

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17481 *Pleno. Sentencia 100/2024, de 16 de julio de 2024. Recurso de amparo 2119-2023. Promovido por don José Antonio Griñán Martínez respecto de las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla que le condenaron por un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Vulneración del derecho a la legalidad penal y a la presunción de inocencia: condena basada en una interpretación del todo imprevisible del tipo objetivo. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2024:100

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. 2119-2023, promovido por don José Antonio Griñán Martínez, representado por el procurador de los tribunales don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, bajo la dirección letrada de don José María Calero Martínez, contra (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016; (ii) la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación núm. 601-2020, y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 dictado en el mismo recurso. Han sido parte el Partido Popular, representado por el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, bajo la dirección técnica de los letrados don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano; don Gaspar Zarrías Arévalo, representado por la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura, bajo la dirección técnica del letrado don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano; don Francisco Vallejo Serrano, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica de la letrada doña María Encarnación Molino Barrero; don Jesús María Rodríguez Román, representado por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección técnica del letrado don Luis Aparicio Díaz; don Antonio Vicente Lozano Peña, representado 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 Roberto Primitivo Granizo Palomeque, en nombre y representación de don José Antonio Griñán Martínez, bajo la dirección letrada de don José María Calero Martínez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia, mediante escrito registrado en este tribunal el 30 de marzo de 2023.

2. Son antecedentes relevantes de la demanda los siguientes:

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

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

«I) Primera etapa.

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

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

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

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

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

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

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

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

(i) Realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamente la concesión de la subvención en la forma y plazos establecidos.

(ii) Justificar ante la entidad concedente o, en su caso, la entidad colaboradora la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

(iii) El sometimiento a las actuaciones de comprobación, a efectuar por la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Junta de Andalucía, en relación con las subvenciones y ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

(iv) Comunicar a la entidad concedente o la entidad colaboradora, en su caso, la obtención de otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualesquier administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, así como las alteraciones a que se refiere el artículo 110 de la presente ley.

(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 (IGAE).

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 presupuestarias

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 "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía" por orden de la Consejería de Hacienda.

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

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

En el año 2000 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó dos modificaciones presupuestarias, siguiendo el criterio de presupuestación a que antes nos hemos referido (18 de abril de 2000 y 28 de julio de 2000, por importe de 257 y 904 millones de pesetas. Y en 2001 se hicieron cinco modificaciones presupuestarias del mismo tipo (7 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2001, 3 de noviembre de 2001 y 5 de diciembre de 2001) por importe, respectivamente, de 500, 5573, 1.225, 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 "Boletín Oficial de la Junta de Andalucía" 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 al 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 ayudas a setenta y siete empresas que presentaron ERE, pero en la Comunidad Autónoma Andaluza y atendiendo como fuente a la Subdirección General de Estadística, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el número total de expedientes de regulación de empleo tramitados en la comunidad andaluza, fueron:

– En el año 2001, fueron 748, afectando a un total de 7582 trabajadores.

– En el año 2002, fueron 650, afectando a un total de 4787 trabajadores.

– En el año 2003, fueron 511, afectando a un total de 4957 trabajadores.

– En el año 2004, fueron 657, afectando a un total de 4833 trabajadores.

– En el año 2005, fueron 424, afectando a un total de 5476 trabajadores.

– En el año 2006, fueron 434, afectando a un total de 2968 trabajadores.

– En el año 2007, fueron 428, afectando a un total de 3247 trabajadores.

– En el año 2008, fueron 652, afectando a un total de 7000 trabajadores.

– En el año 2009, fueron 1379, afectando a un total de 30 821 trabajadores.

– En el año 2010, fueron 1490, afectando a un total de 21 450 trabajadores.

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

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

(iv) Un gran número de ayudas a empresas en crisis, carecen, además, de objeto concreto y respondieron a fines muy diversos, como pago de nóminas, pago de deudas, pago de minutas por servicios profesionales, pago de avales, o simplemente no estaban suficientemente especificados.

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

III) Tercera etapa.

La tercera etapa se inicia en 2010, momento en el que se abandonaron las transferencias de financiación y se presupuestaron las partidas para la concesión de las ayudas, publicándose las primeras bases reguladoras de las mismas, mediante las Órdenes de la Consejería de Empleo de 1 de abril de 2011, 13 de marzo de 2012 y 16 de marzo de 2012, hasta su derogación por Decreto-ley 4/2012, de 16 de octubre, de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a 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 consejero de Economía y Hacienda entre el 24 de abril de 2004 y el 23 de abril de 2009, y de presidente de la Junta de Andalucía entre el 23 de abril de 2009 y el 7 de septiembre de 2013.

Según las resoluciones impugnadas, participó en la elaboración de los anteproyectos de presupuestos y –como miembro del Consejo de Gobierno– en la aprobación y elevación al Parlamento de los proyectos de leyes de presupuestos correspondientes a los ejercicios del año 2005 al año 2009, siendo conocedor de que dentro del programa 31L, se consignaba indebidamente el instrumento de «Trasferencias de financiación al IFA» conceptos vinculados a la partida 440.51 en materia de relaciones laborales.

Asimismo, como consejero de Economía y Hacienda, participó también en la aprobación de modificaciones presupuestarias que afectaron al programa 31L desde los años 2005 a 2009.

Según el relato de hechos probados, el señor Griñán Martínez era conocedor de la gravedad de la situación creada como consecuencia directa de la gestión presupuestaria del programa 31L, mediante la utilización de las transferencias de financiación al IFA/IDEA, y las actuaciones que se llevaron a cabo por los condenados pertenecientes a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a pesar de lo cual consintió la gestión presupuestaria descrita. No en vano, había tenido conocimiento del informe de cumplimiento del IFA/IDEA del año 2003 –que lleva por título «informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y Seguridad Social»– firmado en el año 2005 y cuyas conclusiones fueron repitiéndose, en mayor o menor medida, en los sucesivos informes de la Intervención de las cuentas anuales del IFA/IDEA de los ejercicios siguientes, así como de las consecuencias de la gestión de los fondos del programa 31L.

Por lo tanto, según las resoluciones judiciales impugnadas, el demandante no solo intervino en la tramitación y aprobación de los presupuestos de los años 2005 a 2009 y en las modificaciones presupuestarias, sino que, además, como consecuencia de las competencias que le correspondían, tuvo capacidad de impedir ese modo de gestión, a pesar de lo cual, y omitiendo sus deberes derivados de la posición estructural que ocupaba, continuó con el proceder anteriormente señalado creando una base fáctica idónea para que aquel alcanzara sus objetivos.

Por dichos hechos se condenó al señor Griñán Martínez como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 del Código penal (CP), en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de seis años y dos días de prisión, inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por un tiempo de quince años y dos días, con la consiguiente privación de todos los empleos y cargos públicos que tuviera el penado, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener los mismos o cualesquier otros honores, cargos o empleos públicos y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. Imponiéndole asimismo el pago de las 2/37 partes de las costas procesales causadas, excluidas las de las acusaciones populares.

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

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

3. La demanda de amparo presentada por el señor Griñán Martínez se estructura sobre la base de cinco vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Como primer motivo se alega vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por considerar «resolución en asunto administrativo» (art. 404 CP) a los acuerdos en los que se elevaban al Consejo de Gobierno los anteproyectos de leyes y los acuerdos del Consejo de Gobierno por los que se aprobaban y se remitían al

Parlamento aquellos, así como la elevación de las propuestas de modificaciones presupuestarias.

Comienza el demandante remarcando que las resoluciones impugnadas incurren en un evidente desorden en la descripción de los hechos, así como un silencio clamoroso en relación con el criterio de atribución de autoría, algo que era especialmente necesario en un relato tan complejo y extenso como es el contenido en el caso que nos ocupa. A esto añade que resulta dudoso que siendo la base de la condena del señor Griñán Martínez la elaboración y aprobación de los presupuestos de los años 2005 a 2009 y la elevación de las modificaciones presupuestarias al Consejo de Gobierno –consistiendo la arbitrariedad en la utilización inadecuada del instrumento de transferencias de financiación–, esto no pudiera ser propuesto y aprobado por el Parlamento andaluz. A estos efectos, remarca que durante los años en que se ejecutó la actividad por la que el demandante ha sido condenado, nadie denunció o se apercibió de la supuesta ilegalidad, lo que demuestra en que el uso de estas transferencias de financiación para la concesión de ayudas sociolaborales quedaba constituido como «una decisión política, primero en forma de proyecto, y luego en forma de ley parlamentaria, rodeada de plenas garantías de transparencia y publicidad» resultando llamativo que «no llevara a nadie a recurrirla o cuestionarla ante el Tribunal Constitucional» (en este punto, el demandante aduce diferentes párrafos de la sentencia de instancia que presumiblemente calificarían la decisión de «política» dirigida a la consecución de una «mayor rapidez» en la concesión de ayudas).

Para el recurrente, un proyecto de ley es una propuesta de que se apruebe una ley que bien pueda contradecir o derogar otras leyes. Consecuentemente, resultaría «absurdo» que este acto nítidamente prelegislativo no estuviera sometido a otro control que el del Parlamento y el del Tribunal Constitucional de tal manera que «[l]a única arbitrariedad posible de un proyecto de ley o de una ley no es su desconocimiento de otra ley, sino su inconstitucionalidad». Desde esta perspectiva, hay que considerar que la ilegalidad de los actos se encontraría en el incumplimiento del procedimiento reglado que se enfrentaría al insalvable problema de que aquellos carecerían de carácter decisorio al ser meramente procedimentales y al reservarse el tipo penal para actos decisorios. El problema sería, además, que las resoluciones impugnadas no centran el incumplimiento del procedimiento reglado en un trámite o aspecto concreto, sino que lo centran, desde una perspectiva sustantiva, en la decisión misma de proponer la concesión de ayudas, la cual, considera el demandante, es una decisión política.

Esto explicaría que la sentencia del Tribunal Supremo no se refiera al modo en que se procedió a aprobar el proyecto de ley, sino a la decisión política-sustantiva en sí, y que tampoco pueda determinar qué trámite o procedimiento fue omitido. Al contrario, la tramitación del citado proyecto de ley cumplió con todas las fases e informes regulados en la ley entre los que cabe destacar, claro está, el informe favorable de la Intervención General de la Junta de Andalucía. Por tanto, la realidad es que el Gobierno de Andalucía decidió políticamente proponer al Parlamento dedicar determinadas cuantías a ayudas sociolaborales y proceder a su asignación a través del IFA/IDEA por medio de transferencias de financiación, y eso es lo que la sentencia sanciona penalmente.

Añade que faltaría, además, el contenido decisorio para estimar concurrente el delito del art. 404 CP toda vez que el proyecto de ley no es una decisión, sino una propuesta para que un órgano constitucional decida sobre algo de tal manera que su ejecución solo afecta al Parlamento, y es la decisión del Parlamento la que afecta a los ciudadanos en general. Tampoco concurriría el elemento de «arbitrariedad» dada cuenta que la quiebra del ordenamiento se habría justificado en la utilización del instrumento de «transferencias de financiación» de una manera inadecuada, cuando lo que se estaba proponiendo era, precisamente, una nueva utilización de este instrumento para conseguir una mayor rapidez en la concesión y pago de ayudas. Esta sería, en esencia, una decisión de naturaleza política ajena al control de los tribunales. Sostiene, a mayor abundamiento, que el art. 18 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, no está

regulando el destino exclusivo de las transferencias de financiación sino, simplemente, que las cantidades destinadas a financiar a empresas o fundaciones para equilibrar su balance serán consideradas como tal, lo que no cierra la posibilidad de otros usos.

Para el demandante, además, los argumentos de las resoluciones recurridas dirigidos a considerar que la «arbitrariedad» de la decisión se fundamenta en su finalidad no debe tener acogida por dos motivos de distinta naturaleza: (i) en primer lugar, porque la arbitrariedad debe ser independiente a las finalidades del autor, de tal manera que puede existir arbitrariedad sin finalidad y finalidad sin arbitrariedad; y (ii) en segundo lugar, porque no se estaba eludiendo un control legal sino que se estaba proponiendo políticamente, con posterior éxito parlamentario, que determinados actos administrativos tuvieran menos controles a raíz de la crisis económica.

El demandante termina este motivo aduciendo que no resulta previsible una condena por una decisión consistente en aprobar un proyecto de ley en el que se ha decidido suprimir controles administrativos en la concesión de ayudas sociolaborales. Esto se fundamentaría en diferentes razones ya expuestas como el hecho de que la decisión adoptada no tuviera efectos decisorios para los administrados, que se haya considerado como «asunto administrativo» un «proyecto de ley», y que la prevaricación no se haya imputado a la quiebra de alguna fase de elaboración del proyecto de ley sino a su contenido como tal. La quiebra metodológica es mayor aun cuando se afirma que puede ser arbitrario un proyecto de ley, ya que, por esencia, todos los proyectos de leyes son contrarios a las leyes vigentes, lo que lleva, además, a una devaluación del sistema de fuentes y a la quiebra del principio de división de poderes característica del Estado de Derecho. Ello generaría, a su vez, un efecto de desaliento de ejercicio de derechos fundamentales por parte de los representantes públicos que podrían verse penalizados por sus decisiones de aprobar o modificar leyes.

b) Como segundo motivo se alega vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados en el delito de malversación (art. 432 CP) y, alternativamente, vulneración de los derechos de defensa y de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en la afirmación fáctica de que todas las ayudas fueron desviadas. En el seno de este motivo se alega también vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por la motivación de la culpabilidad efectuada en la sentencia de segunda instancia.

Comienza este motivo el demandante aduciendo que la condena por el delito de malversación (art. 432 CP) sería imprevisible dado que el comportamiento objetivo descrito en los hechos probados es completamente extraño a las conductas tipificadas en aquel. Así, el tipo del 432 CP exige directamente una relación objetiva entre el autor del delito y los fondos malversados, circunstancia que en este caso no concurriría al ser los fondos administrados por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y siendo el señor Griñán Martínez el consejero de Economía y Hacienda. Para el demandante, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo trataría de construir la autoría dando un «salto al vacío» a través de la argumentación de que la vinculación se hallaba en «la facultad de aprobar las partidas presupuestarias», lo que supondría extender la autoría a todos los miembros del Parlamento que, en esencia, eran los únicos capaces de aprobar aquellas. Esta argumentación *ex novo* del Tribunal Supremo supondría una lesión adicional pues se habría excedido del marco fáctico y jurídico contenido en la sentencia de instancia. Así, la sentencia de casación habría admitido la vulneración en cuanto a la inexistencia de una motivación sobre la relación entre el señor Griñán Martínez y los caudales depuestos, pero, sin embargo, lejos de estimar el recurso habría reparado dicha vulneración del principio de legalidad procediendo a realizar la subsunción de los hechos que considera adecuada. Esta manera de proceder supuso una vulneración adicional de los derechos constitucionales del demandante al sustituir el Tribunal Supremo a la Audiencia Provincial en el juicio de tipicidad lo que le priva del derecho a la segunda instancia.

Más allá de la posible extralimitación del Tribunal Supremo al paliar esta ausencia de motivación, el demandante no comparte el criterio seguido por aquel por diferentes

razones: (i) en primer lugar porque el consejero de Economía y Hacienda no podía extender su control más allá de sus propias facultades respecto de su unidad administrativa. Por lo tanto, no tenía funciones específicas de revisar, vigilar, conocer o controlar el detalle específico de los gastos efectuados por cada una de las consejerías responsables de la gestión de los gastos concretos; (ii) la vinculación causal, tal y como aparece reflejada por el Tribunal Supremo como elemento definitorio para condenar al señor Griñán Martínez por el delito de malversación de caudales públicos, es tan amplia en su forma de ser entendida que podría llevar a incluir a la administración, al Ejecutivo en pleno y al Parlamento. La posición de garantía que exige el art. 432 CP requiere un vínculo muy sólido que va más allá de la posibilidad genérica de evitar al resultado; (iii) el legislador quiso que una autoridad o funcionario solo fuera tenido en la posición de garante del destino de los fondos públicos cuando es aquel a quien se le asignaron. En ningún caso fue objetivo del legislador ampliar el marco del tipo delictual a los funcionarios ajenos por completo al departamento al que los fondos fueron destinados; y (iv) la ausencia de advertencia por parte de la Intervención impide la construcción de ese deber de garante o de impedir el resultado.

Todo ello lleva al recurrente a afirmar que la conducta que se describe en los hechos probados no puede ser catalogada objetivamente como ninguna forma de tolerancia en la sustracción de caudales públicos realizada por miembros de una consejería que no dirigía. Lo que se narra, en definitiva, es la constitución de un mecanismo de financiación de ayudas sociales que se tilda de irregular y que por afán de agilidad había disminuido los controles dirigidos a garantizar el cumplimiento de los fines sociales de las ayudas. Ese instrumento fue dolosamente utilizado por terceros para desviar parte de las ayudas con fines ajenos a los públicos fijados en el presupuesto, por lo que estaríamos ante la utilización por parte de un tercero de una conducta neutral del acusado. De esta manera, la responsabilidad del demandante solo sería posible si concurriera un doble dolo, elemento que no se aprecia en este caso al no quedar constatado que la irregularidad en la elaboración de los presupuestos constituyera una adaptación a una conducta posterior malversadora, sino que «la debilidad del sistema debido a razones de agilidad fue aprovechada por terceros para sus propias finalidades delictivas».

El demandante termina este motivo aduciendo que ha sido condenado por un delito de resultado a pesar de que este elemento fue excluido expresamente del debate mantenido en el proceso judicial. A este fin, incide en que la concesión de cada una de las ayudas particulares quedó –en el trámite de cuestiones previas– ajeno al presente proceso penal, siendo que la tesis mantenida por los órganos judiciales para condenar (la aprobación misma del sistema irregular de concesión de ayudas es ya resultado del delito) supone convertir un delito de peligro en un delito de resultado.

Faltaría, consecuentemente, el resultado necesario para la apreciación de la correspondiente figura delictiva. Seguir la tesis del Tribunal Supremo supondría acogerse a la concepción de que todas las ayudas desde el año 2000 a 2009 fueron destinadas a fondos ajenos a fines públicos y que el delito de malversación se agotaría «no porque se hayan dado las ayudas a quienes no las necesitaban, sino sin más porque se han concedido sin "las exigencias legales y reglamentarias"».

Además, excluir del proceso las ayudas particulares habría lesionado adicionalmente el derecho de defensa del demandante toda vez que le privó de proyectar actividad probatoria de descargo sobre todo aquello que era objeto de enjuiciamiento. Las argumentaciones empleadas al efecto por las resoluciones impugnadas para justificar la consecución del resultado lesionan, a su vez, el derecho a la presunción de inocencia dada cuenta que: (i) resulta absolutamente inconcluyente la afirmación de que de un procedimiento administrativo con controles insuficientes se deriva una desviación de ayudas; y (ii) existe una inversión de la carga de la prueba ya que la sentencia asume que como no se ha acreditado el destino público de las ayudas, debe obligatoriamente colegirse que aquellas no tuvieron aquel destino.

c) Como tercer motivo alega vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados en el art. 432 CP en cuanto a la

conurrencia de dolo. A lo largo de este motivo, el demandante combate los criterios tenidos en cuenta por las resoluciones judiciales impugnadas para entender concurrente el dolo eventual, al describir los hechos subjetivos como «asunción de una eventualidad» que es propio de la culpa consciente.

La expresión utilizada en la sentencia para describir el elemento subjetivo del injusto –esto es, el hecho de que la actuación desarrollada por el señor Griñán Martínez se ejecutara con la finalidad de «agilizar la concesión de ayudas» pero «asumiendo la eventualidad» de que los fondos se destinaran «a fines ajenos al fin público» al que estuvieran destinados– se sitúa fuera del marco de la alta probabilidad necesaria para configurar la figura del dolo eventual que entraña el delito de malversación de caudales públicos. Posteriormente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo trata de transmutar dicho elemento subjetivo del injusto sustituyendo la finalidad de «agilizar las ayudas» –afirmada por la Audiencia Provincial– por «evitar el cumplimiento de la normativa». Esta finalidad de disposición ilegal de los fondos no aparecía en el *factum* de la sentencia de instancia, lo que ha supuesto la creación *ex novo* de un nuevo elemento subjetivo del injusto en perjuicio del demandante.

Para el demandante, solo hay dolo eventual si el sujeto conoce la «alta probabilidad» de que se va a producir el resultado típico, siendo que la ausencia de reproche penal a la Intervención General de la Junta de Andalucía hacía insostenible, irrazonable y sorpresiva la aplicación de dicho dolo al recurrente. Esto lo conecta directamente con una posible vulneración del principio de legalidad penal toda vez que la figura de la malversación culposa fue despenalizada, siendo esta la conducta que, en todo caso, podría haberle sido imputada al señor Griñán Martínez. Considera, además, que el dolo del funcionario no sustractor que comete delito de malversación requiere de un «doble dolo» (junto al conocimiento de la sustracción por parte de un tercero, es exigible que el dolo del funcionario omitente incluya el conocimiento del ánimo de lucro con el que obra dicho tercero) que no aparece en ningún momento reflejado en el relato fáctico de las resoluciones impugnadas. En otras palabras, la atribución al demandante de que asumió la eventualidad de que los fondos fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público no incluía la representación de que aquellos fueran dispuestos con un ánimo de lucro.

Desde estas premisas el demandante considera que (i) saber que existe un procedimiento ágil y con pocas garantías cuya finalidad es la eficacia en el reparto de ayudas no equivale a conocer la elevada probabilidad de que dichas ayudas iban a ser concedidas a fines ajenos a fines públicos; (ii) el hecho de que se «asumió la eventualidad» de que dichos fondos fueran destinados a fines ajenos al fin público no permite apreciar la figura del «dolo eventual» sino, en todo caso, de la «culpa consciente» dado que del simple conocimiento genérico sobre las implicaciones causales del riesgo es compatible con la culpa consciente y no con el dolo; y (iii) la motivación de la sentencia sobre este punto es cuasiinexistente lo que supone, en sí mismo, una vulneración o quiebra del derecho a la legalidad penal al no darse una respuesta de por qué la conducta del demandante de amparo resultó incardinable en el tipo penal apreciado.

d) Como cuarto motivo se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la afirmación en el relato fáctico de que el demandante conocía la alta probabilidad de que las ayudas iban a ser malversadas. De una manera íntimamente vinculada al motivo anterior, el demandante aduce que existe una absoluta falta de racionalidad en la valoración de la prueba sobre la que se asienta el razonamiento ofrecido por la Audiencia Provincial confirmado –y complementado– por el Tribunal Supremo, sobre la concurrencia de dolo eventual en la persona de don José Antonio Griñán Martínez.

Así, la afirmación de la «alta probabilidad» de que pudiera llegar a producirse el desvío de fondos ajenos a fines ajenos a los públicos determinados presupuestariamente» constituye una inferencia manifiestamente inconsistente por diferentes razones: (i) en primer lugar, por ser una inferencia excesivamente abierta toda

vez que del conocimiento de la generación de un instrumento de asignación de ayudas con control insuficiente y con finalidad de agilización, no puede inferirse racionalmente el conocimiento de la elevada probabilidad de la malversación de todas las ayudas concedidas; (ii) en segundo lugar, porque del conocimiento de un instrumento peligroso para que alguien lo utilice delictivamente se estaría infiriendo el conocimiento de la alta probabilidad del delito, lo que equivaldría eliminar de facto los delitos de peligro por los delitos de resultado; (iii) en tercer lugar, porque la inferencia efectuada parte de dar por supuesto la infidelidad radical de los funcionarios de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, lo que resulta contrario a su propia promesa de probidad; (iv) en cuarto lugar, porque la inferencia incluye una nueva contradicción al haber absuelto al interventor que no advirtió del menoscabo y haber condenado a quienes actuaron siguiendo esa indicación; (v) en quinto lugar, porque la inferencia se enfrenta a la contradicción de condenar por desoír controles y suprimirlos; y (vi) en sexto lugar, porque si la sentencia acaba concluyendo que la intervención actuó correctamente no cabe inferir que el demandante pudiera advertir un riesgo de menoscabo que no fue advertido por el propio interventor.

