver el dinero defraudado.

En conclusión, las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos del delito de prevaricación y su aplicación al caso, que supera el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE. La interpretación del delito de prevaricación efectuada por los tribunales penales no era imprevisible ni irrazonable y no es contraria al derecho fundamental a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 CE.

8. Inviolabilidad de facto inaceptable en términos constitucionales.

Dejando aparte el notorio y explicable impacto negativo que en la opinión pública están generando las sentencias que el Pleno viene dictando en esta serie de casos, así como la utilización de las declaraciones de nulidad de las condenas para una revisión histórica de lo ocurrido que sirva de argumento de confrontación política, reitero ahora una serie de argumentos jurídicos conectados con aquella repercusión social y política, que fueron empleados en los votos particulares que suscribí, junto al magistrado don César Tolosa Tribiño, a las SSTC 94/2024, de 2 de julio, y 95/2024, 96/2024, 97/2024 y 98/2024, de 3 de julio.

Como he sostenido a lo largo de este voto particular, los actos prelegislativos pueden ser constitutivos de delito de prevaricación administrativa pues, contrariamente a lo sostenido en las sentencias de las que discrepo, la jurisdicción penal no ejerce una función de «control» de la actividad prelegislativa, sino que su función consiste en enjuiciar y, eventualmente, sancionar comportamientos subsumibles en tipos penales. Es por ello por lo que de los límites que afecten al control que, en su respectivo ámbito, corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa y a la jurisdicción constitucional, en modo alguno puede extraerse que sean ajenas a la jurisdicción penal las conductas penalmente típicas cometidas en el ejercicio de cargos político-administrativos e incluso parlamentarios, salvo las acciones amparadas por la inviolabilidad. Por este motivo, la doctrina plasmada en la sentencia de la que disiento produce el resultado de exonerar de responsabilidad a los miembros del Consejo de

Gobierno de la Junta de Andalucía en todo lo concerniente a la elaboración, aprobación, 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.

Esta 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, hasta la fase final de su ejecución, con el pernicioso efecto de desproteger la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de la sociedad en el esperable recto manejo de los fondos públicos y los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública.

Por lo demás, la doctrina que pretenden sentar las sentencias dictadas en el inaudito por su magnitud «caso de los ERE de Andalucía», 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 TFUE, apartado 1, 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.

La impunidad que establece la sentencia se aplica, en primer término, a quienes elaboraron los proyectos de ley o las modificaciones presupuestarias para provisionar fondos a IFA/IDEA mediante un instrumento lícito –las «transferencias de financiación»–, con la finalidad de allanar el camino para que otros miembros del Gobierno andaluz pudieran destinar tales provisiones a fines no previstos en el presupuesto –las «ayudas sociolaborales»–; y la impunidad también se extiende 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.

En todos los casos esa irresponsabilidad e imposibilidad de control se apoya en una construcción artificiosa que carece de sustento racional y de apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo, que se repite 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.

Como apuntamos en los votos particulares precedentemente citados, 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».

Se acude a ese mismo argumento 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.

9. Recapitulación.

En esta sentencia, como en las restantes resolutorias de los recursos de amparo planteados contra las sentencias dictadas en la rama política de los ERE, se ha creado un artificio común estereotipado que, desconociendo la doctrina que este tribunal ha venido manteniendo en otros recursos, ha llevado a dar cobertura legal a una trama criminal perfectamente descrita y analizada por el Tribunal Supremo, que ha conducido a la impunidad de la mayor parte de los recurrentes, con una argumentación, de la que discrepo, articulada mediante una pretendida vulneración del principio de legalidad penal y, en cuanto resulta insuficiente, mediante una alternativa valoración de la prueba que concluye en la declaración de una inexistente vulneración del principio de presunción de inocencia y la consiguiente absolución definitiva de los delitos de malversación.

Considero que el Tribunal ha excedido sus competencias invadiendo las que corresponden al Tribunal Supremo para la interpretación de los tipos penales, para efectuar el juicio de subsunción y para la valoración de las pruebas, orillando el canon pacíficamente aplicado en los recursos de amparo.

Las sentencias recurridas están ampliamente motivadas, no resultan en modo alguno erróneas, ilógicas o arbitrarias, lo que debió comportar la inadmisión a trámite de los recursos por falta de especial trascendencia constitucional y, en el estadio procesal en el que nos encontramos, la desestimación íntegra de todos los recursos planteados, por no haberse vulnerado el principio de legalidad penal ni el derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes.

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veinticuatro.–Concepción Espejel Jorquera.– Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 7007-2022 interpuesto por don Manuel Chaves González

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular. Considero que el recurso de amparo debió ser desestimado al no existir vulneración del derecho a la legalidad penal en relación con la condena de don Manuel Chaves González por el delito de prevaricación.

Remisión a los votos particulares ya formulados.

Don Manuel Chaves González fue condenado como autor de un delito de prevaricación administrativa al considerarse probado que en su condición de presidente de la Junta de Andalucía, desde el 27 de julio de 1990 al 7 de abril de 2009, consciente de que se eludía la fiscalización previa, aprobó sucesivos anteproyectos de presupuestos para los ejercicios de los años 2002 a 2009, en los que se cambió la clasificación presupuestaria, se consignó en concepto de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA –que debían destinarse a gastos de explotación de IFA/IDEA– las importantes cantidades de dinero que constan en los hechos probados, luego incrementadas sustancialmente mediante la aprobación de sucesivas modificaciones presupuestarias entre los años 2000 y 2008, para que se pudieran efectuar libérrimamente pagos («ayudas sociolaborales»), sin la necesaria cobertura presupuestaria, sin la existencia de control alguno y sin el cumplimiento de los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones.