A ello añade que las propias dudas manifestadas por la Audiencia Provincial en cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto –dudas que quedarían plasmadas por la utilización del término «eventualidad» que, según la Real Academia Española equivale a «[h]echo o circunstancia de realización incierta y conjetural»– resulta incompatible con la convicción más allá de toda duda razonable exigida para la condena respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia.

Otra vía de vulneración del derecho a la presunción de inocencia se derivaría de la propia ausencia de motivación del relato de hechos probados. La alternativa de interpretación que la propia sentencia aplica al interventor que absuelve provoca que el juicio de inferencia de culpabilidad utilizado para condenar a los demás encausados sea ilógico o irracional pues, al final, los fondos llegaron al destino legalmente previsto. En otras palabras, la existencia de desviaciones puntuales se contraponen con la circunstancia de que muchas de las ayudas concedidas fueron destinadas a trabajadores del colectivo afectado, lo que deja al descubierto que el nexo de causalidad necesaria no resulta admisible y lesionaría el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo.

e) Como quinto motivo se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la comunicación pública del fallo, sin motivar, mediante la providencia de 26 de julio de 2022 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Dicho motivo lo engarza el recurrente a las consiguientes lesiones del derecho al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

A lo largo de este motivo el demandante combate el dictado, por parte del Tribunal Supremo, de la providencia de 26 de julio de 2022 donde se comunicaba la desestimación –y correlativa confirmación de la condena– del recurso de casación interpuesto por el señor Griñán Martínez y demás encausados en el presente procedimiento. Dicha providencia habría sido emitida cincuenta y un días antes de la publicación oficial del fallo (14 de septiembre de 2022) cuando se hizo pública la motivación de la condena.

Para el recurrente, la publicación del fallo anticipadamente supuso una vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocesal (art. 24.2 CE) al emitirse por el Tribunal Supremo una declaración firme de culpabilidad ayuna de toda motivación y con anterioridad a la comunicación procesal de la sentencia. Considera que en una sociedad democrática no puede calificarse públicamente a un ciudadano como penalmente responsable sin dar razón suficiente. Deriva del estatus de dignidad de la persona que queden prohibidas declaraciones de culpabilidad sin respaldo de una sentencia firme por parte de cualesquiera autoridades públicas siendo así afirmado por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 28 de junio de 2011, asunto *Lizaso Azconobieta c. España*).

Esta decisión de fragmentación de la comunicación de firmeza de la sentencia carecía, además, de todo respaldo en el ordenamiento jurídico, vulnerándose, en consecuencia, la legalidad procesal como parte integrante del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) habiéndose generado, además, una situación de indefensión por la comunicación masiva e inmediata del pronunciamiento condenatorio. De esta manera, «la actuación en dos actos del Tribunal, actuando fuera de toda previsión legal sin sujetarse a las normas procesales que ahora reputamos infringidas, en tanto se refieren a la comunicación conjunta de condena y justificación, que vehiculan la tutela judicial y preservan la presunción de inocencia, no puede considerarse una mera irregularidad que afecta a normas de mero trámite o irrelevantes, sino muy al contrario, ha afectado a normas que, por la naturaleza de los derechos y garantías que protegen, merecen la calificación de normas esenciales».

Dicha decisión tampoco quedaría justificada por la «relevancia del caso», aspecto que, en su caso, debería haber conllevado una actuación especialmente cuidadosa en el respeto a las normas procesales. La utilización de esta expresión por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo supondría, además, priorizar la «relevancia social» del caso a los derechos fundamentales del condenado, subvirtiendo la prelación establecida en el art. 10 CE que sitúa a la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social.

Por último, la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se habría producido porque la publicación anticipada del fallo no constituyó una resolución motivada siendo que lo que exige precisamente el derecho a una resolución motivada es la negación pública y oficial de una inocencia que hasta ese mismo momento se presumía.

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), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (24.2 CE) y se reponga al demandante en el derecho fundamental declarando nulas las resoluciones recurridas.

4. La Sala Segunda de este tribunal dictó el ATC 287/2023, de 5 de junio, en el que, previa avocación de la decisión, admitió a trámite el presente recurso de amparo «porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, 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 o económica y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]».

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

Se ordenó también formar pieza separada de suspensión y en ella conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que efectuasen alegaciones sobre dicha cuestión.

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

Por providencia de 20 de junio de 2023 el Pleno de este tribunal acordó, conforme al artículo 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, «recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo que se tramita en dicha sala con el número 2119-2023, interpuesto por don José Antonio Griñán Martínez».

Por ATC 437/2023, de 26 de septiembre, el Pleno de este tribunal acordó tener por desistido al recurrente de la petición de suspensión de la pena de prisión (art. 56.6 LOTC) que le había sido impuesta, habida cuenta del dictado, por parte de la Sección

Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, del auto de 26 de junio de 2023 por el que se acordaba la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.4 CP).

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

a) Mediante escrito de 25 de julio de 2023, el procurador de los tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación del Partido Popular, y bajo la dirección letrada de don Ángel Márquez Prieto y don Alfonso Martínez Escribano, interesó que se le tuviera por personado en el procedimiento, así como la acumulación de los recursos de amparo dimanantes de la misma causa penal. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de este tribunal de 27 de julio de 2023, se admitió su personación y, a tenor de lo dispuesto en el 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.

b) El demandante, por escrito registrado el 22 de septiembre de 2023, presentó sus alegaciones reproduciendo y ratificando los fundamentos invocados en la respectiva demanda de amparo.

c) La representación procesal del Partido Popular, por escrito registrado el 26 de septiembre de 2023, interesó que se desestimara el amparo al no apreciarse la vulneración del principio de legalidad penal y del derecho a la presunción de inocencia.

En relación con la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción de los hechos declarados probados en el art. 404 CP, afirma que concurría el óbice procesal de falta de invocación (art. 44 LOTC) al no encontrarse mención del principio de legalidad penal desde esta perspectiva en los sucesivos recursos previos planteados.

Afirma que las alegaciones vertidas en la demanda de amparo serían manifiestamente inexactas toda vez que correspondería a una lectura parcial e interesada de las sentencias recurridas, siendo que los tribunales hicieron una aplicación razonada y racional del tipo delictivo, reproduciendo, a estos efectos, amplios párrafos de las sentencias impugnadas.

En su opinión, el recurso se habría fundamentado en una simplificación errónea del *factum*, siendo que, en realidad, fueron muchos y prolongados los actos que la sentencia de instancia valora para estimar concurrente el delito de prevaricación. Así, en lo referente a que los actos realizados eran actos políticos de naturaleza prelegislativa –y, por ende, exentos de un hipotético control judicial– lo que se evidencia de las resoluciones impugnadas es que se produjo una modificación de las normas y decisiones para apartarse de las exigencias derivadas de las normas sobre subvenciones y control que se venían aplicando, normas que previamente habían provocado paralizaciones y rechazos de expedientes de ayudas, persistiendo así durante años hasta las nuevas modificaciones realizadas tras comenzar la investigación judicial de la causa.

Para la parte, la subsunción de los hechos es plenamente acorde al tenor literal del tipo, siendo irrazonable que la mayor parte de la crítica vertida en la demanda de amparo se centre en el tenor literal de la STC 83/2016, de 28 de abril, cuando, de hecho, son otras muchas sentencias y las normas jurídicas invocadas por la Audiencia Provincial las que fundamentan la imposición de la condena.

Las resoluciones impugnadas, además, no habrían desconocido la indemnidad jurisdiccional de los actos políticos, sino que, al contrario, habrían analizado extensa y detalladamente los razonamientos que llevan a concluir que los actos enjuiciados no son de tal clase. De hecho, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo concluye que el proceso prelegislativo es un procedimiento administrativo que culmina con la elevación del proyecto de ley y que constituye actos o resoluciones a efectos penales.

Ahonda la parte en este punto aludiendo a que la sentencia del Tribunal Supremo explicita que no existe una norma general de inmunidad de la actividad parlamentaria siendo que ello permitiría encuadrar los hechos en el concepto de «resolución administrativa» a efectos penales. En este sentido, referencia los antecedentes expuestos por el Tribunal Supremo al asumir esta interpretación afirmando finalmente que «en el marco legal un acto de elaboración de una disposición de carácter general constituye una resolución administrativa o en procedimiento administrativo desde diferentes ópticas, pudiendo integrarse en el entendimiento penal del concepto». La posibilidad de enjuiciar penalmente estos hechos, además, nunca podría llegar a ser considerada como decisión de control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo, ya que no se enjuiciarían 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 y que el legislador haya entendido penalmente sancionables. Esto constituye: (i) por un lado, una importante diferencia con el orden contencioso-administrativo que, esta vez sí, enjuicia la conformidad o no a derecho de este tipo de actos; y (ii) por otro lado, la asunción del principio básico de que todas las autoridades y funcionarios están sometidos al imperio de la ley y sus conductas delictivas no pueden quedar impunes.

Respecto a la vulneración del principio de legalidad (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 trámites de elaboración y aprobación de las normas presupuestarias, sino también en el hecho de que estas decisiones se adoptaron para conseguir una finalidad palmariamente ilegal: evitar el cumplimiento de las exigencias de las 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 acoge la tesis de dichas resoluciones, y que permite 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.

A dichos argumentos habría que añadir los razonamientos contenidos en los fundamentos jurídicos 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 y Desarrollo Tecnológico, con la intervención determinante del consejero y viceconsejeros; la aprobación de los proyectos de presupuestos de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, 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.

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 leyes, 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.

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 leyes en ningún caso pueden ser extendidos a las modificaciones presupuestarias. Así se razona, de hecho, en el fundamento jurídico 24 de la sentencia del Tribunal Supremo que enfatiza que, en dicho caso, aquellas 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 leyes, pero existe entre ambos una diferencia sustancial que quedaría en evidencia en el fundamento jurídico 24 de la sentencia del Tribunal Supremo y de los fundamentos jurídicos 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.

En relación con la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados en el delito de malversación (art. 432 CP), considera que se vuelve a hacer una selección parcial de los hechos y fundamentos recogidos en las resoluciones impugnadas. Así, las resoluciones impugnadas determinan claramente los hechos en virtud de los cuales se ha dictado condena declarando expresamente probado (hecho probado núm. 23) que el recurrente, entre otros acusados, conocía el indebido uso del instrumento de «transferencias de financiación», primero como consejero de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía y, después, como

presidente de la Junta de Andalucía, por ser destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia IFA/IDEA.

El juicio de autoría también aparece explicitado en las resoluciones impugnadas, siendo que, además, la cuestión relativa al «clamoroso silencio» aducido en la demanda de amparo aparecía debidamente abordada en el auto que resolvía el incidente de nulidad de actuaciones (FJ 5) afirmando la inexistencia de dudas sobre la autoría que la sentencia de instancia atribuyó al recurrente y demás condenados.

Tras reproducir literalmente el extenso fundamento jurídico 63.2 de la sentencia del Tribunal Supremo (relativo a las pruebas de cargo valoradas frente al recurrente señor Griñán Martínez), concluye que la motivación empleada al respecto resulta lógica y acorde a las máximas de la experiencia, por lo que no merece ningún reproche constitucional. A esta misma conclusión se llega, también, respecto a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto cuyo análisis se realiza en el fundamento jurídico 33.4 de la misma resolución y cuyas conclusiones tampoco han de ser tildadas de ilógicas o arbitrarias.

En lo que se refiere a la ausencia de vinculación entre el sistema de presupuestación y la malversación, la representación del Partido Popular refiere que los actos presupuestarios no pueden calificarse como neutros, sino que fueron realizados con la finalidad de otorgar medios para disponer libérrimamente de los fondos públicos, eliminando los controles de fiscalización establecidos a este fin. Consecuentemente, no puede sostenerse la autonomía de las decisiones presupuestarias frente a las decisiones de ejecución del gasto.

Especial referencia hace la parte también a las alegaciones vertidas por el demandante sobre la ausencia de condenas por cada una de las ayudas individuales. En relación a ello, afirma que la actuación del Tribunal Supremo es respetuosa con el *non bis in idem*, ya que no existiendo sentencia firme sobre cada una de las ayudas individuales no se produciría, respecto a estas últimas, el efecto de cosa juzgada. A ello añade que las sentencias han excluido del reproche punitivo a los condenados respecto de todas y cada una de las ayudas que se enjuician en piezas separadas y eso lo hace sin juzgar la participación y responsabilidad que cada uno pudiera tener en esas ayudas de un periodo determinado. El presente proceso no tenía como objeto el enjuiciamiento de todas y cada una de las ayudas sino que lo que fue objeto de debate es la existencia y rasgos de aquellas –precisadas con amplitud en el informe de la IGAE–, por lo que, sin enjuiciamiento de lo que está siendo objeto de otros procesos, la prueba referida a la concesión de dichas ayudas eludiendo los procedimientos establecidos fueron suficientes para llevar a los órganos judiciales a considerar concurrente el delito de malversación.

Estas ayudas, además, aparecieron precisadas en los escritos de acusación por lo que las partes conocían las irregularidades denunciadas y pudieron articular los medios de prueba que tuvieron por oportuno frente a aquellos hechos. Consecuentemente, y a pesar de lo alegado en la demanda de amparo, no se describe qué indefensión se ha causado. Ha habido identidad sustancial entre los hechos invocados por las acusaciones en sus conclusiones definitivas y en el juicio histórico de la sentencia, por lo que no hubo lesión del principio acusatorio.

Finaliza la impugnación de este motivo alegando que la presunta «inversión de la carga de la prueba» alegada en la demanda lo que hace es encubrir una crítica al valor probatorio del informe de la IGAE, prueba que era conocida por las partes acusadas las cuales pudieron articular los medios de prueba que tuvieron por conveniente.

En relación con la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por la apreciación del dolo eventual en el delito de malversación (art. 432 CP), solicita también la desestimación del motivo aludiendo que, al igual que ocurre con los motivos anteriormente analizados, la demanda no respeta las consideraciones fácticas establecidas por las resoluciones impugnadas.

Alude la parte a que, en modo alguno, existe una «manifiesta insuficiencia» que permita afirmar que de los hechos probados no puede inferirse la calificación del dolo

eventual, pues, al contrario, las resoluciones impugnadas referencian permanentemente que el señor Griñán Martínez tenía «conocimiento de una alta probabilidad de que, en este caso, otros estuvieran malversando». Así, en el relato fáctico de la sentencia impugnada se describe con precisión la acción nuclear del delito de malversación, consistente en la disposición definitiva de caudales públicos con fines distintos a los previstos en la ley, siendo que el recurrente, por razón de los cargos que desempeñó, tenía conocimiento de aquellas irregularidades pese a lo cual permitió que se produjeran año tras año.

Para la representación procesal del Partido Popular, la circunstancia anteriormente expuesta sería literosuficiente para rechazar que en sede casacional el *factum* haya sido alterado a fin de estimar concurrente la figura del dolo eventual. No se ha producido una vulneración de garantías procesales ya que (i) la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha revocado una absolución e impuesto una condena, y (ii) las diferencias entre los fundamentos de la condena son meras cuestiones jurídicas que no alteran el relato fáctico recogido en la sentencia de instancia. Este último elemento quedaría acreditado, de hecho, por la circunstancia de que la sentencia de casación reproduce reiteradamente los datos fácticos y valoraciones que constan en la sentencia de primera instancia. A pesar de que el demandante sobre este punto afirma que la sentencia de casación declara la finalidad ilícita de la modificación del sistema presupuestario, lo cierto es que no atiende a la motivación completa de la sentencia de instancia, donde no se señala, en modo alguno, que la conducta de los recurrentes fuera exclusivamente de contenido lícito, sino más bien al contrario.

La parte llega hasta el extremo de afirmar que el Tribunal Supremo, a la vista de los hechos probados, no alteró la modalidad de dolo siendo que, aun cuando lo hubiera hecho, ello habría sido sin alterar el relato de hechos recogido en la sentencia de instancia lo que, de ordinario y conforme a doctrina constitucional reiterada, no requeriría ni de la celebración de vista pública. La prueba sobre dicho dolo, además, estaría recogida en la sentencia y su valoración no puede ser considerada ilógica o arbitraria.

Los argumentos de la demanda, en consecuencia, deben ser considerados inconsistentes pues derivan de una selección incompleta y sesgada de los argumentos fácticos y valorativos de las sentencias recurridas, al referirse a la culpabilidad. El mismo sentido dubitativo tendría la expresión «alta probabilidad» que el actor maneja, siendo lo relevante que la afirmación de la concurrencia de una forma de culpabilidad se hace sin duda alguna.

Termina este motivo la parte alegando lo siguiente: (i) no se comparte la diferenciación establecida en el voto particular de los condenados de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y los demás encausados ajenos a la misma; (ii) no cabe invocar que el hecho de que el interventor general haya sido absuelto puede producir efectos positivos sobre los demás encausados dada cuenta que «lo que pudo y debió conducir es a un recurso por la parte legitimada de la sentencia absolutoria, no a la extensión del posible error a otros casos»; (iii) es incierto que el fundamento de la condena por prevaricación y malversación sea el mismo; (iv) la conclusión obtenida de la sentencia de la causa Umax mal puede aplicarse a la forma y sistema en que se instrumentaron las resoluciones de concesión de ayudas a través de un convenio marco y convenios particulares; (v) no se comparte tampoco la tesis de que los encausados ajenos a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico no tomaron parte directa en los actos malversadores ya que esta afirmación contradice lo expuesto en el *factum*; (vi) el recurrente hace una síntesis incompleta y parcial de las pruebas de cargo; y (vii) no cabe negar la relación entre los actos prevaricadores y las conductas malversadoras pues se tratan de delitos con una estrecha relación o vínculo como todo supuesto de concurso medial.

Finalmente, en relación con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal (art. 24.2 CE), la parte se opone a las alegaciones formuladas por el señor Griñán Martínez afirmando que no se produjo una filtración del fallo, sino que, al contrario, la Sala concluyó sus deliberaciones y dictó providencia

comunicando a las partes el contenido de este a la espera de la redacción de los votos particulares. Esta providencia fue difundida por la propia oficina de comunicación y en el marco, precisamente, de lo aprobado por el protocolo de comunicación del Consejo General del Poder Judicial.

Esta forma de proceder, que contribuye a hacer efectiva la existencia de una opinión pública libre y que es una garantía esencial del propio funcionamiento del Poder Judicial, permite someter al conocimiento público las actuaciones de los jueces y mantener así, la confianza de la sociedad en los tribunales.

No estaríamos, en definitiva, ante un supuesto de una declaración pública de autoridades que se refiriesen a un sospechoso como acusado o culpable, sino, al contrario, ante un caso en lo que se ha hecho es difundir una información que constituye un anticipo prudente y discreto del contenido del fallo. La obligación establecida en la Directiva UE 2016/343, del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, no debe impedir ni evitar que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario. Además, los condenados ya lo habían sido por la previa sentencia de la Audiencia Provincial por lo que su posición no se ha agravado por el adelantamiento del fallo de la sentencia de casación.

Finaliza afirmando: (i) la anticipación del fallo no arroja ninguna duda de ausencia de imparcialidad de los magistrados integrantes de la Sala de casación; (ii) la motivación se predica de la resolución dictada por el Tribunal Supremo y no de la providencia anticipando el fallo; (iii) la publicación anticipada del fallo no está prevista en la ley, pero tampoco se encuentra prohibida o resulta extravagante en relación con los preceptos contenidos en la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), siendo además práctica habitual de otros tribunales como el propio Tribunal Constitucional; (iv) la anticipación del fallo cumple una labor informativa incuestionable y no afecta a derecho fundamental alguno; (v) aunque la publicación de la sentencia deba cumplir la exigencia de integridad, ello no obsta a que se puedan anticipar algunos extremos cuando se pretendan otras finalidades de interés social; y (vi) no existe vulneración del derecho a la presunción de inocencia porque la anticipación del fallo no puede equipararse a una condena pública sin motivación.

d) Por escrito presentado el 6 de octubre de 2023, la procuradora de los tribunales doña Virginia Aragón Segura actuando en nombre y representación de don Gaspar Zarrías Arévalo, bajo la dirección técnica del letrado don Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento y adherido a los motivos de amparo primero y segundo formulados por el recurrente.

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

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

g) Por escrito presentado el 10 de octubre de 2023, el procurador de los tribunales don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de don Antonio Vicente Lozano, bajo la dirección técnica de don José María Calero Martínez, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento.

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

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

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

k) Por escrito registrado el 20 de noviembre de 2023, la representación procesal de don Jesús María Rodríguez Román evacuó escrito de alegaciones 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» a los que se refiere el art. 404 CP. En este sentido, mantiene que los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y las modificaciones presupuestarias son actos políticos de gobierno no siendo posible, en consecuencia, su control judicial. Considera que las sentencias recurridas habrían hecho una interpretación extensiva peyorativa al afirmar que puede sostenerse la existencia de leyes ilegales y que, además, se habría obviado la pericial presentada 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 y las sucesivas leyes de presupuestos que debía resolverse conforme a los principios interpretativos de que la ley especial se aplica sobre la ley general y la ley posterior deroga a la ley anterior.

Adicionalmente sostiene que resulta absurdo condenar 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.

Respecto al delito de malversación sostiene que no ha quedado acreditada la existencia de una connivencia o acuerdo, no reflejándose la concurrencia de los elementos estructurales de la coautoría tales como el acuerdo de voluntades, el dominio funcional del hecho, o la imputación recíproca a todos los coautores de sus aportaciones individuales. Aduce asimismo que la sentencia de la Audiencia Provincial no habría motivado la concurrencia de los elementos necesarios para apreciar la comisión por omisión, ni la concurrencia de la posición de garante en la figura del señor Rodríguez Román. Finalmente, considera que la sentencia de instancia no habría motivado suficientemente el proceso racional que lleva a estimar concurrente el dolo eventual, siendo que el Tribunal Supremo habría obviado también tratar el elemento subjetivo del injusto del delito de malversación llegando, incluso, a sobrepasar el *factum* de la sentencia de instancia.

l) 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.

m) 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 dentro de 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 supiera lo que aprobaba o que el Parlamento fuera inducido a error.

(iii) Del procedimiento de elaboración de un anteproyecto no se puede derivar una ilegalidad constitutiva de prevaricación. Aunque las sentencias objeto de amparo sitúan la pretendida ilegalidad en la indebida inclusión, por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de los créditos para transferencias de financiación, este hecho se produce en la fase de elaboración del anteproyecto de ley, 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 ley de presupuestos y no decida 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.

(v) No existe una connivencia o acuerdo en el actuar delictivo, no reflejándose en ninguna de las resoluciones recurridas prueba o razonamiento del que se permita inferir dicho acuerdo. Al respecto, el Tribunal Supremo habría transformado la coautoría declarada por la Audiencia Provincial como autoría directa, sin realizarse, además, argumentación sobre la concurrencia de los elementos estructurales de aquella.

(vi) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla tampoco motiva en absoluto la conducta de comisión por omisión, no justificándose la concurrencia de la preceptiva posición de garante en que debería haberse colocado el recurrente y el señor Vallejo Serrano.

(vii) El Tribunal Supremo habría deformado y transformado la convicción alcanzada por la Audiencia Provincial. Así, frente a la impugnación sobre la irrazonabilidad de los argumentos alcanzados por la Audiencia Provincial para considerar concurrente la figura del dolo, la sentencia de casación obvia tratar el elemento subjetivo del injusto del delito de malversación, unificando el dolo de ambos delitos y sobrepasando el *factum* de la sentencia de instancia al referirse a «una única conducta desplegada» que es constitutiva del delito de prevaricación y del delito de malversación.

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

a) En relación con el primer motivo de la demanda de amparo, sostiene que las posiciones mantenidas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Sevilla en virtud de las cuales 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 de 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/o 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».

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, 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 Griñán Martínez no ha sido condenado por su eventual participación en ninguno de estos actos, sino por una conducta propia que consiste en la difusa e indefinida participación en la elaboración del anteproyecto de ley, en la elevación del mismo y en su aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para su posterior remisión al Parlamento. A pesar de que la propia sentencia del Tribunal Supremo vinculara todas estas actuaciones a una finalidad palmariamente ilegal, no se identifica esta finalidad con ninguna forma típica de participación delictiva sino con el programa político del Gobierno. La conducta del señor Griñán Martínez, consecuentemente, quedaría enmarcada en el ámbito de su voluntad –y por tanto de su responsabilidad política– pero no en el de la responsabilidad penal, dándose la paradoja que de los actos de los que sí debe responder –debido a su naturaleza político legislativa– quedan al margen del ejercicio del *ius puniendi*.

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 leyes 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 puesto, 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, basado 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 del amparo frente a este primer motivo.

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

Fundamenta el fiscal dicha afirmación –con amplia cita de la normativa reguladora de la Ley general de hacienda pública de la Junta de Andalucía– en la circunstancia de que las modificaciones o transferencias de crédito, una vez aprobada la ley anual de presupuestos, y que afectan al contenido de los créditos en los estados de gastos autorizados –pero no modifican el monto global del presupuesto– son competencia del Consejo de Gobierno o de la Consejería de Economía y Hacienda. Esto se contrapone directamente a aquellos supuestos en los 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 de 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 aprobatorios de modificaciones presupuestarias que se imputan al recurrente [...] no choca con una alegada [...] naturaleza legal [...] que pudiera vincularse a la reserva de ley que impone el art. 134 CE [...] en materia presupuestaria. [...] [N]o hay razón para temer ni por la autonomía parlamentaria en el ejercicio de la potestad legislativa, que no está en juego, puesto que el Poder Ejecutivo actúa [...] en este ámbito con estricta sujeción a las leyes aprobadas por el Parlamento, y precisamente en aplicación de ellas; 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).

Respecto a la ausencia de elemento subjetivo del injusto del delito de prevaricación, el fiscal, tras trasponer extensamente los argumentos contenidos al respecto en la sentencia de instancia y de casación, considera que el conocimiento de la injusticia y del incumplimiento del ordenamiento jurídico al aprobar las modificaciones presupuestarias quedaba plenamente acreditado. Esta conclusión se fundamentaría en los siguientes puntos: (i) el señor Griñán Martínez conocía la inclusión en los anteproyectos de leyes de presupuestos de las transferencias de financiación al IFA dentro del programa 31L; (ii) era conocedor de que se consignaban en el presupuesto del IFA las partidas presupuestarias correspondientes; (iii) aprobó que figuraran como ingresos las cantidades que vía transferencias de financiación eran destinadas al IFA y que se incluían como gastos de explotación a sabiendas de que este organismo se limitaba a pagar por cuenta de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social las ayudas; (iv) era conocedor de que era imposible fiscalizar estas ayudas; (v) tenía conocimiento que las modificaciones presupuestarias tenían como finalidad el pago de ayudas sociolaborales; (vi) esta aplicación presupuestaria fue realizada al margen de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda; (vii) el señor Griñán Martínez era destinatario de los informes elaborados por la Intervención General y de los informes de control financiero de las empresas públicas, siendo que estos informes señalaban que las ayudas habían sido concedidas prescindiendo totalmente del procedimiento establecido; y (viii) tuvo conocimiento de lo establecido en el convenio marco.

Estos elementos llevan al Ministerio Fiscal a afirmar que las sentencias cuestionadas han expuesto los distintos elementos probatorios que permiten afirmar el elemento subjetivo del injusto del tipo de prevaricación, de la plena consciencia del recurrente de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico y que había ocasionado un resultado materialmente injusto.

b) En relación con el segundo motivo de amparo, el fiscal sostiene que, en contra de lo mantenido por el demandante, el resultado del delito sí está presente en las sentencias impugnadas que afirman reiteradamente la existencia de una disposición de fondos con desviación de su finalidad pública. Así, el relato de hechos probados identifica en cada ejercicio presupuestario las cantidades presupuestadas para el pago de las ayudas sociolaborales, tanto en los proyectos de leyes como en las modificaciones presupuestarias, y declara año a año que esas cantidades se pusieron a disposición del director general de Trabajo y Seguridad Social para que pudiera disponer de las mismas sin sujeción a fiscalización alguna y sin necesidad de tramitar expediente alguno. También, en este sentido, aparece acreditado un daño para el patrimonio público que es cuantificado en 680 millones de euros. Lo expuesto evidenciaría que se

sustrajeron fondos que fueron apartados de su destino, desviándolos de las finalidades a las que estaban destinados, y entregándose a terceros en forma de ayudas o subvenciones que fueron concedidas sin cumplir las formalidades legales.

Asimismo, la utilización del instrumento «transferencias de financiación» se tradujo en la imposibilidad de fiscalizar el destino de los fondos y la ausencia de controles de disposición, lo que integra plenamente el contenido del art. 432 CP tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Consecuentemente, considera el fiscal que el propio empleo de un sistema de presupuestación ilegal y el pago de ayudas individuales prescindiendo de los trámites legales de concesión de las subvenciones afectaban al normal funcionamiento de la actividad patrimonial de la Comunidad Autónoma de Andalucía por lo que, aunque se excluyeran del enjuiciamiento las ayudas individuales, se recoge la existencia de un resultado con daño para el patrimonio público.

Esto no supone, además, una merma del derecho de defensa del recurrente, no solamente porque no identifica que se pretendía probar en caso de haber sometido a enjuiciamiento estas ayudas, sino porque, además, la concurrencia del delito de malversación no requiere una determinación exacta de la cantidad defraudada, bastando con acreditar que se produjo una desviación de fondos públicos. En definitiva, las graves infracciones legales con que se dispusieron las ayudas integran suficientemente el delito de malversación, sin que la concreción de cada una de las ayudas, sus destinatarios y la concurrencia de los requisitos para ser obtenidas no tenga otra relevancia que en lo relativo a la fase de agotamiento del delito.

En relación con el juicio de autoría del delito del art. 432 CP, explicita el Ministerio Fiscal que el señor Griñán Martínez habría sido condenado dada su condición de consejero de Economía y Hacienda y habida cuenta de que tenía la obligación de evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público. Es, precisamente, la posición institucional que ocupaba la que le colocaba en posición de garante de los fondos públicos frente a un posible resultado dañoso del bien jurídico, de ahí que «su no evitación es equiparable a su realización mediante una conducta activa».

Fundamenta el Ministerio Fiscal dicha conclusión en los siguientes elementos: (i) el demandante aprobó los créditos presupuestarios incumpliendo la normativa presupuestaria. Su decisión de aprobar aquellas partidas era un requisito previo y necesario para el pago de las ayudas, teniendo, además, funcionalmente asignadas competencias para decidir sobre el destino de los fondos y siendo conocedor de las ilegalidades; (ii) existe una vinculación causal del demandante de amparo con los presupuestos, modificaciones presupuestarias, pago de ayudas y el descontrol de aquellas al haber suprimido la fiscalización del pago de las ayudas como consecuencia del fraudulento uso del instrumento «transferencias de financiación»; (iii) a ello no obsta que las partidas fueron aprobadas por el Parlamento, se utilizó un criterio de presupuestación indebido y se facilitó a la Cámara una información limitada. Dicha indebida presupuestación propició que las ayudas no fueran fiscalizadas y permitieron un destino de fondos ajenos a su finalidad; (iv) el demandante de amparo tenía capacidad de decisión sobre el destino de los fondos y capacidad de control sobre estos, conociendo las irregularidades que se estaban produciendo en la concesión de ayudas; (v) existe una evidente relación causal entre la presupuestación y el gasto, toda vez que el cambio en el sistema de presupuestación fue realizado para evitar precisamente todo control del gasto en la concesión de ayudas; (vi) en atención a las competencias que le correspondían como consejero de Economía y Hacienda, el demandante tenía autoridad para decidir sobre el destino de los fondos públicos y para evitar la lesión del bien jurídico protegido aunque no fuera la autoridad que finalmente los asignara y (vii) el conocimiento de la ilegal concesión de ayudas se vincula en este caso al cargo que ejercía el demandante de amparo y que aparece amparado tanto en la normativa existente como en los informes de cuentas anuales del IFA/IDEA que le eran remitidos.

Todo ello lleva al Ministerio Fiscal a afirmar que el señor Griñán Martínez, conociendo las irregularidades del sistema de presupuestación en el que intervenía –dada cuenta, además, de las facultades que tenía para efectuar un seguimiento y control de la

ejecución del presupuesto—, dotó o favoreció la creación de un sistema de presupuestación ilegal que permitía el otorgamiento de subvenciones de manera ilegal. Con ello creó un riesgo para la indemnidad del patrimonio de la administración pública, lo que propició que los funcionarios de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico desviarán los fondos del fin público al que se encontraban asignados, omitiendo el recurrente cualquier género de intervención por parte de la Consejería de Economía y Hacienda.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal considera razonable y previsible no solamente la aplicación del tipo del art. 432 CP, sino, también, el juicio de autoría establecido por las resoluciones judiciales recurridas, solicitando por ello la desestimación del presente motivo de amparo.

En relación con la posible vulneración del derecho de defensa al haber sido objeto de exclusión del enjuiciamiento cada una de las ayudas individualmente concedidas, sostiene el fiscal que el demandante de amparo fue condenado por un delito continuado de malversación de fondos públicos respecto a los cuales, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, recogieron en sus escritos de acusación las cantidades malversadas, haciendo, asimismo, referencia a empresas y personas que habrían recibido aquellas. De esta manera, los hechos declarados probados no exceden del relato histórico plasmado en los escritos de conclusiones definitivas, siendo que las cantidades desviadas fueron objeto del proceso principal y de la prueba practicada al efecto. El hecho de que se excluyera del debate los concretos actos en que consistieron las ayudas individuales no implicaba, en modo alguno, que no fuera objeto del proceso en la pieza matriz el destino de las cantidades presupuestadas irregularmente. De hecho, sostiene el fiscal, el perjuicio real y efectivo del derecho de defensa parece provenir «de entender [...] que la exclusión del enjuiciamiento de las ayudas individuales suponía la exclusión del desvío de las cantidades irregularmente presupuestadas y entregadas [...] pero dicha exclusión no expulsaba del objeto del proceso la prueba del resultado del delito de malversación».

A ello hay que añadir, claro está, que el objeto de enjuiciamiento era la concesión de ayudas sociolaborales con incumplimiento de la normativa sobre subvenciones y las cantidades presupuestadas irregularmente con dicha finalidad, aspectos respecto a los cuales se practicó una abundante prueba documental y pericial.

Además, sostiene el fiscal analizando ya la presunción de inocencia vinculada a este motivo, el hecho de que la desviación de fondos aparece claramente definido en las resoluciones impugnadas. No cabe sostener, como pretende el demandante, que se realiza una inversión de la carga de la prueba al afirmar que todas las ayudas tuvieron destinos ajenos a la función pública, sino que, al contrario, la desviación queda acreditada por el hecho de que se prescindió totalmente del procedimiento toda vez que la finalidad y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias establecidas legalmente. Consecuentemente, la desviación de fondos no es una mera conjetura de las sentencias recurridas, sino un elemento fáctico acreditado por los informes periciales que llegan a conclusiones razonables y lógicas.

c) En relación con el tercer motivo de amparo, considera el Ministerio Fiscal que, del análisis de las resoluciones objeto de impugnación, se deducen una serie de indicios sólidos que acreditan el conocimiento del señor Griñán Martínez del peligro concreto que su proceder ocasionaba para el patrimonio público, bien protegido por el delito de malversación y, por ende, la existencia de dolo eventual en su conducta de consentir que otros sustraigan los fondos públicos y los desvíen de su finalidad pública.

Para el Ministerio Fiscal, la interpretación que del elemento intencional ha hecho la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es respetuosa con el principio de legalidad en cuanto que del relato de hechos probados ninguna duda cabe de que la subsunción realizada por la sentencia condenatoria y ratificada por la de casación, es plenamente acorde con la norma penal desde los criterios semánticos, metodológicos o axiológicos, no siendo imprevisible para sus destinatarios. De esta manera, la interpretación de que el dolo eventual en el que incurre el señor Griñán Martínez se deriva de la asunción de la

«eventualidad» de que los fondos se destinaran a fines ajenos al fin público al que estuvieran destinados –integrando la alta probabilidad de este resultado– «no supone una interpretación irrazonable y contraria a la letra de la norma y sin que implique una interpretación que desconozca la diferencia entre la imprudencia y el dolo como elemento subjetivo de los tipos penales».

Respecto a la posible extralimitación del Tribunal Supremo, al transmutar la finalidad de «"agilizar" las ayudas» por la finalidad de «evitar el cumplimiento de la normativa» y de «disponer libérrimamente de los fondos», el fiscal afirma que la sentencia del Tribunal Supremo incluyó hechos que no figuraban en el relato fáctico de la sentencia de la Audiencia Provincial, trocando con ello el fin de la alteración presupuestaria seguida por el señor Griñán Martínez. Sin embargo, la propia resolución de la Audiencia Provincial no solamente contiene pasajes referidos a esta finalidad (como es el caso del fundamento jurídico 45), sino que, además, expone la normativa sobre la elaboración de los presupuestos, la relativa a las transferencias de financiación y las subvenciones, mencionando en numerosos pasajes que el incumplimiento de esta normativa producía una falta de control de la concesión de ayudas y eliminaba la fiscalización de los pagos. Por lo tanto, las adiciones en modo alguno pueden entenderse efectuadas en contradicción con la declaración de los hechos probados en la sentencia, ni suponen una afectación de la calificación jurídica efectuada. No existe, en consecuencia, una revisión fáctica de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Por lo tanto, el Tribunal Supremo ha partido de los hechos declarados probados, sin alterarlos, para realizar un control de la legalidad penal y realizando las deducciones e inferencias necesarias para fijar los elementos del delito (STC 131/2002, de 3 de junio, FJ 2), lo que implica la inexistencia de lesión desde la perspectiva del art. 24 CE. Termina concluyendo por ello el fiscal que la idea de una disposición libérrima de los fondos, como novedad en los hechos inculpativos, se deriva del cambio del sistema de presupuestación, no existiendo, por lo tanto, una desviación del *factum* toda vez que en la resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla se recogen todos los elementos que permiten integrar la conducta enjuiciada en el delito de malversación. Lo que el Tribunal Supremo ha efectuado, en definitiva, es una serie de deducciones a partir de los hechos y argumentos de la resolución de la Audiencia Provincial, siendo este proceder respetuoso con el principio acusatorio y el derecho de defensa.

d) En relación con el cuarto motivo de amparo, el Ministerio Fiscal sostiene que la condena del demandante de amparo –respecto de la acreditación del elemento subjetivo del injusto– se fundamenta en una serie de hechos declarados probados por las resoluciones impugnadas y de los que se extrae la conclusión del que el señor Griñán Martínez asumió la eventualidad de que se desviarán/malversaran los fondos públicos asignados a ayudas sociolaborales. Así, el recurrente se limita a discutir la inferencia realizada por las sentencias impugnadas afirmando que las mismas son inconsistentes, insostenibles, inconcluyentes o débiles, expresiones que utiliza para combatir aquellas y cuestionar la afirmación de «alta probabilidad» o «eventualidad» del conocimiento del desvío de fondos presupuestados.

Sin embargo, para el Ministerio Fiscal habría quedado acreditado que (i) el señor Griñán Martínez conocía con «alta probabilidad» que se estaba produciendo el resultado delictivo consistente en la distribución fraudulenta de fondos públicos con entrega a personas físicas o jurídicas que en modo alguno tenían derecho a aquellos; y (ii) que, además, como garante de los fondos no adoptó las medidas necesarias para evitar su desvío, produciéndose con su omisión un resultado perjudicial para el bien jurídico protegido.

En este caso, la prueba de cargo de la concurrencia de dolo eventual en la conducta del demandante no se sustenta en prueba directa, sino en una serie de elementos objetivos probados que permiten a los órganos judiciales afirmar que el señor Griñán Martínez «asumió la eventualidad» de que los fondos transferidos pudieran destinarse a

finés distintos al interés público. Señala en este sentido el Ministerio Fiscal que dicha inferencia se derivaría de los siguientes elementos fácticos:

(i) Las sentencias analizan la vulneración de la normativa sobre la elaboración de presupuestos y sobre subvenciones y transferencias de financiación y a cuyo conocimiento venía obligado el consejero de Economía y Hacienda. También analiza el incumplimiento de la normativa sobre subvenciones y transferencias de financiación y cómo se efectuó un uso irregular de estas últimas.

(ii) Los cargos anteriores que había ostentado el demandante de amparo permiten afirmar que la materia anteriormente expuesta no le era, en modo alguno, desconocida. Consecuentemente, era plenamente consciente de que las ayudas sociolaborales a particulares y empresas no se efectuaban mediante transferencias de financiación.

(iii) Existían asimismo una serie de informes que le fueron facilitados por sus subordinados implicados en la elaboración de los anteproyectos de presupuestos y seguimiento del pago de las ayudas sociolaborales, toda vez que, como señalan las resoluciones judiciales impugnadas, «la relevancia del órgano y personas que intervenían en el proceso de elaboración presupuestaria jugaban un papel importante los grupos de trabajo de alto nivel formados por miembros de la Consejería de [Economía y] Hacienda y de las consejerías relacionadas con la materia que se tratara en atención a [que] su función era evaluar la ejecución de los programas del ejercicio anterior y las causas de las desviaciones».

(iv) El conocimiento de las irregularidades en la financiación se deduce también no solo de su intervención en la elaboración del presupuesto sino, también, en que resulta contrario a la razón que el viceconsejero no informara al consejero de los déficits producidos en el IFA/ IDEA como consecuencia del indebido uso de las transferencias de financiación.

(v) El señor Griñán Martínez fue en última instancia, una de las autoridades que decidió elevar estos proyectos normativos al Consejo de Gobierno para su aprobación, ello a pesar de que le fue comunicado por órganos inferiores de la Consejería de Economía y Hacienda, la documentación que se acompañaba a los presupuestos de los años 2005 a 2009, el informe que a tal efecto elaboró la IGAE y las memorias e informes de control financiero permanente de las empresas públicas. El señor Griñán Martínez debió ser, en definitiva, informado por los cargos inferiores de la Consejería de Economía y Hacienda del incumplimiento normativo;

(vi) El conocimiento de la irregularidad del sistema se deduce también de la propia declaración de señor Griñán Martínez que manifestó que «si la Dirección General de Empleo es la que reconoce el derecho tiene que haber una fiscalización previa sin perjuicio de que el IFA sea el que ordene el pago».

(vii) Resulta inconcebible, asimismo, que en las reuniones del grupo de trabajo anuales para la elaboración del anteproyecto no se evaluara la ejecución del programa en el ejercicio anterior y la previsión del vigente, y las causas de las desviaciones que se hubieren producido, no estando sobre la mesa el déficit y el origen de mismo.

(viii) El conocimiento de las irregularidades viene también apoyado en los diferentes informes de control financiero permanente de las empresas públicas, y particularmente del IFA, de las que el demandante de amparo (en virtud del art. 12 del Decreto de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía 9/1999, de 19 de enero, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía) era destinatario y donde se exponían las deficiencias y el apartamiento de la normativa para la concesión de subvenciones. Reseña, en este sentido el fiscal, el informe adicional sobre gestión de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social; el informe definitivo de cuentas anuales de la agencia IDEA en el ejercicio de 2003; el informe adicional de cumplimiento del ejercicio 2003 del IFA; el informe de cumplimiento del ejercicio 2004; los informes de control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía durante los años 2000 a 2009; el informe adicional de ayudas realizado en el año 2005; el informe definitivo de cumplimiento del año 2004; el informe de auditoría de cumplimiento sobre la agencia IDEA correspondiente al año 2005; el

informe definitivo de cumplimiento del año 2006; el informe definitivo de cuentas anuales de la agencia IDEA del ejercicio 2006; y el informe de cumplimiento del año 2007. En estos informes, en definitiva y en palabras del Tribunal Supremo, «se advierte al consejero de Economía y Hacienda no de meras "irregularidades" o "inadecuaciones" en la tramitación y control de las subvenciones por el sistema de transferencias de financiación, sino de auténticas ilegalidades».

(ix) El conocimiento se deduce también de la memoria de control financiero permanente, referida a los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y que integraba el expediente a elevar al Consejo de Gobierno en el año 2006. Aunque el señor Griñán Martínez no acudió al Consejo de Gobierno que aprobó el correspondiente al año 2007, sí conoció la tramitación de los acuerdos del Consejo de Gobierno en materia de control financiero pues resulta, en palabras de la Audiencia Provincial, «inimaginable, [...] que no leyera la citada memoria [...]. Primero, porque afectaba a su propia consejería y, segundo, para la preparación del acuerdo del Consejo de Gobierno». A ello se debe añadir que la Consejería de Economía y Hacienda manejaba más documentación de la que llegaba al Parlamento, siendo que la viceconsejera de Hacienda –Carmen Martínez Aguayo– formaba parte de los grupos de trabajo anteriormente mencionados, perteneció al consejo rector de la agencia IDEA, por lo que tuvo conocimiento de las cuentas anuales de la agencia y de los informes de auditoría. La viceconsejera, consecuentemente, era conocedora de la existencia del convenio marco de julio de 2001 en virtud del cual se suscribieron los convenios particulares y de que las transferencias de financiación eran usadas para el pago de subvenciones.

(x) Las ilegalidades de enorme calado que fueron cometidas para conceder estas subvenciones anunciaban, además, el posible despilfarro de fondos públicos ante la ausencia de todo control. En este sentido, el informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía del año 2003 era tajante en cuanto a las consecuencias que podía producir el indebido uso del instrumento de las transferencias de financiación.

(xi) Aunque el demandante discute el conocimiento del informe adicional del año 2003 y anexo del año 2005, la base probatoria mantenida por las resoluciones judiciales en la que se fundamenta dicho conocimiento reside en que (a) el informe iba dirigido a él, por más que se enviara a través de su viceconsejera, no siendo razonable considerar que no se le diese traslado en la medida que alertaba sobre graves irregularidades; (b) la ausencia de falta de conocimiento responde a una estrategia defensiva genérica que se ha mantenido respecto a otros documentos de los que existe constancia que tuvo a la vista; y (c) el citado informe no fue un hecho aislado, ya que los informes en los que se alertó de las graves irregularidades fueron diversos y constantes.

(xii) En el programa anual de control financiero permanente de las empresas públicas se incluían las actuaciones de control que debía hacer la Intervención General de la Junta de Andalucía y una memoria del control realizado sobre el ejercicio precedente. Este programa se sometía a la aprobación del Consejo de Gobierno y era aportado por la Consejería de Economía y Hacienda. En concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial refiere a la memoria correspondiente a los trabajos realizados en el año 2006 donde «se hace referencia a las conclusiones, salvedades e incumplimientos detectados en los informes emitidos», lo que evidencia aún más el conocimiento de las ilegalidades que tenía el señor Griñán Martínez. El conocimiento de dicha memoria quedaría acreditado porque la aprobación del plan anual de control permanente se elevó para su aprobación a propuesta de la Consejería de la que ostentaba la jefatura.

(xiii) A la Consejería de Economía y Hacienda se remitían anualmente para su aprobación las modificaciones presupuestarias para incrementar la cuota de transferencias de financiación al IFA/IDEA, dentro del programa 31L, lo que hace inferir el conocimiento de que figuraran como ingresos las cantidades recibidas vía transferencias de financiación del programa 31L y que aquellas se incluyeran dentro del apartado «otros gastos de explotación» para equilibrar las cuentas. Ello a sabiendas de

que el IFA no tenía gasto alguno pues se limitaba a pagar por cuenta de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

(xiv) Poco después de cesar en su cargo (26 de abril de 2009) se dictó la instrucción 1/2009 de la Dirección General de Presupuestos en la que se recordó las normas para la presupuestación de las transferencias de capital. Ello lleva a la Audiencia Provincial a inferir que el hecho de que dichas normas fueran recordadas implicaba que aquellas no habían sido observadas durante los años precedentes.

(xv) El pago de las ayudas era uno de los ejes relevantes de la acción política de Gobierno del que formaba parte y miembros de dicho gobierno, incluido su presidente, intervinieron directamente en la gestión y concesión de las distintas ayudas. En consecuencia, resulta difícil admitir que no estuviera al tanto del modo de gestión y presupuestación de estas ayudas como también que desconociera el déficit que se generaba anualmente en el IFA/IDEA.