La sentencia, frente a la que formulo el presente voto particular, da respuesta al planteamiento del recurrente y para ello se remite a los argumentos expuestos en la STC 93/2024, de 19 de junio –recurso de amparo interpuesto por doña Magdalena Álvarez Arza– en el que partiendo de la premisa del carácter no fiscalizable del contenido del anteproyecto o proyecto de ley y de que sobre los mismos no puede ejercerse más

control que el político, concluye que los órganos judiciales han efectuado una interpretación del elemento del tipo del delito de prevaricación administrativa («resolución arbitraria en un asunto administrativo») lesiva del derecho a la legalidad penal. Y, en relación con las modificaciones presupuestarias del programa 31L, considera que su calificación como arbitrarias es imprevisible al encontrarse amparadas por las sucesivas leyes de presupuestos.

La presente sentencia reconoce la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de prevaricación proyectando la doctrina expuesta en la STC 93/2024, luego aplicada en las SSTC 94/2024, 96/2024, 97/2024, 98/2024, por lo que me debo remitir, en lo relativo a la doctrina acuñada en dichas sentencias, al razonamiento expuesto en los votos particulares formulados frente a aquellas, debiendo insistir en:

a) El exceso de jurisdicción en que ha incurrido el Tribunal Constitucional al rectificar por vez primera al Tribunal Supremo en la interpretación de un elemento recogido en la descripción de la conducta típica, que socava la jurisdicción del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y máxima autoridad jurisdiccional en la función de interpretar y aplicar la legislación vigente (arts. 117.3 y 123.1 CE), convirtiéndose el Tribunal Constitucional en un tribunal de casación.

b) La sentencia 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 y determina la impunidad de los miembros del Gobierno de la Junta de Andalucía en todo lo concerniente a la elaboración, aprobación, ejecución de los presupuestos y a las enmiendas presupuestarias o su ejecución, por lo que quedan desprotegidos entre otros intereses la indemnidad del patrimonio público.

c) La confusión entre la condición de consejero –miembro del Gobierno– con el Gobierno mismo, en que incurre la sentencia, para calificar la aprobación de los anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos como acción del Gobierno.

d) La incompatibilidad de la sentencia con la inexistente previsión constitucional de inmunidad de los miembros del Gobierno (arts. 56.3 y 71.1 CE) y con la obligada interpretación estricta y finalista del privilegio de la inviolabilidad y de la inmunidad que determina su inviable proyección a los miembros del Gobierno al no existir dicha previsión constitucional (STC 9/1990, de 18 de enero).

e) La inadecuación del principio de irresponsabilidad penal establecido en la sentencia con las obligaciones de España derivadas del artículo 325 TFUE, apartado 1, cuando la acuñada doctrina de la irresponsabilidad penal de los miembros del Gobierno tenga su proyección en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

f) La corrección constitucional del razonamiento del Tribunal Supremo al calificar los hechos probados como delito de prevaricación administrativa y entender que los anteproyectos y proyectos de ley se incardinan en el tipo «resolución arbitraria en asunto administrativo», al no poder considerarse la subsunción penal extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni por su soporte metodológico, ni por las pautas valorativas que la inspiran y cuyo contenido se extracta en el voto particular.

g) Las quebras lógicas en que incurre el razonamiento de la sentencia que estima el amparo y que se exponen en el apartado 3.2.2 del voto particular a la STC 93/2024, entre las que destaca el argumento por el que se somete el delito consumado de prevaricación administrativa cometido por un miembro del Gobierno al aprobar un proyecto o anteproyecto de ley a una especie de condición resolutoria derivada de la aprobación de la ley por el Parlamento, lo que supone introducir un factor de incertidumbre e imprevisibilidad contrario a la certeza en la que se asienta el principio de legalidad que se dice aplicar.

h) El insostenible argumento de la sentencia por el que «no puede considerarse ilegal ni indebido otorgar las referidas ayudas, de acuerdo con lo establecido en el programa 31L de las leyes de presupuestos de aquellos años y las memorias que las acompañaban». Como indica la STS 749/2022 «[l]a aprobación parlamentaria de los distintos créditos presupuestarios no puede ser coartada para justificar los pagos

ilegales». Ninguno de los condenados estaba amparado, ni venía obligado por las sucesivas leyes de presupuestos para cometer los delitos. Las leyes eran neutras en la previsión de transferencias de financiación para gastos de explotación.

i) A lo que añadimos ahora, la contradicción con la doctrina de este tribunal en que incurre la sentencia al considerar que fueron la memorias de las leyes de presupuestos las que habilitaban a la administración autonómica a conceder ayudas y de este modo considerar que la disposición libérrima de fondos tenía cobertura presupuestaria, pues dicha afirmación además de insostenible –como se ha indicado– es también contraria no solo a la abundante prueba pericial desplegada en el juicio sino a nuestra propia doctrina en virtud de la cual: «Las memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 8).

Y en este sentido emito el presente voto particular.

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil veinticuatro.–César Tolosa Tribiño.–Firmado y rubricado.