Todos estos indicios permiten al fiscal afirmar que «constituyen un soporte documental que junto a las declaraciones del propio [demandante de amparo], que valorados en su conjunto, permiten concluir que [...] es razonable inferir, a partir de dichas pruebas, que conocía las irregularidades que se derivaban del sistema de presupuestación de las ayudas sociolaborales y a empresas y que dicho conocimiento aparece avalado por una serie de pruebas de las que cabe deducir que conocía los déficits que estaban al margen de la normativa sobre subvenciones y el uso del sistema de transferencias de financiación, su falta de fiscalización, conocimiento que se deduce de manera razonable de la documentación que se ha señalado y que se ve corroborado por determinados testimonios testificales que evidencian que se prescindió de cualquier procedimiento para la concesión de las ayudas sociolaborales y a empresas y por la propia declaración del señor Griñán que revela el conocimiento de la normativa sobre subvenciones y la necesidad de fiscalización de las mismas por la Intervención General, sin que esta conclusión se vea menoscabada por los déficits que presenta la inferencia de que la viceconsejera informara al señor Griñán de determinados documentos, aunque no aparezca en el relato y fundamentación de las sentencias, en ningún momento, una prueba sobre que fue informado, que se le entregaron los informes de los que era destinatario por la viceconsejera».

Para el fiscal, existía por parte del señor Griñán Martínez un deber de actuar ante la alta probabilidad de que lo que era ya un despilfarro se convirtiera en una malversación, no siendo necesario un conocimiento exhaustivo de todas y cada una de las ilegalidades cometidas en la concesión de ayudas, sino que era suficiente el contenido de los informes aludidos y que daban cuenta de una situación manifiestamente ilegal y de un absoluto descontrol y despilfarro en el manejo de los fondos públicos.

No obstante, también afirma que las resoluciones judiciales no explican suficientemente porque se selecciona como autores de la malversación a unos acusados que realizan actos prevaricadores y otros acusados, los cuales también conocían las irregularidades de las conductas, solo son condenados por el delito de prevaricación. En este punto, el fiscal considera la concurrencia de una serie de contraindicios de la razonabilidad de las inferencias alcanzadas por las resoluciones judiciales en relación con la acreditación del dolo eventual en la persona del demandante: (i) en primer lugar, el hecho de que don Gaspar Zarrías Arévalo solo fue condenado por el delito de prevaricación a pesar del conocimiento de las irregularidades en el cambio del sistema de presupuestación, disparidad que el voto particular saca a relucir en el fundamento jurídico octavo; (ii) en segundo lugar, el hecho de que la Intervención General no advirtió de riesgo alguno de menoscabo de los fondos públicos ni emitió informe de actuación y en sus informes no se advertía de que se estuviesen desviando los fondos destinados a ayudas a otros fines o de que se estuvieran desviando al lucro ilícito de terceras personas, se ponían de manifiesto irregularidades administrativas en los expedientes de concesión, por lo que ha de entenderse que no apreció indicios ni riesgo de menoscabo de fondos públicos, ni tampoco advirtió de una posible responsabilidad contable; lo anterior se vería refrendado por el hecho de que respecto de la conducta del interventor

general no se pudo apreciar la existencia de un dolo eventual con relación al menoscabo o quebrantamiento del patrimonio público en el tramo final de la ejecución del presupuesto, a pesar de ser la persona que ostentaba una posición sumamente privilegiada para conocer las diferentes ilegalidades integrantes del delito de prevaricación o respecto de la conducta del consejero de la Presidencia o lo que concierne a otros acusados condenados por el delito de prevaricación que también conocían las notables ilegalidades que concurrían en la tramitación del procedimiento; (iii) en tercer lugar, la existencia de un razonamiento absolutamente contrario en el denominado caso Umax, lo que haría razonable, tal como señala el voto particular, que «las mismas o mayores razones para concurrir para no atribuirles a los cinco acusados ajenos a la consejería el conocimiento propio de un dolo eventual ni la asunción del resultado inherente a la conducta malversadora»; y (iv) en último lugar, el principio de confianza administrativa que permite considerar que los acusados ajenos a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico confiaran en que los integrantes de aquella no se iban a dedicar a defraudar o dilapidar el patrimonio público.

A pesar de ello, y ajustándose al canon de control que compete a este tribunal, el fiscal concluye que «si consideramos aisladamente algunos de los indicios que se han declarado probados y las inferencias que de ellos se siguen y los contraindicios alegados podría admitirse la tesis del recurrente de que no serían concluyentes las inferencias o incluso podían etiquetarse de meras presunciones e introducirían una duda razonable sobre la existencia del requisito de la "alta probabilidad" de que J.A.G.M., [el señor Griñán Martínez] conocía que se estaban desviando los fondos públicos de la finalidad para la que fueron presupuestados y que lo consentía, sin embargo un análisis de la prueba practicada en su conjunto y no aisladamente de cada dato objetivo permite considerar adecuadamente acreditado el enlace entre los hechos probados y la conclusión de la existencia de dolo eventual», no siendo asumible, en consecuencia, que «una versión alternativa [...] parece sugerir como propia de la culpa consciente lo que determinaría, en su caso, un delito por imprudencia de malversación que fue despenalizado en la reforma de 2015».

Por todo ello, solicita la desestimación de motivo.

e) En relación con el quinto motivo de la demanda, el Ministerio Fiscal considera, con cita de la jurisprudencia de este tribunal (STC 50/2009, de 23 de febrero), que el recurrente, no obstante haber sido condenado en primera instancia, le asistía en el momento de la notificación del fallo, su derecho a la presunción de inocencia de modo que dicha condena no enervaba a este respecto la regla de tratamiento de dicho derecho, siendo obligado para los poderes públicos respetar aquel.

En este caso, además, a pesar de que la declaración de culpabilidad se habría efectuado por el propio órgano judicial y en el seno de un proceso judicial (y no por una autoridad pública al margen de dicho proceso), ello no excluiría la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia debido a las siguientes razones: (i) primero, porque según se desprende de la STC 244/2007, de 10 de diciembre, la distinción entre el aspecto procesal y extraprocesal de la presunción de inocencia no se centra en el acto supuestamente lesivo o en el sujeto sino en el contenido propio del derecho fundamental y que conlleva que al imputado en un proceso penal se le ha de considerar inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad; (ii) segundo, porque esa solución es la que resulta plenamente coherente con la pretensión del demandante que no se limita a la reparación mediante anulación de un acto procesal, sino que abiertamente manifiesta su pretensión de restitución con finalidad indemnizatoria que, en el contexto en que se produce, solo puede tener sentido en relación con la vulneración del derecho fundamental sustantivo.

Afirma en este caso el fiscal:

(i) Las normas que cita el auto resolviendo el incidente de nulidad sobre este motivo no se refieren a una difusión pública anticipada del fallo de la sentencia sino a su dictado de forma oral que implica una notificación a las partes en el proceso, lo que no resulta aplicable a este supuesto que consiste en una difusión pública del alcance del fallo.

(ii) La notificación de la sentencia debe ser simultánea a la de los votos particulares [ex art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)] lo que permite justificar el retraso en la notificación tanto de la sentencia como del voto o votos particulares so pena de incurrir en una infracción procesal grave. El hecho de que esa infracción procesal solo alcance trascendencia constitucional cuando genera una situación de verdadera indefensión material no parece, sin embargo, argumento suficiente para justificar la difusión pública anticipada del fallo ya que esta no está prevista en ninguna norma legal.

(iii) El hecho de que sea práctica habitual del Tribunal Supremo adelantar el fallo de las resoluciones no aporta un argumento jurídico suficiente para considerar justificada dicha actuación que carece de previsión legal.

(iv) El único argumento determinante en cuya virtud se puede considerar adecuada la conducta realizada se basa en que la publicación anticipada del fallo tiene como objeto trasladar a las partes, y a la sociedad en general, un hecho con indudable relevancia informativa, ponderando otros derechos e intereses en conflicto. De hecho, este criterio coincide justamente con el planteamiento ya expuesto en la jurisprudencia constitucional que ubica la solución del conflicto en la tensión entre el derecho al honor y el derecho a recibir y transmitir información veraz. Sin embargo, el hecho de que dicho derecho a la información no sea de aplicación a las instituciones públicas o sus órganos (SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, y 254/1993, de 20 de julio), tampoco daría cobertura a la decisión adoptada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

De todo ello, concluye el fiscal que la difusión anticipada del fallo carece, en realidad, de verdadero soporte legal, que la naturaleza de este acto, desde la perspectiva de la tutela del derecho a la presunción de inocencia, solo puede encuadrarse en la dimensión extraprocesal de ese derecho, y que, sin duda, en la medida en que el fallo en cuestión sea condenatorio puede afectar al derecho al honor de la persona concernida. Pero para valorar hasta qué punto esa afectación alcanza a constituir una verdadera vulneración de dicho derecho fundamental, es necesario llevar a cabo una valoración ponderativa que tome en consideración todas las circunstancias del caso y, en particular, la eventual colisión del derecho invocado por el recurrente y el interés constitucionalmente legítimo que se identifica con el derecho a recibir información veraz.

Pues bien, en el presente caso considera el fiscal que el demandante ya había sido condenado en primera instancia, siendo dicha condena pública y notoria. La relevancia y el interés del asunto era además evidente, lo que justifico que el Tribunal Supremo tratara de responder a esa atención, evitando también posibles filtraciones, anticipando el fallo y ponderando los derechos e intereses en conflicto. Además, no se enjuicia la conducta de un tercero ajeno a un procedimiento judicial, sino que es el propio órgano competente para la declaración de culpabilidad el que, sobre la base de la propia condena en instancia y con la certeza de que la decisión adoptada es ya definitiva, el que difunde la condena para dar satisfacción a un interés constitucionalmente legítimo. A la vista de este conjunto de factores no existe, a juicio del fiscal, lesión de los derechos alegados por el demandante.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional solicita: (i) la estimación parcial del motivo primero en el sentido de que la tipificación como delito de prevaricación administrativa de los actos de aprobación y elevación de los proyectos y anteproyectos de leyes de presupuestos vulneran la legalidad penal (art. 25.1 CE); y (ii) la desestimación de los restantes motivos de amparo alegados por el demandante.

Y en relación con el alcance de la estimación parcial, aun cuando el eventual otorgamiento de amparo afectaría a varias de las conductas del delito de prevaricación (art. 404 CP) por la que ha sido condenado, el Ministerio Fiscal no solicita la retroacción del procedimiento al momento de dictar sentencia dada cuenta que la pena de prisión y de inhabilitación se fijó atendiendo al delito más grave (delito de malversación del art. 432 CP) y se impuso en la cuantía mínima (en aplicación de las reglas del concurso medial del art. 76 CP).

7. 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, posiciones de las partes, óbices procesales y orden de análisis de las quejas.

1.1 Objeto del recurso y posiciones de las partes.

El presente recurso de amparo se dirige contra las siguientes resoluciones: (i) la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo núm. 1965-2017, dimanante del procedimiento abreviado núm. 133-2016, que condenó al demandante de amparo como autor de un delito continuado de prevaricación administrativa del art. 404 CP, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, a las penas de seis años y dos días de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación absoluta por un tiempo de quince años y dos días; (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 por el demandante frente a la anterior resolución (recurso de casación núm. 601-2020); y (iii) el auto de 16 de febrero de 2023 que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto frente a la citada sentencia desestimatoria.

El recurrente alega en su escrito de demanda las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales: (i) vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25 CE) por considerar «resolución en asunto administrativo» (art. 404 CP) los acuerdos en los que se elevaba al Consejo de Gobierno el anteproyecto de leyes de presupuestos y los acuerdos del Consejo de Gobierno por los que se aprobaban y se remitían al Parlamento aquellos, así como la elevación de las propuestas de modificaciones presupuestarias; (ii) vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados en el delito de malversación (art. 432 CP) y, alternativamente, vulneración de los derechos de defensa y presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en la afirmación fáctica de que todas las ayudas fueron desviadas. En el seno de este motivo se alega también vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por la motivación de la culpabilidad efectuada en la sentencia de segunda instancia; (iii) vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por subsunción irrazonable de los hechos probados en el art. 432 CP en cuanto a la concurrencia de dolo; (iv) vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la afirmación en el relato fáctico de que el demandante conocía la alta probabilidad de que las ayudas iban a ser malversadas; y (v) vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por la comunicación pública del fallo, sin motivar, mediante la providencia de 26 de julio de 2022 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Dicho motivo lo engarza el recurrente a las consiguientes lesiones del derecho al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

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. No obstante, en relación con la queja referida a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) por indebida subsunción de los hechos declarados probados en el art. 404 CP, aduce que incurre en el óbice procesal de falta de invocación (art. 44 LOTC), al no encontrarse mención del principio de legalidad penal desde esta perspectiva en los sucesivos recursos previos planteados.

Las representaciones procesales de don Gaspar Zarrías Arévalo, don Francisco Vallejo Serrano, don Jesús María Rodríguez Román, don Antonio Vicente Lozano y 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 leyes; (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; y (iii) la desestimación de los restantes motivos de amparo alegados por el demandante.

1.2 Óbice procesal. La falta de invocación del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

Como se ha indicado, el Partido Popular alega que la queja por la que se aduce la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) incurre en la causa de inadmisibilidad que prevé el art. 44.1 c) LOTC, al haberse limitado a aducir como cuarto motivo casacional la infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el art. 852 LECrim y 5.4 CP «en relación con el principio de legalidad procesal (arts. 9 y 25 CE)». Entiende esta parte procesal que la invocación del principio de legalidad que se efectúa ante el Tribunal Supremo no es la que se plantea en este recurso de amparo y por ello considera que no cumple la exigencia de la previa invocación que establece el citado art. 44.1 c) LOTC.

Ciertamente, la argumentación del recurso de casación no es igual que la expuesta en el recurso de amparo. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia constitucional no exige tal coincidencia (STC 41/2012, de 29 de marzo, FJ 4). El Tribunal, desde siempre, ha interpretado este requisito de forma flexible, rechazando una interpretación excesivamente rigorista (entre otras muchas, STC 132/2006, de 27 de abril, FJ 6). Por ello, ha declarado que el requisito que establece el art. 44.1 c) LOTC no supone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se reconoce el derecho supuestamente vulnerado, ni tampoco la mención de su *nomen iuris*. Como ha señalado, la citada STC 41/2012, FJ 4, «lo decisivo es que a través de las alegaciones que se formulen en la vía judicial (STC 162/1990, de 22 de octubre, FJ 2), de los términos en que se ha planteado el debate procesal (STC 145/1993, de 26 de abril, FJ 2), o de la descripción fáctica o histórica o de los datos o circunstancias de hecho de la violación del derecho fundamental o del agravio del mismo (STC 105/1992, de 1 de julio, FJ 2) se permita a los órganos judiciales su conocimiento en orden a que, de un lado, puedan argumentar y pronunciarse sobre la cuestión, y, de otro, reparen, en su caso, la vulneración aducida. En definitiva, se ha de poner en conocimiento del órgano judicial el "hecho fundamentador de la vulneración" (STC 29/2004, de 4 de marzo, FJ 3), de modo que la pretensión deducida en amparo no tenga un contenido distinto a la que se hizo valer ante los órganos judiciales y evitar así que el recurso de amparo se convierta en un remedio alternativo e independiente de protección de los derechos fundamentales (STC 201/2000, de 24 de julio, FJ 3, por todas)».

En el presente caso se cumplen estas exigencias. La lesión del art. 25.1 CE que ahora se aduce en amparo se encuentra formulada en el recurso de casación en unos términos que, si bien no son iguales a los ahora alegados, ponen de manifiesto que lo que el recurrente, en los motivos casacionales, reprocha a la sentencia de la Audiencia Provincial es, entre otras cosas, haber considerado constitutivo del delito de prevaricación actuaciones como son la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos y la tramitación de modificaciones presupuestarias, que no pueden considerarse como una «resolución» recaída en «asunto administrativo», al entender que esa interpretación desborda las previsiones del tipo legal de este delito. Este planteamiento es suficiente para que el Tribunal Supremo pueda examinar si la Audiencia Provincial ha efectuado una aplicación de los elementos típicos del delito de

prevaricación (art. 404 CP) acorde con las exigencias del principio de legalidad penal que consagra el art. 25.1 CE.

Por todo ello, la causa de inadmisibilidad alegada por el Partido Popular ha de ser desestimada.

1.3 Orden de análisis de las quejas.

Se considera procedente, por razones sistemáticas, exponer el orden en el que se van a analizar las vulneraciones alegadas. En primer lugar, se va a examinar la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por una indebida subsunción de los hechos declarados probados en el delito de prevaricación art. 404 CP –motivos primero, segundo y tercero del recurso de amparo–. En segundo lugar, se estudiará si concurre la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por haber efectuado los órganos judiciales una subsunción irrazonable de los hechos probados en el delito de malversación (art. 432 CP). A continuación se enjuiciará la queja por la que se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haber afirmado las resoluciones impugnadas que el demandante conocía la alta probabilidad de que las ayudas pudieran ser malversadas y, por último, si la comunicación pública del fallo sin haber expuesto todavía la motivación de la sentencia es contraria de los derechos al honor (art. 18.1 CE), a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

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 44.00.22– 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 «Trasferencias corrientes a empresas privadas en materia de relaciones laborales, acciones que generan empleo» y 481.00.22 E «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 Seguridad Social y el IFA, en los que habían de concretarse las previsiones del convenio marco, debiendo contener, al menos, las siguientes especificaciones: (i) objeto y alcance del convenio particular; (ii) estimación económica de la asistencia o cuantía de las ayudas a materializar, empresas u otros entes públicos o privados, así como consignación presupuestaria a cuyo cargo habían de realizarse la transferencia de fondos al IFA; (iii) plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas; (iv) composición, en su caso, de la comisión de seguimiento de la asistencia técnica encargada. El IFA debía 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 las leyes de presupuestos fueron presentados al Parlamento de Andalucía para su examen, enmienda, aprobación y control (art. 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía), acompañados, en lo que ahora interesa, de las correspondientes memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L, de cuyo contenido la sentencia de instancia extrae las siguientes conclusiones, que reproduce la sentencia de casación (fundamento de Derecho 11, págs. 193 a 196):

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

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

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

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

- Potenciar la interlocución con los agentes sociales y económicos.
- Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades.

– Atender a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.

– Así mismo y en una cuantía importante instrumenta la materialización de ayudas a empresas con especiales dificultades de mantenimiento del empleo, prejubilaciones y viabilidad económica.

– Mantener las políticas de ayudas en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas, atendiendo a las necesidades públicas de mantenimiento del empleo y del tejido productivo andaluz, a través de los acuerdos con el Instituto de Fomento de Andalucía para la subvención y ayuda de sectores y empresas con dificultades financieras que pudieran verse afectadas por las distintas crisis.

– Cubrir las necesidades comprometidas asumidas por expedientes de regulación de empleo, ayudas a prejubilaciones, proyectos de viabilidad de pequeñas, medianas y grandes empresas e incentivar la consolidación económica en aquellas empresas con dificultades de mantenimiento del empleo.

– Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con el IFA y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.

– El centro directivo que lo ejecuta es la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

– La previsión es para atender compromisos existentes y no se prevén fondos para nuevas, en su caso, contingencias.

– Mantener las políticas de ayudas a prejubilaciones en empresas con dificultades, a través de subvenciones finalistas.

– Realización de transferencias al Instituto de Fomento de Andalucía en aplicación de concierto de ayudas a empresas en crisis para el mantenimiento del empleo y tejido productivo andaluz.

– Tramitación de transferencias a empresas mediante ayudas a prejubilaciones mediante subvención de la cuota de 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 de sectores y empresas con dificultades financieras.

– Esta dirección general instrumenta la materialización de las ayudas a través de un convenio con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y de su dotación anual específica de contribución a pólizas de prejubilaciones.

– Continuar la línea de colaboración con [el] 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 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 y Desarrollo Tecnológico, 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 y Seguridad Social 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 a 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 y Desarrollo Tecnológico 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 andaluces afectados por procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis.

En el citado decreto ley se estableció que a estas ayudas sociolaborales no les 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 3.1 L, 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 garantizaran 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 Desarrollo Tecnológico; 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 las 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 3.4; págs. 122-133).

2.3 Hechos enjuiciados en la «pieza específica».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

– Concesión de las ayudas sociolaborales.

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

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

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

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales [disposiciones relacionadas en el apartado b)], ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado 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 15 de julio de 2003 a 2 de marzo de 2004.

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

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

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

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

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

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

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

A partir de los hechos probados y valoración de la prueba contenida en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (fundamento de Derecho 39, págs. 1421-1501), el fundamento fáctico de la condena de don José Antonio Griñán Martínez (consejero de Economía y Hacienda desde 24 de abril de 2004 a 23 de abril de 2009, y presidente de la Junta de Andalucía desde 23 de abril de 2009 a 7 de septiembre de 2013) se refiere a diferentes tipos de actuaciones:

(i) Como consejero de Economía y Hacienda, y con conocimiento de los incumplimientos normativos que se habían puesto de relieve en ejercicios anteriores sobre la gestión presupuestaria de las ayudas sociolaborales y a empresas, intervino en la elaboración de los anteproyectos y proyectos de presupuestos para los ejercicios de los años 2005 a 2009 participando posteriormente en su aprobación por el Consejo de Gobierno. En dichos anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos se recogían aplicaciones presupuestarias en el programa 31L mediante las que se consignaban transferencias de financiación al IFA/IDEA para el pago de las ayudas que ordenase la Consejería de Empleo.

(ii) Como consejero de Economía y Hacienda participó, también, en la tramitación y aprobación de las modificaciones presupuestarias efectuadas desde 2004 a 2008, en las que, haciendo un uso inadecuado de las transferencias de financiación, se incrementó el

programa 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 señor Griñán Martínez en las modificaciones presupuestarias de 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; 22 de diciembre de 2008, mediante la cual se incrementó en 1 253 853,89 € y 6 011 836,20 € las aplicaciones presupuestarias 440.51.31L y 740.51.31L dando de baja otras aplicaciones del programa 32H, y se incrementó en 8 000 000 € la aplicación 740.18.31L, mediante la generación de crédito [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].

Las resoluciones judiciales impugnadas destacan la modificación efectuada el 9 de diciembre de 2004, en la que el demandante intervino directamente en su elaboración y aprobación y mediante la que se incrementó el programa 32H «Servicio Andaluz de Empleo» por importe de 2 994 876 €. Se considera probado que los fondos allegados a través de esta modificación se destinaron al pago de las ayudas sociolaborales del programa 31L.

(iii) Tuvo conocimiento de los planes de actuación e intervención financiera del IFA/IDEA y dio su aprobación a que figuraran como ingresos las cantidades recibidas vía transferencia de financiación, del programa 31L, y que se incluyeran dentro del apartado «otros gastos de explotación», para equilibrar las cuentas.

Las anteriores actuaciones del recurrente de amparo, unidas a las realizadas por otros condenados, permitieron que, en los referidos ejercicios (más ampliamente, *vid. supra* fundamento jurídico 2.1 *in fine*): (i) se percibieran rentas de pólizas por personas que nunca habían pertenecido al colectivo afectado al que se destinaban las ayudas sociolaborales o siguieran percibiéndolas quienes ya se habían incorporado al mercado laboral; (ii) se otorgaran las ayudas a empresas en crisis para fines muy diversos, entre otros el pago de nóminas, minutas por asesoramientos jurídicos y avales; y (iii) se destinasen fondos del programa 31L a fines distintos y ajenos a los recogidos para este en los correspondientes presupuestos.

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

El enjuiciamiento de la vulneración del art. 25.1 CE exige tener presente la doctrina de este tribunal sobre el derecho a la legalidad penal que consagra, expuesta recientemente, por ejemplo, en las SSTC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2; 25/2022, de 23 de febrero, FJ 7.2; 47/2022, de 24 de marzo, FJ 8.2.1; 54/2023, de 22 de mayo, FJ 3, y 8/2024, de 16 de enero, 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 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2, y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5). En numerosas resoluciones (desde la STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 6, hasta la STC 54/2023, FJ 3, y, entre ellas, muchas intermedias) hemos 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. Se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica, así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 CE, especialmente cuando este declara que los jueces y magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la ley».

Convergen en él diversos fundamentos. De un lado, la libertad, con la regla general de la licitud de lo no prohibido, y la seguridad jurídica, que exige saber a qué atenerse (SSTC 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2, o 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8). La previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos resulta una exigencia material imprescindible para mantener la seguridad y, con ello, la libertad de actuación en niveles constitucionalmente admisibles. De otro lado, la exigencia de legitimidad democrática de las normas penales es garantía de intervención del pueblo en una decisión tan trascendental para sus derechos como la definición de la conducta prohibida bajo amenaza de pena (STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3). La garantía imbricada de la libertad y de la seguridad jurídica junto con su legitimación democrática operan como criterios rectores de la tarea de definir los contenidos del art. 25.1 CE, que hemos identificado con los diversos aspectos característicos 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, FJ 6; 151/1997, FJ 3; 232/1997, FJ 2; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; 234/2007, de 5 de noviembre, FJ 3, y 14/2021, 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 amenazarlos con penas, quedando así acotadas las fuentes del Derecho en materia penal [SSTC 142/1999, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Junto a la garantía formal, el principio de legalidad incluye otra de carácter material y absoluto, que «refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción» (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6, y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

c) En particular, la previsibilidad de las consecuencias de la propia conducta puede burlarse tanto por un legislador como por un juzgador que actúen desconociendo el sentido de garantía de la ley penal, bien por la formulación vaga e imprecisa de la misma, bien con su aplicación a supuestos no comprendidos en ella (SSTC 142/1999, 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, 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, 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, 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, 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, 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, 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, FJ 4; 9/2006, de 16 de enero, FJ 4, y 262/2006, de 11 de septiembre, FJ 4).

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

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

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

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

a) Como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes, el demandante de amparo aduce que las resoluciones impugnadas han vulnerado su derecho a la legalidad penal (25.1 CE) al considerar que los acuerdos por los que se elevaba al Consejo de Gobierno el anteproyecto de ley y los acuerdos del Consejo de Gobierno por los que se aprobaban y se remitían al Parlamento aquellos; así como la elevación de las propuestas de modificaciones presupuestarias se incardinan dentro de los elementos típicos del delito de prevaricación «resolución» y «en asunto administrativo» (art. 404 CP). Asimismo, considera que ni los anteproyectos ni los proyectos de leyes tienen carácter decisorio y no están sometidos a otro control que el del Parlamento y, en su caso, al del Tribunal Constitucional. También alega que, en contra de lo que sostienen las sentencias recurridas, tales actos no pueden considerarse arbitrarios, dado, que, por una parte, el carácter arbitrario de un acto no depende de la voluntad de su autor y, de otra, no se realizaron con la finalidad de eludir controles legales, sino de realizar una actuación política que facilitara la concesión de ayudas sociolaborales en un momento de crisis económica.

Aduce, además, que no resulta previsible una condena por prevaricación por aprobar un proyecto de ley, pues los proyectos de leyes que tienen por objeto modificar una ley son siempre contrarios a las leyes vigentes. Por ello sostiene que considerarlos de tal modo conlleva una devaluación del sistema de fuentes y la quiebra del principio de división de poderes.

b) El Partido Popular solicitó, para el caso de que no se acogiera la causa de inadmisibilidad alegada respecto de esta queja, su desestimación. Considera que los órganos judiciales han efectuado una aplicación razonada y racional del tipo delictivo.

c) Las representaciones procesales de don Jesús María Rodríguez Román y doña Carmen Martínez Aguayo se adhirieron a los motivos formulados por el recurrente.

d) A juicio del Ministerio Fiscal, los argumentos en los que las resoluciones impugnadas fundamentan la naturaleza administrativa de los actos de aprobación de un proyecto de ley para su remisión al Parlamento y su carácter decisorio no se cohonestan con la jurisprudencia constitucional, lo que le lleva a sostener que la interpretación efectuada de los elementos típicos del art. 404 CP era imprevisible. Por otra parte, alega también que los razonamientos de las sentencias impugnadas por los que se pretende disociar la vertiente administrativa y política legislativa de un mismo acto adolecen de un déficit de coherencia y completitud lógico-jurídica que impiden considerarlos acordes con las exigencias que se derivan del artículo 25.1 CE. Entiende que no es posible afirmar, como hacen las sentencias recurridas, que los anteproyectos de leyes son inmunes al control jurisdiccional, pero pueden ser objeto de control por la jurisdicción penal a efectos de apreciar si quien los realiza incurre en responsabilidad penal. Por todo ello sostiene que existen motivos para asumir la queja del recurrente, en relación con estos actos, y apreciar que respecto de ellos su condena se apoya en una aplicación extensiva o analógica *in malam partem* de la norma sancionadora.

Estas consideraciones, sin embargo, a juicio del fiscal no son extrapolables a las modificaciones presupuestarias. Considera que las modificaciones o transferencias de crédito, una vez aprobada la ley anual de presupuestos, y que afectan al contenido de los créditos en los estados de gastos autorizados –pero no modifican el monto global del

presupuesto— son competencia del Consejo de Gobierno o de la Consejería de Hacienda y por tanto entiende que los razonamientos efectuados por las sentencias impugnadas para excluir las modificaciones presupuestarias del carácter propio del valor de ley se ajustan a la normativa, por lo que no pueden considerarse lesivos del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). En relación con este tipo de actos, el fiscal sostiene también que las resoluciones impugnadas han expuesto los elementos probatorios que permiten considerar acreditado que el recurrente tenía plena consciencia de que actuaba al margen del ordenamiento jurídico ocasionando un resultado materialmente injusto.

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

El Tribunal Supremo desestima los motivos del recurso de casación en los que se refiere a la indebida subsunción de los hechos probados en el delito de prevaricación y la consiguiente lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos vigésimo a vigesimosegundo y vigesimosexto, destinados a la resolución de lo que denomina «cuestiones generales». En síntesis estos fundamentos sostienen que:

(i) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo rechaza las alegaciones del recurrente en las que aduce que no puede considerarse resolución recaída en un asunto administrativo a 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». Considera 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 establece que «los procedimientos reglados que culminan en la decisión de elevar un proyecto de ley al Gobierno no son actos propiamente legislativos, sino actos de Gobierno que, por ser reglados, pueden ser el contexto objetivo para la comisión de un delito de prevaricación» (fundamento de Derecho 20.3, pág. 239).

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

(iv) La sentencia de la Sala de lo Penal, a los efectos de determinar si concurren los elementos típicos del delito de prevaricación distingue, 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 afirmar 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 CP» (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.

4.3. Características de nuestra democracia constitucional y parlamentaria.

Una vez reseñados los razonamientos de la sentencia, antes de analizar si la interpretación que efectúan las resoluciones impugnadas de la norma aplicada 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 287 /2023, de 5 de junio, FJ 2, 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 *indirizzo politico* 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 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 leyes. El ahora recurrente ha sido condenado por incurrir en un delito de prevaricación en concurso medial con el de malversación por participar, entre otras actuaciones, en la tramitación, en su condición consejero de Economía y Hacienda, de los anteproyectos de la ley de presupuestos para los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 y, como miembro del Consejo de Gobierno, en su aprobación como proyectos de leyes.

a) En la STC 93/2024, y en la jurisprudencia allí citada, el Tribunal ha establecido que los anteproyectos y proyectos de leyes 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, «el 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).

4.4 Enjuiciamiento de la queja.

Una vez expuestos los fundamentos de la condena del recurrente por el delito de prevaricación, así como los rasgos esenciales de nuestra democracia constitucional y parlamentaria –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) la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios de los años 2005 a 2009 y su posterior aprobación como proyectos como miembro del Consejo de Gobierno; y (B) la tramitación y aprobación de las modificaciones presupuestarias efectuadas desde los años 2004 a 2008 por las que se incrementó el programa 31L en materia de relaciones laborales (fundamento jurídico 2.4) y la modificación presupuestaria aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004 por la que se incrementó el programa 32H «Dirección y servicios generales del Servicio Andaluz de Empleo». En relación con esta última modificación presupuestaria, se considera probado que los fondos con los que se incrementó el referido programa 32H se destinaron al pago de las ayudas sociolaborales del programa 31L.

A) La elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los ejercicios de los años 2005 a 2009 y su participación, como miembro del Consejo de Gobierno, en su aprobación como proyectos de ley

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 leyes 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 elaboración de los anteproyectos de leyes y su aprobación como proyectos de leyes –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 elaboración de los anteproyectos de ley de presupuestos, así como su aprobación como proyectos de ley puedan ser calificadas 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) El demandante alega, además, que los hechos imputados (la participación en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos, así como su aprobación como proyectos de leyes en cuanto miembro del Consejo de Gobierno) no pueden ser calificados como arbitrarios. Considera que el proyecto de ley, al proponer las transferencias de financiación como medio de allegar fondos al IFA para el pago de las ayudas sociolaborales, no tenía como objeto contravenir una ley, sino proponer una modificación legislativa con el fin de que las ayudas sociolaborales pudieran otorgarse con mayor rapidez. Entiende que esta decisión, que tiene carácter político y no administrativo, fue la que adoptó el Parlamento de Andalucía al aprobar las leyes de presupuestos que traen causa de los anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos en los que participó en su elaboración y aprobación. El recurrente considera que la forma de razonar de las sentencias impugnadas atenta contra el principio de división de poderes y, además, supone criminalizar el contenido de la ley en la parte que se refiere al modo de concesión de ayudas sociolaborales en tiempo de crisis.

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, 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 a 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 a 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, así como su aprobación como proyectos por el referido órgano es contraria al art. 25.1 CE.

B) Las modificaciones presupuestarias.

Como ya se ha señalado en este mismo fundamento jurídico, apartado 5.1., el recurrente fue condenado como autor de un delito de prevaricación en un concurso medial con un delito de malversación por haber tramitado y elevado al Consejo de Gobierno modificaciones presupuestarias en los años 2005, 2006, 2007 y 2008 relativas al programa 31L incumpliendo, según las sentencias impugnadas, las normas de estructura presupuestaria y clasificación del gasto establecidas en la Orden de la Consejería de Hacienda de 22 de mayo de 1998. 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 por importe 2 994 876 € 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 de leyes, procede analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han realizado una interpretación imprevisible del delito de prevaricación (art. 404 CP) –y 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. 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. 266 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. 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 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 el 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, en las resoluciones judiciales se afirma que el recurrente participó en la elaboración de las siguientes modificaciones presupuestarias que se destinaron al pago de ayudas sociolaborales:

(i) Las resoluciones judiciales impugnadas consideran acreditada la participación del señor Griñán Martínez en las siguientes modificaciones presupuestarias: la de 7 de diciembre de 2005, por la que se incrementó en 799 895,97 € la aplicación presupuestaria 440.51 del programa 31L, dando de baja las aplicaciones 480.01, 480.03 y 480.13 del referido programa 31L; la de 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; la de 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; la de 22 de diciembre de 2008, mediante la cual se incrementó en 1 253 853,89 € y 6 011 836,20 € las aplicaciones presupuestarias 440.51.31L y 740.51.31L dando de baja otras aplicaciones del programa 32H, y se incrementó en 8 000 000 € la aplicación 740.18.31L, mediante la generación de crédito (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 y Desarrollo Tecnológico).

(ii) 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 (i), esto es, las aprobadas por el Consejo de Gobierno 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 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 realizada en el programa 32H aprobada por el Consejo de Gobierno el 9 de diciembre de 2004. Los fines de este programa 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.

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

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

El recurrente de amparo, en los motivos segundo y tercero de su demanda, articula varias alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) relacionadas con el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP. Considera, en particular, que las resoluciones impugnadas realizan una subsunción en dicho tipo penal que resulta imprevisible por las siguientes razones:

(i) El actor estima, en primer lugar, que su participación, en calidad de consejero de Economía y Hacienda, en la elaboración de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía no le daba la capacidad de disposición requerida en el tipo del art. 432 CP, que exige que la autoridad o funcionario público tenga los caudales a su cargo.

A juicio del actor, entender que en la fase de presupuestación hay capacidad de disposición de las cantidades presupuestadas constituye una interpretación imprevisible del tipo penal, pues tan solo quien gestiona los fondos públicos –en este caso concreto, la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico– puede disponer de ellos. El consejero de Economía y Hacienda carece de funciones de revisión o supervisión de los gastos efectuados por otras consejerías; nada se le puede reprochar, por tanto, en relación con la disposición de los caudales.

(ii) Las mismas razones llevan al demandante a negar la previsibilidad de la posición de garantía que las resoluciones impugnadas le atribuyen. La aprobación de un proyecto de ley de presupuestos es, en su opinión, una conducta puramente neutra. El Consejo de Gobierno pretendía, con ella, disminuir los controles para agilizar la concesión de las ayudas, pero esa actuación fue dolosamente utilizada por terceros con fines ilícitos. En resumen, la supresión de controles operada para agilizar los trámites «fue aprovechada por terceros para sus propias finalidades delictivas».

(iii) La misma imprevisibilidad afectaría a la atribución del resultado típico, pues el enjuiciamiento de la concesión de ayudas individuales quedó excluido del objeto de la pieza específica. Sin ese resultado típico no hay posibilidad de subsumir los hechos descritos en el delito del art. 432 CP.

(iv) Finalmente, el actor considera vulnerado el art. 25.1 CE en la medida en que los hechos probados describen una situación subjetiva más propia de la culpa con representación que del dolo eventual.

El Partido Popular se opone a la estimación de la queja y considera que la subsunción de los hechos en el delito de malversación del art. 432 CP respeta el tenor literal del enunciado normativo contenido en dicho precepto y resulta previsible si se analiza desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Alega, en concreto, que los actos realizados en la fase de presupuestación no pueden calificarse como «neutros», pues las resoluciones impugnadas estiman que fueron realizados con la finalidad de eliminar los controles y los procedimientos propios de las subvenciones. Niega que fuera necesario el enjuiciamiento de las ayudas concretas para entender cometida la malversación, pues basta con la total omisión de los controles y

procedimientos legalmente requeridos para que los actos de disposición sobre los caudales puedan considerarse ilícitos. Afirma que las resoluciones impugnadas consideran probado que el demandante tenía conocimiento de la alta probabilidad de las desviaciones de fondos públicos, lo que concuerda plenamente con la subsunción de los hechos en una situación subjetiva de dolo eventual.

El Ministerio Fiscal estima, por su parte, que no puede apreciarse la vulneración del derecho a la legalidad penal, por los siguientes motivos: (i) la condena por malversación no se sustenta, frente a lo que alega el demandante, en la aprobación de las partidas presupuestarias, sino en haber consentido «la sustracción de los caudales públicos», esto es, en no haberla impedido pese a conocerla y tener el deber de evitarla; (ii) la posición de garante del recurrente no derivaría del hecho de haber aprobado las partidas presupuestarias en los sucesivos proyectos de leyes sino de la capacidad jurídica que tenía para impedir las conductas de disposición ilícita de los fondos públicos por parte de otros condenados; y (iii) el resultado típico de la malversación está claramente identificado en los hechos probados, que señalan las cantidades que fueron ilícitamente destinadas al pago de las ayudas sociolaborales en cada ejercicio presupuestario y declara, año tras año, que esas cantidades se pusieron a disposición del director general de Trabajo y Seguridad Social para que pudiera disponer de ellas sin sujeción a fiscalización alguna y sin necesidad de tramitar expediente de ninguna clase; se cuantifica, de hecho, un daño total para el patrimonio público de 680 millones de euros.

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

A continuación, se va a efectuar un breve resumen de los argumentos de las sentencias de la Audiencia Provincial y del Tribunal Supremo que sirven para fundamentar la condena por malversación del demandante de amparo:

A) Objeto de la condena por malversación.

Tal y como se especifica en el fundamento de Derecho 49 de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (págs. 1810-1812), el recurrente de amparo ha sido condenado, en lo que al delito de malversación se refiere, por su intervención personal, en calidad de consejero de Economía y Hacienda, en la elaboración y aprobación de los proyectos de leyes de presupuestos de los años 2005 a 2009, en los que se consignaron los créditos iniciales del programa 31L (con los importes que se especifican en el fundamento jurídico 2.4) y de diversas modificaciones presupuestarias que incrementaron esos créditos iniciales en relación con concretas aplicaciones destinadas a transferencias de financiación a la agencia IDEA para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis (para las fechas e importes de estas modificaciones *vid. supra* FJ 2.4).

Según señala la sentencia, el cargo de consejero de Economía y Hacienda otorgaba al recurrente competencias para la elaboración y posterior aprobación, en el Consejo de Gobierno, de los proyectos de leyes de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias correspondientes (fundamento de Derecho 39, págs. 1442-1443).

No obstante, la modificación presupuestaria de 1 de diciembre de 2009, por importe de 300 000 €, fue aprobada, según consta expresamente en los hechos probados (hecho 19, pág. 89), por el viceconsejero de Economía y Hacienda –por delegación de la consejera– cuando el recurrente ya ocupaba el cargo de presidente de la Junta de Andalucía.

B) Fundamentación de la condena por malversación en la sentencia de instancia.

La subsunción en el delito de malversación de los hechos atribuidos al recurrente de amparo se fundamenta, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, en los siguientes elementos:

a) La Audiencia Provincial estima que el sistema de presupuestación que se venía utilizando desde el año 2002 para el pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, instrumentado a través de transferencias de financiación primero al IFA y luego a IDEA, generaba graves irregularidades –en las propias palabras de la resolución, «auténticas ilegalidades» (fundamento de Derecho 39, págs. 1471 y 1483)– en la gestión de los correspondientes fondos públicos, muy destacadamente la omisión del procedimiento administrativo previsto para la concesión de subvenciones y la ausencia de fiscalización previa del gasto (fundamento 39, págs. 1446, 1454, 1472 y 1474).

Sostiene, en particular, que la finalidad perseguida con el aludido sistema de presupuestación era, justamente, «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» (fundamento de Derecho 39, págs. 1146-1447).

b) La Audiencia Provincial considera que el recurrente de amparo tenía conocimiento de la existencia de ese sistema y de sus consecuencias ilícitas. En concreto, afirma que conocía: (i) que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis tenían la naturaleza de subvenciones y debían, por tal razón, ser sometidas a fiscalización previa de la Intervención delegada de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (fundamento de Derecho 39, pág. 1444); (ii) que esa fiscalización previa se veía imposibilitada por la previsión presupuestaria de tales ayudas como «transferencias de financiación» (fundamento 39, págs. 1445, 1446 y 1472); (iii) que ese sistema de presupuestación era «ilegal» por ser contrario «a la clasificación económica del gasto» (fundamento 39, pág. 1447); (iv) que las cantidades ilegalmente presupuestadas eran efectivamente destinadas al pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis (fundamento 39, págs. 1449, 1450, 1465 y 1472); (v) que era la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico la que concedía las ayudas y la agencia IFA/IDEA la que, indebidamente, realizaba después los pagos (fundamento 39, págs. 1445, 1446, 1460 y 1461), y (vi) que ese proceder generaba un déficit presupuestario en el IFA/IDEA derivado de la adquisición por parte de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de compromisos de pago por encima de la cobertura presupuestaria (fundamento 39, págs. 1453, 1454, 1477, 1478, 1488, 1489 y 1494).

Concluye la Audiencia Provincial que el recurrente de amparo era consciente, en definitiva, de la «palmaria ilegalidad» (fundamento de Derecho 39, pág. 1469) del sistema de presupuestación utilizado y de que este propiciaba que la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico concediera las ayudas «al margen del presupuesto, imposibilitando así su fiscalización previa, lo que favoreció un descontrol absoluto» (fundamento 39, pág. 1446).

c) La Audiencia Provincial entiende que el recurrente, pese a conocer estas irregularidades, mantuvo, mientras ejerció el cargo de consejero de Economía y Hacienda, el sistema de presupuestación preexistente, sin adoptar medidas eficaces para evitar que se siguieran materializando, en la consiguiente gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L, las «ilegalidades» asociadas a dicho sistema (fundamento de Derecho 39, págs. 1447 y 1475). Concluye que, con ese proceder, el demandante de amparo «asumió la eventualidad de que los fondos vinculados al programa 31L fueran objeto de disposición con fines ajenos al fin público al que estaban destinados» (fundamentos 39, pág. 1467, y 49, pág. 1811).

C) Fundamentación de la condena por malversación en la sentencia de casación.

La sentencia casacional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo incluye una extensa fundamentación explicativa de la interpretación del alcance del tipo penal del art. 432 CP y de su aplicación al supuesto de hecho del recurrente. En lo que a la resolución de esta concreta queja interesa, cabe destacar los siguientes argumentos:

a) El Tribunal Supremo estima que la «sustracción» requerida por el tipo penal aplicado (el art. 432.1 CP en su redacción anterior a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) puede producirse cuando «el caudal público se aparta definitivamente del patrimonio público desviándolo de las necesidades del servicio». Esto ocurriría, en todo caso, cuando los actos de disposición de los caudales públicos se realizan de forma «arbitraria» y «libérrima», como si se tratase de bienes pertenecientes a la autoridad que dispone de ellos, con completo apartamiento de los cauces, procedimientos y controles legalmente aplicables. Según razona el Tribunal Supremo, la autoridad o funcionario dispone, en ese tipo de supuestos, del dinero público «como si fuera propio». La finalidad pública, concluye la sentencia, «viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales», por lo que un incumplimiento «absoluto» de esas exigencias implica, en sí mismo, la sustracción a una finalidad legítima y, con ello, un acto dispositivo que conlleva una apropiación.

Esta interpretación del concepto de «sustracción» no ha sido cuestionada por el recurrente de amparo. En todo caso, ya en la STC 94/2024, FJ 5.2., se ha señalado que dicha interpretación resulta compatible, abstractamente considerada, con el derecho fundamental a la legalidad penal contemplado en el art. 25.1 CE.

b) El Tribunal Supremo concreta cómo se ha producido, en el presente caso, esa «sustracción» de caudales públicos. Considera que, más allá de la utilización de las transferencias de financiación «como artificio contable para eludir la normativa de subvenciones», conducta en sí misma determinante del delito de prevaricación, se dispuso después «de los fondos públicos presupuestados al margen de todo control y de forma libérrima y arbitraria» (fundamento de Derecho 33, pág. 320). El manejo de los caudales se realizó «como si fueran propios, en favor de empresas y personas libremente determinadas y según las preferencias e intereses políticos de las autoridades que concedían las subvenciones», en particular «[s]in bases de convocatoria, sin publicidad, en ocasiones sin precisar el objeto de la ayuda, y sin el cumplimiento de todo el amplio sistema de controles y garantías establecido en la ley» (fundamento 33, pág. 321).

Se articuló, en definitiva, según señala el Tribunal Supremo, «un sistema para dotar de fondos a la Dirección General de Trabajo de la Junta de Andalucía para que esta dispusiera de ellos libremente», sin que pueda «afirmarse siquiera que las ayudas concedidas cumplieran un fin público porque se concedieron, no ya al margen de todo control, sino al margen de cualquier criterio mínimamente objetivo y reglado y de forma absolutamente arbitraria». Concluye la Sala de lo Penal que «las irregularidades advertidas en el proceso de concesión son tan graves y contumaces que excluyen la satisfacción de intereses públicos» (fundamento de Derecho 33, págs. 324-326).

c) Al igual que la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo estima que fue la aprobación «en contra de lo establecido en las leyes» de las partidas presupuestarias –y el incremento de su crédito inicial a través de las correspondientes modificaciones presupuestarias– lo que posibilitó un «descontrol absoluto en la concesión de las ayudas sociolaborales». Fue, por tanto, «el indebido criterio de presupuestación» el que «hizo posible la concesión de las ayudas y eso permite también afirmar la vinculación causal entre el criterio de presupuestación y la falta de control y demás ilegalidades producidas en el proceso de concesión de las ayudas» (fundamento de Derecho 37.2, pág. 348).

Las «ilegalidades» directamente vinculadas al «indebido criterio de presupuestación» utilizado son sintetizadas por el Tribunal Supremo del siguiente modo: «La Consejería de Empleo no tramitó ante la Intervención de la Junta de Andalucía los expedientes de concesión de las ayudas porque presupuestariamente no disponía de los fondos para su

concesión ya que los había transferido al IFA/IDEA. Por su parte, IFA/IDEA no tenía que tramitar expediente alguno porque no concedía las ayudas (solo las pagaba) y esos pagos no estaban sometidos a fiscalización previa porque el ente estaba sujeto a control financiero, cuyo objeto no era la fiscalización de las ayudas, sino la fiscalización de la transferencia recibida, a cuyo fin, además, se contabilizaban los pagos de las ayudas como gastos de explotación, criterio de contabilización incorrecto dado que esos pagos no eran debidos al ejercicio de la actividad propia del ente público» (aspecto este último en el que el Tribunal Supremo incurre en contradicción con lo que señala la Audiencia Provincial en el fundamento jurídico 18 de la sentencia de instancia, donde se consigna que los pagos fueron correctamente contabilizados como meras operaciones de tesorería y que lo incorrecto fue su presupuestación como gastos de explotación).

De ello deduce el Alto Tribunal que hubo «vinculación causal entre las decisiones adoptadas al aprobar los proyectos de leyes de presupuestos y las modificaciones presupuestarias y el modo posterior de gestión de esos fondos» (fundamento de Derecho 37.2, pág. 349).

d) El Tribunal Supremo se ocupa expresamente de especificar cuáles son las conductas malversadoras concretamente atribuidas a quienes, como es el caso del recurrente de amparo, intervinieron en la fase de presupuestación. Considera que esas conductas comprenden tanto una contribución activa para la comisión de «la acción típica» de «sustraer» –pues sin la aprobación de los presupuestos y las modificaciones presupuestarias no habría sido posible la gestión libérrima de las ayudas– como también la «omisión de medidas eficaces para evitar el dispendio, una vez que fue conocido», lo que puede subsumirse en la modalidad comisiva consistente en consentir que un tercero sustraiga (fundamento de Derecho 35.2, pág. 341).

La sentencia dedica un especial desarrollo argumental a la subsunción en la modalidad omisiva de malversación de los hechos cometidos por quienes participaron en la aprobación de los «instrumentos de presupuestación». Afirma que «una autoridad o funcionario» no solo puede incurrir en esta modalidad omisiva permitiendo la acción sustractora de terceros ajenos a la función pública, sino también consintiendo, con la «dejación de la obligación de defensa del patrimonio», la actuación ilícita de otros funcionarios públicos que están situados en una escala jerárquica inferior o que intervienen en un eslabón distinto del proceso global de gestión de los caudales. En palabras de la sentencia casacional, «una autoridad o funcionario puede consentir la sustracción por otro funcionario y ello es posible precisamente porque las competencias sobre la gestión de los fondos públicos pueden ser concurrentes» (fundamento de Derecho 36.2, pág. 345).

Por tal razón, las autoridades que intervenían en la fase de presupuestación pudieron «consentir» o permitir que las autoridades o funcionarios que después intervinieron en la fase de gestión de los fondos presupuestados realizaran los actos de disposición con los que se materializó la efectiva «sustracción» de los caudales.

e) En cuanto a la «posición de garantía» que sustenta la condena por esa modalidad omisiva de malversación, la sentencia casacional sostiene que las personas condenadas por su intervención en la fase de elaboración de los presupuestos y de las modificaciones presupuestarias tenían «competencias funcionales para evitar la sustracción», pero «no hicieron nada» y «[n]o solo eso, autorizaron año a año, con incumplimiento patente de la legalidad, las partidas presupuestarias que hicieron posible la concesión y pago de las ayudas» (fundamento de Derecho 36.2, pág. 346).

Según el Tribunal Supremo, el recurrente de amparo tenía, al igual que el resto de «las autoridades condenadas por intervenir en el proceso de presupuestación», «funcionalmente asignada la competencia para decidir sobre el destino de los fondos públicos, aprobando o no las correspondientes partidas presupuestarias, sin cuya existencia la concesión y pago de las ayudas no habría sido posible, y todos aquellos que conocieron las ilegalidades en su concesión y pago, contribuyeron causalmente al desarrollo de la acción en la medida en que no lo impidieron» (fundamento de Derecho 37.2, pág. 348).

f) En relación específica con el demandante de amparo, el Tribunal Supremo, con remisión a la fundamentación general que ya ha sido expuesta, considera que facilitó la realización de la «acción nuclear del delito de malversación, consistente en la disposición definitiva de caudales públicos con destino a fines distintos de los previstos en la ley, entendiéndose por tal la concesión libérrima de subvenciones, incumpliendo de modo general y absoluto los requisitos y procedimientos de control establecidos en la ley» (fundamento de Derecho 61.2, pág. 494). Añade que, pese al «conocimiento que tenía de las irregularidades que se producían en la gestión y disposición de los fondos» y a pesar de «las potestades que tenía en el ejercicio de sus cargos permitió que se siguiera produciendo esa irregular situación año tras año» (fundamento 61.2, pág. 494).

Según afirma la Sala de lo Penal, el demandante «entre otros, intervino en la dotación de fondos a través de un sistema de presupuestación ilegal con conocimiento de las consecuencias que ello podía tener en la gestión, también que conoció las ilicitudes perpetradas con esos fondos» y «como consecuencia de las competencias que le correspondían, al ejercer las más altas funciones dentro del Gobierno de la Junta de Andalucía, tuvo capacidad de impedir ese modo de gestión» (fundamento de Derecho 61.3, pág. 495).

Concluye el Tribunal Supremo que «[c]omo consecuencia de todo ello, no ofrece duda la vinculación del señor Griñán, no solo con la presupuestación sino con la gestión de los fondos, actuación esta que no puede ser calificada como ajena, desconocida o desconectada con el ejercicio de sus funciones públicas» (fundamento de Derecho 61.3, pág. 496).

5.3 Enjuiciamiento de la queja.

La fundamentación empleada en las resoluciones impugnadas pone de manifiesto que la condena del recurrente por el delito de malversación se sustenta en su intervención personal, como consejero de Economía y Hacienda, en la elaboración de los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía correspondientes a los ejercicios de 2005 a 2009, así como en la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a dichos ejercicios, siempre en relación con las aplicaciones presupuestarias del programa 31L destinadas, en concepto de transferencias de financiación, al pago por parte de la agencia IDEA de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis.

Esa intervención del recurrente, realizada a sabiendas de las graves irregularidades que, a juicio de las resoluciones impugnadas, conllevaba el sistema de presupuestación empleado, habría supuesto, según explica la sentencia casacional: (i) una contribución «activa» a la materialización de la «sustracción» sancionada en el art. 432.1 CP, pues sin el «indebido criterio de presupuestación» no se habrían omitido los trámites y requisitos propios del régimen de las subvenciones y no se habría materializado el «descontrol absoluto» en la concesión de las ayudas; (ii) una contribución «omisiva» a esa misma «sustracción», sancionada expresamente en el mismo precepto del Código penal, pues el recurrente no utilizó su posición institucional en el proceso de elaboración y aprobación de los presupuestos para evitar que ese proceder ilícito se repitiese en los ejercicios siguientes, por lo que «consintió» que las autoridades o funcionarios que gestionaban las ayudas las «sustrajeran» nuevamente de sus fines públicos legítimos, en cada ejercicio sucesivo, a través de una gestión global «libérrima» y «arbitraria».

Pues bien, siendo este el fundamento de las sentencias impugnadas, es claro que las conclusiones alcanzadas en el fundamento jurídico 4 en relación con el delito de prevaricación tienen influjo directo sobre la evaluación de la posible vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por delito de malversación, pues enlazan plenamente con la vulneración del art. 25.1 CE planteada por el demandante de amparo, según la cual este se habría limitado a realizar actos jurídicamente neutros, desprovistos, por sí mismos, de cualquier carga de ilicitud y que tendrían la finalidad exclusiva de agilizar la concesión de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis.

Hemos de distinguir, por tal razón: (A) la subsunción en el tipo penal de malversación de aquellos hechos probados que se refieren a las irregularidades en la gestión global de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis; y (B) la subsunción en el delito de malversación de las concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L.

A) Hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación derivada de un «indebido» sistema de presupuestación.

a) Modalidad activa del delito de malversación.

Según razonan las resoluciones impugnadas, el recurrente, al participar por razón de su cargo en la elaboración y aprobación de los proyectos de leyes presupuestos y de las modificaciones presupuestarias de los años 2005 a 2009, habría realizado una contribución necesaria para que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis pudieran gestionarse sin sujeción al régimen jurídico de las subvenciones. Como reiteran, en diversos pasajes, las sentencias de instancia y casación, el «indebido criterio de presupuestación» habría dado lugar a la consiguiente «sustracción» de los caudales públicos, consistente en la omisión radical y absoluta del régimen jurídico previsto para las subvenciones, un régimen al que las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis sí se habrían sometido, en cambio, si hubieran sido correctamente presupuestadas.

Esta subsunción en la modalidad activa del delito de malversación resulta imprevisible y, por ello, contraria al art. 25.1 CE por dos razones fundamentales:

(i) En primer lugar, el sistema de presupuestación contemplado en un anteproyecto o proyecto de ley de presupuestos solo puede ser considerado «indebido» o «ilícito» –y en tal concepto generador de un sistema de gestión igualmente indebido o ilegal– si es sometido a control o escrutinio jurídico, lo que no puede hacer ningún órgano judicial, tampoco los órganos de la jurisdicción penal.

Como se señaló en la STC 93/2024, FJ 4.4.1 a), la doctrina de este tribunal establece «con toda claridad que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial» y que «[e]xcluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o analógica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) tal y como ya se ha expuesto».

Las resoluciones impugnadas, al considerar que los proyectos de leyes de presupuestos en cuya elaboración y aprobación participó el actor establecían un sistema de presupuestación «indebido» o «ilegal», causalmente determinante de la posterior malversación, han realizado un control jurídico del contenido de los actos de iniciativa legislativa del Gobierno que les estaba constitucionalmente vedado. El ejercicio de ese control jurídico indebido produce, por sí solo, una subsunción completamente imprevisible en el tipo penal de la malversación, pues nadie puede esperar razonablemente que será penalmente condenado por la «ilegalidad» de un acto cuyo contenido no es susceptible de ser fiscalizado por la jurisdicción penal.

(ii) El juicio de «ilegalidad» que las sentencias impugnadas efectúan del sistema de presupuestación contemplado en los anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos desconoce, igualmente, que dichas iniciativas legislativas carecen de cualquier eficacia jurídica *ad extra* mientras no sean aprobadas por el Parlamento, momento en el que adquieren rango de ley y a partir del cual han de considerarse válidas, sin que puedan constituir la fuente de actos de disposición «ilícita» de caudales públicos a efectos de condenar por delito de malversación.

Como ya se señaló en la STC 93/2024, FJ 4.4.1 b), considerar que «la intervención del Parlamento en la aprobación del presupuesto es meramente formal, hasta el punto de concluir que no puede entenderse aprobado el sistema de presupuestación

expresamente previsto en la ley al considerar que este sistema había sido establecido ilegalmente por el Gobierno en el proyecto de ley» implica «privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» y «desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente», lo que es contrario a los «principios que rigen nuestro sistema constitucional, en particular los que otorgan la centralidad al Parlamento en la conformación del Estado».

La aprobación de anteproyectos y proyectos de leyes no puede considerarse, por tanto, un acto con eficacia jurídica *ad extra* desvinculada de su posterior aprobación parlamentaria; no es susceptible, por ello, de subsunción mínimamente previsible en la modalidad activa del delito de malversación consistente en «sustraer», como pretendida fuente de «ilicitud» de un determinado sistema de gestión.

b) Modalidad omisiva del delito de malversación.

En lo que se refiere a la modalidad omisiva consistente en «consentir que un tercero sustraiga», la cobertura legal que las leyes de presupuestos de los años 2005 a 2009 daban a la utilización de las transferencias de financiación a la agencia IDEA para el pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis determina que la subsunción en el tipo de malversación resulte, igualmente, imprevisible desde la óptica del art. 25.1 CE, por las razones siguientes:

(i) En el delito de malversación no hay omisión sancionable si no existe, previamente, un resultado ilícito, esto es, si no hay un acto de «sustracción». En la propia construcción del Tribunal Supremo, la omisión castigada en el tipo del art. 432 CP se concibe como una omisión «impropia», también llamada «comisión por omisión». Dicha modalidad omisiva no consiste en la mera inactividad de la autoridad o funcionario, esto es, en un simple incumplimiento de un deber de actuar. Lo que se atribuye a la autoridad o funcionario público en la modalidad omisiva del delito de malversación es, empleando los términos del art. 11 CP, la «no evitación» de un determinado resultado.

El resultado que, según la sentencia casacional, tanto el recurrente de amparo como las demás autoridades que participaron en la fase de presupuestación de las transferencias de financiación debían evitar era, según expone con toda claridad la referida resolución, la «sustracción» por terceros de los caudales públicos, entendida como la omisión global y absoluta, en la gestión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, de los requisitos y controles propios del régimen de las subvenciones. Las autoridades que intervenían en la fase de presupuestación de esas ayudas debían impedir, en definitiva, que se materializase ese régimen descontrolado de gestión.

Sin embargo, como ya hemos señalado en la STC 94/2024, FJ 5.3, la consideración como «sustracción» del sistema global que fue empleado en la gestión de los fondos públicos destinados al pago de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis resulta contraria al art. 25.1 CE, pues es completamente imprevisible calificar como disposición «ilícita» la actuación conforme a los procedimientos y controles expresamente establecidos en las sucesivas leyes de presupuestos, como normas que tienen el mismo rango que cualquier otra ley.

Las transferencias de financiación comprendidas en el programa 31L fueron aprobadas en las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y concretamente, en lo que al recurrente de amparo se refiere, en las leyes de presupuestos de los años 2005 a 2009. Esa aprobación parlamentaria implica que las previsiones sobre la concesión y gestión de ayudas sociolaborales se incorporaron al ordenamiento jurídico como leyes. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes en relación con el régimen de concesión y control financiero de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis (en concepto de «transferencias de financiación») no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales; la consiguiente consideración de la mera ejecución de tales determinaciones como una «sustracción» de fondos públicos

constitutiva de delito de malversación resultaba, por tal razón, completamente imprevisible y contraria a las exigencias del art. 25.1 CE.

Según señalamos en la citada STC 94/2024, FJ 5.3, nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por delito de malversación, esto es, por la disposición «ilícita» de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida.

Es obvio que sin resultado típico susceptible de válida subsunción en la norma penal desaparece también toda posibilidad de subsumir en el mismo precepto la conducta omisiva impropia que castiga a la autoridad que no ha evitado la materialización de ese resultado. En otras palabras, si la omisión de formalidades y procedimientos por parte de las autoridades y funcionarios que intervenían en la gestión de los fondos estaba amparada en la ley, la supresión de esos controles no puede considerarse una «sustracción»; en consecuencia, las autoridades implicadas en la fase de presupuestación no pudieron «consentir» sustracción alguna consistente en la supresión de tales trámites y controles.

(ii) Por las mismas razones ha de considerarse imprevisible la subsunción en la norma penal del deber de actuar supuestamente infringido por el recurrente. Según las resoluciones impugnadas, el demandante de amparo nada hizo para evitar las irregularidades que se consumaban en la gestión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis como consecuencia del «indebido» sistema de presupuestación. Sin embargo, si esas irregularidades eran, como es la tesis de las sentencias impugnadas, la consecuencia necesaria del sistema de presupuestación del programa 31L y este había sido aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos, el demandante no tenía la obligación de oponerse a esas supuestas «ilegalidades», pues no puede establecerse, como omisión sancionada en el delito de malversación, una exigencia de actuación *contra legem*, esto es, una obligación de actuar para impedir la realización de actos que tienen expresa cobertura en las leyes de presupuestos en vigor. Tal cosa equivaldría a considerar que la conducta exigible al recurrente de amparo era impedir la aplicación, por parte de las autoridades y funcionarios competentes, de las previsiones expresamente contempladas en una norma con rango de ley.

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

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

«ilegalidades» en la posterior concesión de las ayudas– estaban en vigor y amparaban el modo de gestión globalmente seguido para conceder las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis a través de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA.

Ha de estimarse, por ello, vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en lo que se refiere a la forma global de gestión que el recurrente habría propiciado al participar en la elaboración y aprobación de los proyectos de leyes de presupuestos de los años 2005 a 2009 y en la elaboración y aprobación de las correspondientes modificaciones presupuestarias.

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

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

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

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

(ii) En lo que respecta a las ayudas que no guardaban relación con la tramitación y aprobación de expedientes de regulación de empleo, considera la sentencia de la Audiencia Provincial que «[u]na parte importante» de estas otras subvenciones carecían «de objeto concreto y claramente definido» (fundamento de Derecho 45, pág. 1714) y señala que se destinaron a «fines muy diversos» como pago de nóminas, deudas, gastos de primer establecimiento de la empresa, minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, cursos de alta dirección, indemnizaciones derivadas de despidos improcedentes o préstamos para pago de nóminas. Añade que estas ayudas se concedieron sin comprobar las circunstancias del beneficiario, «especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta» (fundamento 45, pág. 1715).

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

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

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

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

En relación con todos estos casos de disposición de fondos sin amparo en el sistema de presupuestación del programa 31L, sea por ausencia o por desviación de fines públicos, han de examinarse los demás argumentos en los que el recurrente sustenta la alegada vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CP) en relación con la condena por delito de malversación. A tal efecto, han de hacerse las siguientes consideraciones:

(i) Ha de reseñarse, en primer lugar, que la condena del demandante solo puede entenderse producida, en los supuestos aludidos, en aplicación de la modalidad omisiva del delito de malversación, esto es, por haber consentido que los fondos del programa 31L se concedieran en ausencia o con desviación de fines públicos. Conviene, por ello, tratar, primero, la compatibilidad con el derecho a la legalidad penal de la posición de garantía en la que las resoluciones impugnadas fundan esa responsabilidad por omisión y examinar, después, la interpretación que dichas resoluciones efectúan del resto de elementos típicos que son discutidos por el actor, en concreto la existencia de un deber de custodia de los fondos públicos, la concurrencia de una situación subjetiva de dolo eventual y la materialización del resultado típico.

(ii) En cuanto a la posición de garantía, asiste la razón al Ministerio Fiscal cuando señala que no resulta, en modo alguno, imprevisible ni metodológica o axiológicamente reprochable el entendimiento de que, una vez que el recurrente de amparo tuvo conocimiento de que se estaban utilizando fondos procedentes del programa 31L en ausencia o con desviación de los fines legalmente previstos, este se hallaba, como consejero de Economía y Hacienda, en una posición funcional y competencial idónea para tomar medidas tendentes a evitar que se repitieran esas conductas. No es irrazonable inferir, como hacen las sentencias impugnadas, que quien ejerce un alto

cargo de responsabilidad política en materia económico-financiera no puede permanecer indiferente ante el uso ilícito de fondos públicos, por más que este uso se esté produciendo en un departamento que no es, estrictamente, el suyo.

(iii) En cuanto a la «custodia» de los caudales, el Tribunal Supremo funda la subsunción de la conducta del recurrente, en este concreto punto, en una consolidada doctrina jurisprudencial (citada por la sentencia casacional en el fundamento jurídico 32.3, págs. 315-316], según la cual la expresión «tener a su cargo» contemplada en el art. 432.1 CP abarca toda capacidad jurídica o material de disposición e inversión que permita a la autoridad o funcionario concernido participar de manera relevante en la determinación del destino final de los caudales.

Esa interpretación no desborda el sentido literal de la norma, ya que la referencia típica a la expresión tener «a cargo de» implica, según el sentido común de esta locución contemplado en el diccionario de la Real Academia Española, que los caudales están confiados o al cuidado de una persona. En el art. 432.1 CP esa confianza o cuidado del funcionario viene determinada, además, «por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas». Pues bien, es razonable entender que al recurrente de amparo, con ocasión de la elaboración y aprobación de los proyectos de leyes de presupuestos en los que se determinaban los créditos atribuidos al programa 31L, le correspondía un deber de cuidado de los fondos consignados para dicho programa, lo que exigía que actuara para evitar que siguieran empleándose en ausencia o con desviación de fines públicos. No es imprevisible, en definitiva, considerar que, desde la óptica propia de la modalidad omisiva de malversación, se ejercían funciones relativas al cuidado de los caudales.

Tal inteligencia del precepto no es contraria a las pautas metodológicas generalmente aceptadas, pues obedece a una interpretación teleológica o finalista que conecta el delito de malversación con «la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos» y con la garantía de «los deberes de fidelidad y transparencia» de los funcionarios. Tampoco es axiológicamente reprochable, pues engarza la interpretación del tipo con el deber de los funcionarios que componen las administraciones públicas de servir con objetividad a los intereses generales (art. 103 CE), lo que es incompatible con la asunción, por parte de un alto cargo político en materia financiera, de una posición de indiferencia o ajenidad al uso ilícito del patrimonio público.

(iv) Finalmente, las alegaciones que el recurrente realiza acerca de la imprevisibilidad del juicio de subsunción en relación con el elemento subjetivo y el resultado requeridos en el art. 432.1 CP deben desestimarse por la inconsistencia de sus propias premisas. No debe olvidarse que, al examinar una condena penal desde la óptica del art. 25.1 CE, a este tribunal corresponde exclusivamente revisar la regularidad constitucional del juicio jurídico de subsunción sin alterar los presupuestos fácticos establecidos en las resoluciones impugnadas –que pueden discutirse, en su caso, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia–. Pues bien, frente a lo alegado en la demanda, es claro que hay bases fácticas suficientes en las resoluciones impugnadas para sustentar la subsunción en el elemento subjetivo y en el resultado típico propios de la malversación de caudales públicos.

La Audiencia Provincial estima que se realizaron por parte de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico actos de disposición en ausencia o con desviación de fines públicos, lo que supone la existencia, según ya se he explicado, de un resultado malversador que no queda abarcado por la supresión de los controles y los trámites propios de la normativa de subvenciones. También considera probado que los condenados ajenos a la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, incluido el actor, conocían las diversas irregularidades que se producían en la gestión de los fondos –según se afirma en el hecho probado vigésimo tercero, pág. 96–, pese a lo cual consintieron «que, año tras año, –conforme a las facultades y potestades que su cargo le permitía, en los períodos ya reseñados– se siguiera reproduciendo el mecanismo ya descrito» (hecho probado vigésimo tercero, pág. 97). Ese sustrato fáctico se relaciona, de forma razonable, con una situación subjetiva de dolo eventual, entendida como

«indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación» (fundamento de Derecho 45, pág. 1732).

Constatados estos extremos, y dado que no existe un mayor contenido alegatorio, procede desestimar la queja formulada en relación con las disposiciones de fondos del programa 31L realizadas por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en ausencia o con desviación de fines públicos, atribuidas al recurrente de amparo en comisión por omisión, pues, desde la perspectiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), la subsunción en los elementos típicos del delito de malversación que han sido cuestionados por el actor no puede considerarse imprevisible.

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

6.1 Posiciones de las partes.

En los motivos segundo, tercero y cuarto de la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al considerar el demandante que no existe acervo probatorio suficiente para declarar la concurrencia de dolo eventual respecto a la final disposición de fondos y al haberse realizado una valoración irracional, arbitraria e ilógica de la prueba practicada a fin de concluir la condena del recurrente.

Señala en este sentido que la sentencia condenatoria partiría de la concepción de la existencia de una relación objetiva entre el demandante y los fondos malversados – administrados estos últimos por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico– aspecto que no ha quedado, en modo alguno, acreditado por la prueba practicada. Esto habría llevado al Tribunal Supremo a dar un «salto al vacío» entendiendo que la vinculación se halla en «la facultad de aprobar las partidas presupuestarias», lo que supone una argumentación *ex novo* que excedería del marco fáctico y jurídico contenido en la sentencia de instancia. Considera, además, que, en este caso, la responsabilidad del demandante solo sería posible si concurriera un doble dolo que implicara no solo el conocimiento de la ilegalidad de las partidas presupuestarias, sino, también, la circunstancia de que aquellas partidas iban a ser utilizadas por terceros para desviar ayudas con fines ajenos al legalmente establecido, aspecto que no concurriría toda vez que «la debilidad del sistema debida a razones de agilidad fue aprovechada por terceros para sus propias finalidades».

Combate también el recurrente la afirmación realizada en el *factum* de la sentencia de instancia de que tuviera conocimiento de la alta probabilidad de que las ayudas iban a ser malversadas. Al respecto, manifiesta que dicha inferencia sería manifiestamente inconsistente dado: (i) su carácter excesivamente abierto; (ii) porque de la aprobación de un instrumento peligroso en la generación de ayudas no puede inferirse el conocimiento de la elevada probabilidad de la malversación; (iii) porque la argumentación efectuada por las sentencias impugnadas parten de la idea de que el conocimiento de la probable comisión del delito se derivaba del conocimiento de la existencia del instrumento peligroso en sí, lo que equivaldría a eliminar de facto los delitos de peligro y sustituirlos por los delitos de resultado; (iv) porque la inferencia parte de una infidelidad radical de los funcionarios de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico al adecuado ejercicio de sus funciones; y (v) porque la inferencia efectuada es contradictoria con la absolución del interventor y con el hecho de «condenar por desoír controles y por suprimirlos».

Para el demandante, otra vía de vulneración del derecho a la presunción de inocencia se derivaría de la propia ausencia de motivación en el relato de hechos probados. La alternativa de interpretación que la propia sentencia aplica al interventor que absuelve provoca que el juicio de inferencia de culpabilidad utilizado para condenar

a los demás encausados sea ilógico o irracional pues, al final, los fondos llegaron al destino legalmente previsto.

La representación procesal del Partido Popular rebate este motivo argumentando que la prueba se valoró de forma racional y motivada tal como aparece recogida en la sentencia. Sostiene que el juicio de autoría también aparece explicitado adecuadamente, siendo que, además, el «clamoroso silencio» aducido en la demanda de amparo aparece debidamente resuelto en el auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones. Mantiene que la valoración de la prueba –tanto en lo referente a la conducta desarrollada por el demandante, como a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto– aparece adecuadamente tratada en las resoluciones recurridas existiendo una clara vinculación entre el sistema de presupuestación y la malversación toda vez que los actos presupuestarios no pueden calificarse como neutros, sino que fueron realizados con la finalidad de otorgar medios para disponer libérrimamente de los fondos públicos.

Incide por otro lado en que las resoluciones impugnadas describen con precisión la acción nuclear del delito de malversación, consistente en la disposición definitiva de caudales públicos con fines distintos a los previstos en la ley, siendo que el recurrente, por razón de los cargos que desempeñó, tenía conocimiento de aquellas irregularidades pese a lo cual permitió que se produjeran año tras año.

Por su parte, el Ministerio Fiscal solicita que se desestime el recurso de amparo en cuanto a este motivo. En relación con el juicio de autoría, considera que el señor Griñán Martínez habría sido condenado dada su condición de consejero de Economía y Hacienda y dada cuenta de que tenía la obligación de evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público. Para el Ministerio Fiscal, el señor Griñán Martínez, era conocedor de las irregularidades que se estaban generando en la concesión de ayudas sociolaborales, a pesar de lo cual dotó o favoreció la creación de un sistema de presupuestación ilegal que permitía el otorgamiento de subvenciones de manera ilegal. Con ello creó un riesgo para la indemnidad del patrimonio de la administración pública, lo que propició que los funcionarios de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico desviaran los fondos del fin público al que se encontraban asignados omitiendo el recurrente cualquier género de intervención por parte de la Consejería de Economía y Hacienda.

Considera el fiscal además que, del análisis de las resoluciones objeto de impugnación, se deducen una serie de indicios sólidos que acreditan el conocimiento del señor Griñán Martínez del peligro concreto que su proceder ocasionaba para el patrimonio público y, por ende, de la concurrencia de dolo eventual. Tras analizar dichos indicios –expuestos detalladamente en el antecedente sexto de la presente resolución– el fiscal termina concluyendo que «es razonable inferir, a partir de dichas pruebas, que conocía las irregularidades que se derivaban del sistema de presupuestación de las ayudas sociolaborales y a empresas y que dicho conocimiento aparece avalado por una serie de pruebas de las que cabe deducir que conocía los déficits que estaban al margen de la normativa sobre subvenciones y el uso del sistema de transferencias de financiación, su falta de fiscalización, conocimiento que se deduce de manera razonable de la documentación que se ha señalado y que se ve corroborado por determinados testimonios testificales que evidencian que se prescindió de cualquier procedimiento para la concesión de las ayudas sociolaborales y a empresas y por la propia declaración del señor Griñán que revela el conocimiento de la normativa sobre subvenciones y la necesidad de la fiscalización de las mismas por la Intervención General, sin que esta conclusión se vea menoscabada por los déficits que presenta la inferencia de que la viceconsejera informara al señor Griñán de determinados documentos, aunque no aparezca en el relato y fundamentación de las sentencias, en ningún momento, una prueba sobre que fue informado, que se le entregaron los informes de los que era destinatario por la viceconsejera».

6.2 Pronunciamiento de los órganos judiciales.

Como se ha expuesto *supra*, la sentencia de la Audiencia Provincial declara probado que el actor, como consejero de Economía y Hacienda, participó en la elaboración y

aprobación de los anteproyectos y proyectos de presupuestos para los ejercicios de los años 2005 a 2009 y de las modificaciones presupuestarias realizadas durante ese mismo periodo.

Asimismo, tuvo conocimiento de los programas de actuación, inversión y financiación del IFA/IDEA y dio su aprobación a que figuraran como ingresos las cantidades recibidas vía transferencia de financiación, del programa 31L, y que se incluyeran dentro del apartado «otros gastos de explotación» para equilibrar las cuentas.

La sentencia del Tribunal Supremo declara que este relato fáctico basta para justificar la aplicación del delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP (fundamento de Derecho 61) y que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque es fruto de una valoración debidamente motivada de las pruebas practicadas (fundamentos 62 y 63). Así, el Tribunal Supremo reseña expresamente que el tribunal de instancia «ha contado con un conjunto de pruebas que permiten afirmar desde criterios de racionalidad y con la suficiente seguridad que el señor Griñán sabía que las transferencias de financiación eran un instrumento presupuestario ilegal, que sirvió para eludir los necesarios controles en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales y también que en esta gestión se incumplió de forma absoluta el procedimiento establecido en la ley, posibilitando la gestión libérrima de los fondos públicos al margen de todo control».

En este sentido, las sentencias recurridas inciden en que el señor Griñán Martínez desempeñó su cargo como consejero de Economía y Hacienda y, posteriormente, como presidente de la Junta de Andalucía. En el desarrollo de sus funciones como consejero de Economía y Hacienda le correspondía, en palabras de propio Tribunal Supremo, «un papel central en la elaboración y aprobación de las normas presupuestarias» (fundamento de Derecho 63.4, pág. 556) y se le presumía un conocimiento superior a otros encausados no solo respecto al procedimiento y normas, que rigen la elaboración de los instrumentos presupuestarios, sino, también, de las irregularidades que estaban siendo cometidas en el sistema de concesión de ayudas sociolaborales.

Ello es así porque, como se señala reiteradamente en las resoluciones impugnadas, el art. 9 b) de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de 19 de julio, asignaba a dicho consejero la competencia para «[e]laborar y someter el acuerdo del Consejo de Gobierno el anteproyecto de ley del presupuesto» y «[V]elar por la ejecución del presupuesto y por los derechos económicos de la hacienda de la comunidad». El ejercicio de esta función suponía inferir que el señor Griñán Martínez tenía conocimiento de la normativa aplicable a la elaboración de los instrumentos presupuestarios (particularmente, de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de 19 de julio, anteriormente citada, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, las leyes de acompañamiento y del Decreto de la Junta de Andalucía 254/2001, de 20 de noviembre) en la cual se establecía que las transferencias de financiación no podían aplicarse a una finalidad distinta de las de cobertura de pérdidas de una entidad pública.

Por otra parte, la asunción del presunto uso ilegal de tal instrumento –tanto en los anteproyectos de leyes como en las modificaciones presupuestarias– venía acompañado de un extenso conocimiento de las irregularidades que se estaban cometiendo en la concesión de ayudas sociolaborales, lo que, a la larga, permite al Tribunal Supremo vincular la fase de presupuestación a la fase de gestión y, por ende, mantener la condena por el delito de malversación (art. 432 CP).

Así, el Tribunal Supremo desgrana extensamente una serie de indicios de los que deduce dicho conocimiento como son, a título meramente ejemplificativo:

(i) El conocimiento del informe adicional al de cumplimiento del año 2003, así como los sucesivos informes y memorias (ampliamente descritos en las sentencias de instancia y casación) que advertían no solo del continuo uso indebido de las transferencias de financiación, sino que también hacían alusión a otras deficiencias de especial relieve como la omisión absoluta del procedimiento de concesión de subvenciones o la inadecuada utilización de la agencia IFA/IDEA como caja pagadora. Respecto a ellos, el Tribunal Supremo afirma que «el señor Griñán era su destinatario

directo y tenía un contenido que no podía pasar desapercibido ni a él ni a sus subordinados ya que, [...] daba cuenta de las graves irregularidades que se estaban produciendo en la gestión y pago de las ayudas y, además, advertía de forma terminante de la ilegalidad del criterio de presupuestación utilizado y de las consecuencias de dicha ilegalidad en orden a la eliminación del control previo de la Intervención de la Junta de Andalucía» (fundamento de Derecho 63.3, pág. 542).

Ello lleva al órgano de casación a concluir que, aunque fuera cierto que el señor Griñán Martínez no tuviera conocimiento concreto y exacto de buena parte de las numerosas ilegalidades que se estaban produciendo en el sistema de gestión, dicho conocimiento no era necesario pues «[b]astaba el contenido de los informes aludidos, que ya daban cuenta no solo de una situación manifiestamente ilegal, mantenida en el tiempo, sino de un absoluto descontrol y despilfarro en el manejo de los fondos públicos» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 63.3, pág. 549).

(ii) El consejero de Economía y Hacienda constituía además el vértice de una pirámide jerárquica que quedaba formada por diferentes autoridades y funcionarios encargados del control de la legalidad presupuestaria y que tenían conocimiento de todas las disfunciones generadas como consecuencia del uso del instrumento de transferencias de financiación. En este sentido, recuerdan las sentencias impugnadas que en su consejería se elaboraba el proyecto de presupuestos y se recopilaba toda la información que era remitida por las demás consejerías, lo que permitía inferir que el señor Griñán Martínez tenía acceso a mucha más documentación e información de la que llegaba de ordinario al Parlamento.

(iii) A ello había que añadir el papel relevante que en el diseño y ejecución del nuevo sistema de concesión de ayudas sociolaborales gozaba su viceconsejera –señora Martínez Aguayo– quien no solo formaba parte de la Comisión General de Viceconsejeros sino, también, del consejo rector del IFA/IDEA donde se constató la existencia de desfases debido a la asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria, defectos en la contabilidad, así como la firma de convenios particulares al amparo del convenio marco del año 2001. Para las resoluciones judiciales, «la conclusión de que la viceconsejera debió informar de tales extremos es lógica y racional, lo que refuerza la conclusión de que él [señor Griñán Martínez] tuvo conocimiento de la existencia de los déficits presupuestarios en los términos referidos» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 63.2, pág. 529).

(iv) Para el Tribunal Supremo, el hecho de que no existiera informe desfavorable alguno del interventor general de la Junta de Andalucía acerca del uso de transferencias de financiación tampoco afectaba al conocimiento de la presunta ilegalidad del sistema utilizado, pues «ello solo sería posible para el caso de que el recurrente no tuviese atribuida normativamente competencias específicas al respecto [...]. Superada tal apariencia y ahondando en el caso concreto, puede concluirse que el señor Griñán fue consciente de la ilegalidad del uso de transferencias de financiación, por razón del cargo que ostentaba y por la normativa reguladora de aquel uso» (fundamento de Derecho 63.3, pág. 536).

(v) El pago de las ayudas era, además, uno de los ejes relevantes de la acción política del Gobierno de la Junta de Andalucía de tal manera que «[r]esulta también difícil de admitir que no estuviera al tanto del modo de gestión y presupuestación de estas ayudas como también que desconociera que su pago generaba anualmente un déficit considerable en el IFA/IDEA, que necesariamente había de ser analizado por los órganos encargados de la elaboración presupuestaria» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 63.4, pág. 557).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.4 Enjuiciamiento de la queja.

En el análisis de este motivo es preciso partir de una premisa básica: que la declarada vulneración del principio de legalidad penal ex art. 25.1 CE, por integrarse en los títulos de prevaricación y malversación de los arts. 404 y 432 CP en la gestión y pago

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

Consecuentemente, el control externo que este tribunal debe realizar, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, de la existencia de un engarce lógico y reconocible entre el resultado de la prueba y el relato fáctico que le sirve de sustrato, demanda, en un caso como el presente, orientar el foco de control en la concurrencia en la sentencia de instancia de elementos fácticos y argumentales de una precisión suficiente para justificar la atribución personal al demandante de amparo, don José Antonio Griñán Martínez, de todos o de algunos de los desvíos de fondos a fines ajenos a los previstos en el programa 31L en el tiempo en el que ejerció los cargos de consejero de Economía y Hacienda y presidente de la Junta de Andalucía, esto es, desde el 24 de abril de 2004.

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

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

La motivación efectuada en la sentencia de instancia para concretar la participación en los hechos del señor Griñán Martínez (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 39, págs. 1421 a 1501) va dirigida claramente a constatar que intervino en el mantenimiento y/o ejecución del sistema dirigido al abono de subvenciones a través del uso de transferencias de financiación, pero en ningún caso a probar que hizo un uso desviado de fondos del programa 31L, por aplicarlos en ausencia o con desviación de los fines previstos en dicho programa. Así aparece recogido en el

citado fundamento jurídico donde se expone con gran profusión que el demandante, como consejero de Economía y Hacienda, intervino en la elaboración y aprobación de los presupuestos y modificaciones presupuestarias de los años 2005 a 2009, en los que se efectuó un uso inadecuado de las transferencias de financiación dentro de programa 31L.

En este punto, la sentencia de instancia especifica que estas conductas fueron realizadas por el señor Griñán Martínez con conocimiento pleno no solo de la infracción que se estaba produciendo de la normativa vigente en materia de subvenciones, sino, también, de las graves irregularidades procedimentales que estaban acaeciendo en la final concesión de estas ayudas. Así, las resoluciones impugnadas describen extensamente una serie de indicios de los que se deduce dicho conocimiento como son la existencia de grupos de trabajo –encabezados por la viceconsejera de Economía y Hacienda– donde se pusieron de relieve el déficit generado y el origen del mismo (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 39, págs. 1453 y 1465); el hecho del que el demandante era destinatario de los informes de control financiero permanente de las empresas públicas y, en particular, del IFA/ IDEA donde se recogían las deficiencias detectadas (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 39, págs. 1456-1464); la circunstancia de que fuera aprobado, por el Consejo de Gobierno, a iniciativa de la Consejería de Economía y Hacienda, el programa anual de control financiero permanente de las empresas que incluía, como anexo, una memoria de control financiero permanente sobre los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de la Junta de Andalucía (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 39, pág. 1464); la circunstancia de que la viceconsejera de Economía y Hacienda formara parte del consejo rector del IFA/IDEA y, en consecuencia, tuviera conocimiento de las cuentas anuales de la citada agencia (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento 39, pág. 1466); o el hecho de que el pago de las ayudas fuera uno de los ejes relevantes de la acción política del gobierno de la Junta de Andalucía (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento 63.4, pág. 556).

Con base en este material fáctico, el Tribunal Supremo acaba concluyendo:

«[L]a sentencia expone y justifica de forma bastante y racional todas aquellas pruebas directas e indirectas, en virtud de las cuales asumió la virtualidad de que los fondos vinculados al programa 31L, que se nutrían con las transferencias de financiación, serían destinados al pago de las ayudas comprometidas por la Consejería de Empleo.

El uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro. Pero el conocimiento efectivo de la forma absolutamente ilegal que se estaba utilizando para la concesión y pago de las ayudas es un elemento de prueba suficiente para declarar que el señor Griñán asumió la eventualidad de que los fondos transferidos podrían destinarse a fines distintos del interés público, en el sentido expuesto en esta resolución».

Sin embargo, la profundidad del análisis de la prueba que las resoluciones impugnadas efectúan respecto al conocimiento y participación del señor Griñán Martínez en la ejecución de un indebido sistema de presupuestación para la concesión de ayudas sociolaborales no aparece detallado con la misma exhaustividad a la hora de motivar la posible participación de aquel en la asignación de fondos del programa 31L en ausencia o con desviación de los fines recogidos en los propios programas presupuestarios.

En este sentido, la resolución de instancia no desarrolla un mínimo juicio de autoría que permita determinar si el señor Griñán Martínez tuvo el dominio funcional del hecho y si realizó u omitió, dentro del marco de dicho dominio, actos que favorecieron directamente la asignación material de estos fondos. Tampoco describe la sentencia alguna modalidad de acuerdo o adhesión del encausado a un plan preconcebido dirigido al desvío de estas cantidades siendo que, como ya hemos señalado, toda la motivación

efectuada respecto al demandante va dirigida a acreditar su participación en el uso del instrumento presupuestario de las transferencias de financiación para la concesión de ayudas sociolaborales.

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

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

(i) Los informes de control financiero permanente de la agencia IFA/IDEA, elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y entre ellos, de manera determinante, el informe adicional (anexo III) al informe de cumplimiento del año 2003 («informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y Seguridad Social»), argumentando que «[d]e esta disposición de fondos públicos participaron de forma activa desde el ejercicio 2000 hasta el 2009, los acusados pertenecientes a la Consejería de Empleo» y también los «otros acusados, por realizar las conductas descritas en los hechos probados, conociendo las aludidas deficiencias a través de los informes de control financiero de la Intervención General de la Junta de Andalucía» [sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 45.4 D), pág. 1722].

(ii) El déficit generado en la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y en la agencia IFA/IDEA como consecuencia de la aplicación de este sistema de gestión de ayudas, lleva a apreciar en los condenados por malversación «una indiferencia hacia la alta probabilidad de que lo que ya era un despilfarro pasase a ser una malversación» en virtud de «la existencia del déficit o desfases presupuestarios, originados precisamente porque se contraían obligaciones al margen de la cobertura presupuestaria, lo que era posible porque se concedían subvenciones al margen del procedimiento legalmente establecido y sin control alguno, al haberse soslayado la fiscalización» [sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 45. 4 M), pág. 1732].

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

Hemos de considerar, en definitiva, para situar en sus justos términos la fuerza probatoria de los mismos, que los informes de la Intervención de la Junta de Andalucía que se hicieron llegar a varios de los condenados, entre ellos al señor Griñán Martínez, rebaten la validez del concepto de transferencias de financiación al IFA/IDEA como

instrumento presupuestario para gestionar subvenciones excepcionales al margen de su procedimiento propio, pero no advierten de que se hubieran producido actos de disposición ajenos a dicha cobertura.

En particular, el informe adicional al informe de cumplimiento del ejercicio 2003, al que las resoluciones judiciales otorgan una importancia decisiva en la formación de su convicción, recoge el análisis específico que el interventor general de la Junta de Andalucía, don Manuel Gómez Martínez, acusado y absuelto en la causa, encargó a la interventora señora Lobo, que se hiciera sobre una muestra de veinte convenios particulares, seleccionados de entre los 144 convenios que se suscribieron entre los años 2001 a 2004 –por lo tanto, con cargo a fondos de los programas 22E y 31L–. Los convenios fueron remitidos por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, y el informe de la Intervención concluye que todos ellos presentaban las mismas deficiencias, sirviendo de muestra el convenio suscrito con la empresa Hytasal, en el que se detectan, entre otras, las siguientes deficiencias: «[I]mputación presupuestaria inadecuada, no se debe de utilizar el artículo 44 –transferencias al IFA– sino los artículos 47 o 48, según el beneficiario». [...] No consta solicitud presentada por los interesados. [...] No se aporta declaración responsable del beneficiario de otras subvenciones o ayudas concedidas para la misma finalidad (artículos 111 y 105 LGHPA, y artículo 15.1 del Reglamento de subvenciones). [...] No se acredita la personalidad de las entidades solicitantes, ni de sus representantes. [...] No se aporta informe o memoria acreditativa de la finalidad pública, o razones de interés social o económico, así como de la inexistencia de normas reguladoras a las que pudiera acogerse. No consta autorización de la concesión de la subvención por el Consejo de Gobierno por razón de la cuantía». En el texto del «Protocolo de colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, de la Junta de Andalucía e Hytasal», que operaba como instrumento jurídico de concesión de la ayuda, la Intervención detecta también irregularidades, como: «No consigna plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo». No consigna la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual [...]. No se indica la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono. [...] No se determina el plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda, [...] Respecto a las inversiones que ha de realizar Hytasal, no se indica cuáles sean, ni el plazo de ejecución ni de justificación de realización de estas. [...] No se aporta resolución o convenio de concesión de una subvención a la Asociación 14 de noviembre por importe de 500 000 €. [...] Se ha omitido la fiscalización previa. [...] El importe correspondiente a las prejubilaciones asciende a 10 285 137,38 €, en lugar de 10 500 000,00 €».

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

La sentencia de instancia valora, asimismo, la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que elaboraron el informe que se incorporó a la causa. La sentencia dice que «[p]reguntados a este respecto, en las sesiones del juicio, los peritos de la IGAE, únicos que han visto todos y cada uno de los 270 expedientes de ayudas derivados del programa 22E y 31L, confirmaron que todas y cada uno de las deficiencias transcritas en el informe de Hytasal, son plenamente extensibles no solo a la muestra de veinte, sino a todos y cada uno de los 270 expedientes que ellos han analizado, con la matización de las diferencias básicas entre ayudas sociolaborales, con suscripción de pólizas de renta colectiva y ayudas a empresas en crisis». Añade que «[l]os dieciocho puntos ya reseñados, expuestos por la interventora señora Lobo, facilitan de manera evidente el poder afirmar

que no se siguió procedimiento administrativo alguno, faltando los requisitos más elementales en la tramitación de cualquier subvención, destacando la interventora la imputación presupuestaria inadecuada, pues no se debe utilizar el artículo 440 transferencias al IFA, sino el 47 o el 48, según el beneficiario. En relación con la opacidad del sistema, confirma el informe de la interventora que la subvención no se ha incluido en la base de datos, ni consta que convenio particular alguno haya sido previamente informado por el letrado del Gabinete Jurídico, adscrito en la Consejería de Empleo, como era preceptivo» (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 4, págs. 264 y 265).

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

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

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

La resolución judicial de instancia (sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de Derecho 23, pág. 696) atribuye directamente dicho desvío de fondos a los responsables de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico señalando que «[s]in el mecanismo ya descrito, hubiera sido imposible que la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, a través de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, hubiera dispuesto de fondos para conceder y pagar a través del IFA/ IDEA, los conceptos ya reseñados, sin la tramitación del expediente debido, que permitiese acreditar, no ya solo el fin público o social del destino de las cantidades, sino que, suponiendo este, se hubieran aplicado los fondos al mismo». Esta fundamentación se repite a lo largo de la sentencia de instancia, como en los fundamentos de Derecho 9 o 35 (pág. 1261) donde se afirma que «[a] pesar de no estar previsto en la ficha presupuestaria del programa 31L, lo cierto es que los responsables de la Consejería de Empleo, utilizaron estos fondos para fines completamente ajenos». Y así, a simple modo de ejemplo, se encuentra que con fondos del programa 31L se pagaron campañas de comunicación

sobre fomento de empleo y divulgación del servicio andaluz de empleo; se pagaron gastos derivados de la cesión al servicio 112 de dependencias correspondientes al edificio del pabellón de Italia en Sevilla; se financió el programa de formación del voluntariado de los Juegos del Mediterráneo en Almería; se financiaron campañas de divulgación en materia de prevención de riesgos laborales». Asimismo, en el fundamento 45, es donde se concluye que se hicieron pagos completamente ajenos al interés público, «[c]omo son el pago de nóminas, deudas (sin especificar), minutas por asesoramiento jurídico en materia laboral, mejoras salariales derivadas de convenios colectivos, préstamos para pago de nóminas de los que no consta su devolución», a empresas que no habían acreditado su falta de capacidad económica, sospechosas de haberse constituido exclusivamente para el cobro de las subvenciones, o incluyendo beneficiarios que no pertenecían a las mismas. Sin embargo, como ya se ha indicado, ninguna argumentación se realiza a lo largo de estos fundamentos jurídicos dirigida a explicitar la participación del demandante de amparo en la ejecución de este tipo de actos, los elementos probatorios de los que se deduciría dicha participación, así como la posible concurrencia del elemento subjetivo del injusto.

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

La estimación de esta queja, bastante para declarar la nulidad de la condena por delito de malversación, hace innecesario pronunciarse sobre las quejas vinculadas a la introducción, por el Tribunal Supremo, de valoraciones o elementos fácticos que no aparecían en la sentencia de instancia, con el fin de justificar la concurrencia en el demandante de amparo de una intencionalidad o dolo directo de malversar, que la sentencia de instancia no apreció. Constituye una queja distinta la relativa a las vulneraciones atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación, lo que se abordará a continuación.

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

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

El último motivo de la demanda denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en su dimensión «del derecho al honor» (art. 18 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por razón de la publicación anticipada del fallo.

a) El demandante considera que el Tribunal Supremo, al publicar el fallo anticipadamente (el fallo se comunicó cincuenta y un días antes de que se notificara la sentencia en su integridad), vulneró su derecho a la presunción de inocencia extraprocesal (art. 24.2 CE), pues se efectuó una declaración firme de culpabilidad carente de toda motivación. Afirma que en una sociedad democrática no puede calificarse públicamente a un ciudadano como penalmente responsable sin dar razón suficiente (STEDH de 28 de junio de 2011, asunto *Lizaso Azconobieta c. España*). Alega también que esta decisión de notificar la sentencia parcialmente no tiene amparo legal, por lo que vulnera la legalidad procesal y, en definitiva, el derecho a un proceso con

todas las garantías (art. 24.2 CE). Junto a ello sostiene que le ha causado indefensión por la comunicación masiva del pronunciamiento condenatorio frente al que no podía reaccionar. A su juicio, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de indefensión que garantiza el art. 24.1 CE que quien ha sido condenado tarde casi dos meses en obtener la resolución motivada en la que ese fallo condenatorio se sustenta.

Por otra parte, el recurrente considera que la anticipación del fallo no puede justificarse por la «relevancia del caso». El demandante sostiene que la utilización de esta expresión por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo supone, además, priorizar la «relevancia social» del caso a los derechos fundamentales del condenado y subvertir la prelación establecida en el art. 10 CE que sitúa a la dignidad como fundamento del orden político y la paz social.

b) El Partido Popular aduce que la anticipación del contenido del fallo no conlleva la vulneración de los derechos fundamentales alegados. Entiende que en este supuesto no se produce una declaración pública en la que las autoridades se refieren a un sospechoso como acusado o culpable, sino, al contrario, estamos ante un caso en el que lo que se ha hecho es difundir una información que constituye un anticipo prudente y discreto del contenido del fallo. Esta parte procesal alega que, aunque la publicación de la sentencia deba cumplir la exigencia de la integridad, ello no obsta a que se puedan anticipar algunos extremos cuando se pretendan otras finalidades de interés social.

c) El Ministerio Fiscal alega que en el presente caso la difusión anticipada del fallo no ha vulnerado los derechos fundamentales que el recurrente considera lesionados porque, por una parte, se da la circunstancia de que el demandante había sido condenado en primera instancia y esa condena era pública y notoria y, por otra, la relevancia y el interés del asunto justificaba que el Tribunal Supremo, tras ponderar los intereses en conflicto y con el fin de evitar posibles filtraciones, hiciera público el sentido del fallo.

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

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

7.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia extraprocésal.

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

La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la vertiente del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento que opera dentro y fuera del proceso penal cristaliza en la doctrina consignada en la STC 77/2023, de 20 de junio, FJ 6, tal y

como se expone en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.2.1, donde se destacan tres elementos de dicha doctrina:

(i) Frente a la tradicional reconducción al derecho al honor (art. 18 CE), la jurisprudencia constitucional afirma la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que «tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad vertidas por la autoridad pública en aquellos casos en que no concurren los requisitos formales y materiales exigibles en un Estado de Derecho para realizar tal aseveración».

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

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

En la citada STC 94/2024, FJ 7.2, se puso de relieve que la conformación de esta dimensión del derecho a la presunción de inocencia se ha visto particularmente influida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto [art. 6.2 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)], de la que reseñó varios aspectos por su relevancia para el caso que ahora resulta pertinente recordar, siquiera sea resumidamente:

a) El Tribunal Europeo considera que, «[e]ntendido como una garantía procesal en el contexto de un proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia establece algunas exigencias y límites en cuanto a [...] las declaraciones prematuras del tribunal o de otras autoridades públicas sobre la culpabilidad del acusado» (por todas, STEDH, Gran Sala, de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*, § 93). La prohibición del art. 6.2 CEDH se extiende tanto a manifestaciones prematuras por parte del tribunal penal de que la persona inmersa en un proceso penal es culpable, esto es, sin que se haya demostrado que lo es con arreglo a la ley, como a las declaraciones realizadas por otros funcionarios o autoridades sobre investigaciones penales pendientes que inciten al público a creer que el sospechoso es culpable y prejuzguen la evaluación de los hechos por parte de la autoridad judicial competente (por todas, STEDH de 10 de febrero de 1995, asunto *Allenet de Ribemont c. Francia*, § 36-37).

b) En ambos casos, el Tribunal subraya que lo que importa es el significado real de las declaraciones en cuestión, no su literalidad. No es precisa una declaración formal de culpabilidad, sino que basta con que de lo manifestado se desprenda que se considera culpable a la persona (STEDH de 28 de noviembre de 2002, asunto *Lavents c. Letonia*, § 126).

c) La declaración de culpabilidad ulterior no obsta al mantenimiento del derecho a la presunción de inocencia hasta el momento en que se prueba legalmente la culpabilidad, pues el art. 6.2 CEDH rige el proceso penal en su conjunto, con independencia del resultado de la acusación (STEDH de 19 de septiembre de 2006, asunto *Matijasevic c. Serbia*, § 49). La posterior condena de un acusado «no puede borrar el derecho inicial a la presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida» (STEDH de 21 de julio de 2015, asunto *Neagoie c. Rumanía*, § 49).

d) La prohibición de las declaraciones que materialmente, más allá de su tenor literal, sugieran la culpabilidad de quien no ha sido condenado en firme no es incompatible con la posibilidad de que las autoridades informen públicamente sobre los

procesos penales en curso, que avala el art. 10 CEDH (*Neagoie c. Rumanía*, § 45). Lo que el art. 6.2 CEDH impone es que la información se dé con toda la discreción y prudencia necesarias para respetar la presunción de inocencia (*Alenet de Ribemont c. Francia*, § 38), sin acompañar la información con valoraciones, especulaciones o manifestaciones que sugieran la culpabilidad de quien no ha sido aún condenado (*Neagoie c. Rumanía*, § 46 y 48).

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

7.2.2 Enjuiciamiento de la queja.

A) Puntualizaciones.

El examen de la queja formulada por el recurrente conforme a los parámetros reseñados requiere efectuar tres puntualizaciones atinentes a la concreta actuación cuestionada y al momento procesal en el que se dice producida la lesión como también ocurría con la queja análoga resuelta en la citada STC 94/2024, FJ 7.2.2 A), a cuyos razonamientos al respecto nos remitimos: (i) no se cuestiona la difusión pública del fallo, sino que se efectuara antes de la notificación íntegra de la sentencia, lo que se valora como una indebida declaración prematura de culpabilidad, de modo que la vulneración denunciada se circunscribe al derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento; (ii) la prohibición de efectuar manifestaciones que denoten una consideración como culpable de quien aún no ha sido condenado en firme vincula al juez penal competente aun cuando se trate del tribunal penal de casación y en fases anteriores se haya dictado ya una condena; y (iii) el devenir del proceso penal implica ir adoptando decisiones fundadas tanto en la existencia de indicios de comisión de un delito como en la certeza más allá de toda duda razonable de la culpabilidad del sujeto, pronunciamientos que son compatibles con el derecho a la presunción de inocencia, pero en los que debe evitarse reflejar la opinión de que la persona es culpable cuando se asientan en la sospecha de culpabilidad y tienen, incluso si se trata de una condena no firme que afirma la culpabilidad, un componente eventual que solo la firmeza de la resolución confirma, poniendo fin a la exigencia de no tratar a la persona investigada, acusada o condenada como culpable.

B) Contenido del comunicado de prensa.

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

«COMUNICADO DE PRENSA

CASO ERE

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

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

Estimando totalmente tres recursos de casación y parcialmente uno de ellos y desestimando los restantes recursos, ha acordado por mayoría de sus miembros anular la sentencia de primera instancia, dictando nueva sentencia con los siguientes pronunciamientos:

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

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

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

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

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

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

C) Desestimación de la queja.

La lectura de la nota reseñada desde la óptica de las exigencias del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento conduce a rechazar la existencia de la vulneración denunciada, ya que no existe una manifestación sobre la culpabilidad del demandante que suponga tratarle como autor de los delitos de prevaricación y malversación sin respaldo en una condena conforme a la ley.

Esa conclusión se asienta, en esencia, en las mismas razones expuestas en la STC 94/2024, FJ 7.2.2 C), a cuyo desarrollo hay que remitirse sin perjuicio de reiterar frente al planteamiento del demandante que la declaración cuestionada constituye una información ofrecida por el órgano competente para resolver el recurso de quien de forma notoria fue condenado en primera instancia en una causa mediática, como se reconoce en la demanda, que da a conocer el resultado desfavorable al respecto una vez se ha deliberado y resuelto, que tiene, a su vez, el efecto de confirmar la condena, ya que con el pronunciamiento se agotan los recursos disponibles para el condenado. En tales circunstancias no puede afirmarse que se trata como culpable a quien no ha sido condenado en firme, pues justamente lo que se anuncia decidido de forma definitiva por el único órgano judicial que así puede hacerlo es la desestimación del recurso de casación que implica la firmeza de la sentencia condenatoria.

La ausencia de una previsión legal expresa que contemple la actuación cuestionada no determina la existencia de una lesión de la regla de tratamiento que impone el art. 24.2 CE. La finalidad de la llamada dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia es proteger frente a atribuciones de culpabilidad no fundadas en

una condena dictada en un proceso público con todas las garantías, no garantizar la práctica procesal de notificación de la sentencia íntegra que indica la normativa (art. 260.2 LOPJ) sin anticipar el fallo ni emitir un comunicado al respecto, por más que sea la habitual. Debe, en consecuencia, desestimarse la queja.

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

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

7.3.1 Doctrina sobre el derecho a no padecer indefensión.

En relación con la queja de que se ha producido una irregularidad procesal causante de indefensión, debe tenerse presente que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, entre sus múltiples vertientes, el derecho a no sufrir indefensión, que en nuestra jurisprudencia se entiende como un derecho a la defensa contradictoria, se vincula con las garantías del proceso debido reconocidas en el art. 24.2 CE y requiere indefensión material. Así se ha puesto de relieve, entre muchas, en las SSTC 266/2015, de 14 de diciembre, FJ 4; 91/2021, de 22 de abril, FJ 4.4; 121/2021, de 2 de junio, FJ 5.4; o 47/2022, FJ 6.3 A), o 131/2023, de 23 de octubre, FJ 2, todas ellas atinentes a procesos penales. La STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.3.1, destacó como extremos relevantes de esta doctrina: (i) que el art. 24 CE garantiza el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos, que, entre otras exigencias, precisa «la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa» (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5); y (ii) que la relevancia constitucional de la indefensión prohibida por el art. 24 CE exige indefensión material, de modo que «[n]o basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías "en relación con algún interés" de quien lo invoca» (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2).

7.3.2 Enjuiciamiento de la queja.

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

En primer lugar, porque no existe una infracción de la normativa procesal en sentido estricto, ni de los preceptos invocados por el recurrente –arts. 160 y 789 LECrim y arts. 248, 266 y 270 LOPJ–, que en ningún caso contemplan una prohibición, ni explícita ni implícita, de anticipar el fallo, sino normas sobre la estructura, contenido, notificación y acceso a las sentencias; ni del art. 260.2 LOPJ. El Tribunal Supremo notifica en septiembre la sentencia íntegra, que se data en su encabezamiento el 13 de septiembre de 2022. Con ello respeta tanto esa última previsión de integración del voto en la sentencia (art. 260.2 LOPJ) como las anteriores citadas en la demanda, relativas a la

notificación de las sentencias el día que se firmen o el día siguiente (art. 160 LECrim), a la disposición específica sobre la sentencia en el procedimiento abreviado (art. 768 LECrim), a la estructura (encabezamiento, antecedentes, hechos probados, fundamentos jurídicos y fallo) con que deben formularse las sentencias (art. 248 LOPJ), al depósito y acceso a las mismas (art. 266 LOPJ) y al deber de notificar las resoluciones judiciales a todos los que sean parte en el pleito, puedan verse perjudicados o dispongan las propias resoluciones de conformidad con la ley (art. 270 LOPJ).

En segundo lugar y de forma determinante, no puede apreciarse la lesión denunciada, porque no se concreta la indefensión que el recurrente ha sufrido, que se identifica genéricamente y sin ulterior argumento al afirmar que «[l]a simultánea notificación de la condena sin sentencia y proclamación pública general hizo inviable ninguna forma de reacción». En todo caso, este tribunal no aprecia que el proceder de la sala de casación haya causado al demandante indefensión en el proceso. La sentencia del Tribunal Supremo le fue notificada conforme a la ley, iniciándose en ese momento el plazo para agotar las posibilidades de cuestionamiento de la decisión de condena; señaladamente, para formular el incidente de nulidad de actuaciones, que efectivamente planteó y fue resuelto por la Sala de lo Penal. De ninguna manera la actuación judicial cuestionada ha situado al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, por lo que no se aprecia un efecto material de indefensión, con real menoscabo de su derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para sus intereses.

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

8. Conclusiones y alcance del fallo.

Los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos anteriores determinan que la estimación del presente recurso de amparo despliegue efectos diversos en relación con la condena por delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP y la condena por delito de prevaricación del art. 404 CP.

A) En relación con la condena por «malversación de caudales públicos», ha de acordarse la íntegra nulidad de las resoluciones impugnadas, sin retroacción alguna, pues los argumentos expresados en los fundamentos jurídicos 5 y 6 de esta resolución ponen de manifiesto que dicha condena carece de todo soporte constitucional como consecuencia de:

a) La estimación parcial de la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con la subsunción imprevisible en el tipo penal del art. 432 CP de todos los hechos que han motivado la condena por malversación con la sola excepción de los referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L.

b) La estimación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) respecto de los hechos referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L.

B) En relación con el delito de «prevaricación administrativa» del art. 404 CP, ha de acordarse, en cambio, la nulidad parcial de las resoluciones impugnadas, pues:

a) Infringe el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) 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 (art. 404 CP): (i) por haber intervenido en la elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2005 a 2009; y (ii) por haber participado en la tramitación de las modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios de 2005, 2006, 2007 y 2008 en relación con el programa 31L.

b) No es lesiva del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) la condena por delito de prevaricación del recurrente de amparo en relación con su intervención en la aprobación de la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004, por la que se incrementaron los créditos correspondientes al programa 32H.

En consecuencia, el fallo parcialmente estimatorio determina la nulidad de la 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 exclusivamente en lo relativo a la posible comisión de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP derivado de la intervención del recurrente de amparo en la aprobación de la modificación presupuestaria de 9 de diciembre de 2004 para el incremento del crédito presupuestario del programa 32H.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido:

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

2.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia núm. 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de la sentencia núm. 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del auto del mismo tribunal de 16 de febrero de 2023, 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 los derechos fundamentales vulnerados, en los términos que se indican en el fundamento jurídico 8 de esta sentencia.

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

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 avocado núm. 2119-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a 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. 2119-2023, interpuesto por don José Antonio Griñán Martínez, el cual a mi juicio debió ser inadmitido en cuanto a las quejas de vulneración del derecho a la legalidad penal (25.1 CE), por falta de denuncia temporánea de dicha lesión; y en todo caso desestimado porque las sentencias impugnadas no vulneraron el mencionado derecho fundamental, ni tampoco su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Antes de explicar las razones de este voto particular, procede recordar que el Pleno de este tribunal ha dictado ya ocho 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 CP), y algunos además por el delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) en concurso medial con aquel otro (como sucede con el aquí recurrente), 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 entre los años 2000 a 2009. En el caso del señor Griñán Martínez, fue consejero de Economía y Hacienda de dicho Ejecutivo autonómico entre el 24 de abril de 2004 y el 23 de abril de 2009, y después presidente de la Junta de Andalucía desde el mismo día 23 de abril de 2009 hasta el 7 de septiembre de 2013.

La sentencia recaída en el recurso de amparo avogado núm. 2119-2023 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, las quejas que aquí se plantean. En concreto: (i) a partir de la STC 93/2024, de 19 de junio (recurso de amparo avogado núm. 6971-2022, recurrente doña Magdalena Álvarez Arza), por lo que se refiere al enjuiciamiento de la queja por vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE), tanto respecto de la condena por el delito de prevaricación (único por el que resultó condenada la señora Álvarez Arza), como en sentencias posteriores dictadas por el Pleno los días 2 y 3 de este mismo mes de julio, respecto del delito de malversación por el que también fueron condenados otros recurrentes; y (ii) en la STC 94/2024, de 2 de julio (recurso de amparo avogado núm. 2136-2023, recurrente don Miguel Ángel Serrano Aguilar), por lo que atañe al enjuiciamiento de la queja por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Con 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 Alcobilla y doña Concepción Espejel Jorquera; mientras que de la fundamentación y el fallo de la STC 94/2024, hice lo propio en un voto particular formulado a su vez a esta última. Así lo he hecho también en las demás sentencias de la serie ya dictadas, con relación a estas mismas quejas. Constatado que la sentencia que ahora nos ocupa bebe directamente de los postulados que se contienen en aquellas otras dos, 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. No sin antes referirme a la indebida desestimación del óbice procesal opuesto por una de las partes personadas en este proceso de amparo.

1. Las quejas por vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) debieron inadmitirse por incumplimiento del requisito de invocación temporánea de la lesión en la vía judicial previa.

a) La representación procesal del Partido Popular opuso en su escrito de alegaciones del trámite del art. 52 LOTC, la excepción de inadmisibilidad consistente en el incumplimiento de la exigencia del art. 44.1 c) de nuestra Ley Orgánica reguladora, esto es: «Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello». Así, respecto de la queja de la demanda de amparo por la vulneración por la sentencia de instancia del derecho fundamental a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente, queja por tanto que este debió invocar ya en su recurso de casación para que fuera reparado su derecho por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se señala con relación a la condena por el delito de prevaricación, que «[n]o encontramos la mención del principio de legalidad penal ni su invocación desde la perspectiva ahora planteada» en dicho escrito de casación. Y respecto de la condena por el delito de malversación, sin descartar que concurra el mismo óbice dice que «difícil resulta de comprobar dado que la sistemática y contenido del recurso de casación, y luego, del incidente de nulidad de actuaciones, no guardan correlación con esta construcción en amparo».

La sentencia de la que discrepo desestima el óbice alegado en el fundamento jurídico 1.2, reconociendo que si bien «la argumentación del recurso de casación no es

igual que la expuesta en el recurso de amparo», es suficiente no obstante para considerar invocada la vulneración del art. 25.1 CE, el hecho de que el recurrente en su escrito de casación reprochó a la sentencia de la Audiencia Provincial el «haber considerado constitutivo del delito de prevaricación actuaciones como son la elaboración del anteproyecto de la ley de presupuestos y la tramitación de modificaciones presupuestarias, que no pueden considerarse como una "resolución" recaída en "asunto administrativo", al entender que esa interpretación desborda las previsiones del tipo legal de este delito». Es suficiente, añade, para que el Tribunal Supremo pudiera examinar la queja bajo la perspectiva de vulneración del «principio de legalidad penal que consagra el art. 25.1 CE».

b) El óbice a mi juicio debió ser estimado. No es que la sistemática de los escritos de casación y de la demanda de amparo difieran, es que el primero de ellos no contiene una mínima fundamentación de por qué se habría producido la lesión constitucional que por vez primera se esgrime en el escrito de nulidad de actuaciones contra la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Que nuestra doctrina sobre el cumplimiento del art. 44.1 c) LOTC, citada por la sentencia de la que discrepo, permita una flexibilidad en cuanto a los aspectos formales de la invocación, no implica en todo caso suprimir la carga de todo recurrente de tener que suministrar al órgano judicial los elementos de juicio necesarios para considerar que el error que se achaca a la resolución impugnada tiene relevancia constitucional y no solo de legalidad ordinaria pues afecta al contenido esencial del derecho fundamental de que se trate, tal y como ha sido definido por este tribunal. En el caso del art. 25.1 CE, por la doctrina que trae el fundamento jurídico 3 de la propia sentencia.

En el recurso de casación del recurrente se incluye un primer motivo por «infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim», tanto por aplicación indebida del art. 404 CP (motivo I primero), como por la aplicación indebida del art. 432 CP (motivo I segundo), en el que se ofrecen las razones por las que considera que los hechos probados no son subsumibles en ambos delitos, cuestión esta de legalidad ordinaria. No solo no se invoca nominalmente el derecho del art. 25.1 CE (disculpable), sino que no se explica sobre todo por qué el razonamiento de la sentencia de instancia incurre en algunas de las modalidades de vulneración de aquel derecho fundamental según nuestra reiterada doctrina. Por qué, en definitiva, esa subsunción de los hechos atribuidos al recurrente, en las correspondientes normas penales (arts. 404 y 432 CP), resulta «por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional–», de modo que conduce «a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios», que como recuerda la sentencia de la que ahora discrepo, es lo que venimos exigiendo para declarar cometida la vulneración de ese derecho.

c) Ciertamente, como dice el fundamento jurídico 1.2, el escrito de casación negó que la actividad de preparación de anteproyectos de leyes de presupuestos, o la relativa a modificaciones presupuestarias, pudiera considerarse una «resolución» recaída en «asunto administrativo» ex art. 404 CP. Pero lo adujo en todo momento desde el plano de la legalidad ordinaria, sin cuestionar la falta de racionalidad o la ausencia de respeto al elemento axiológico propio de ese delito en la argumentación judicial que llevaba a esa subsunción, manifestando simplemente el recurso de casación que aquellos actos «no son subsumibles» ni en el delito de prevaricación (pág. 105 del escrito), ni en el de malversación (pág. 157). No dijo el escrito, como indica la sentencia de la que discrepo, que la interpretación judicial «desborda las previsiones del tipo legal de este delito».

La mera identificación de los hechos probados que se entiende que han sido erróneamente calificados como delitos, no satisface lógicamente por sí misma la carga de argumentar que se ha producido no un simple error jurídico, sino la conculcación del derecho fundamental del art. 25.1 CE, que es de lo que aquí se trata. Esa carga sí se levanta en el escrito de nulidad de actuaciones contra la sentencia de casación (resolución esta que sin embargo no causa en origen la lesión) y después en la demanda

de amparo, pero no evita que se haya ya producido el óbice insubsanable del incumplimiento de la invocación temporánea de la lesión del derecho [art. 44.1 c) LOTC], para que pudiera ser reparado en la sentencia de casación.

La tesis que ahora aplica la sentencia de la que discrepo conduce materialmente a equiparar el motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, con la vulneración del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, lo que resulta inasumible con arreglo, insisto, a la doctrina reiterada de este tribunal sobre el contenido de este derecho fundamental. Quedan así desdibujados los límites entre la legalidad ordinaria y la constitucional, provocando un efecto-llamada para que en virtud de la «doctrina» que así se fija, pueda a partir de ahora alegarse en las demandas de amparo ante este tribunal la lesión del art. 25.1 CE, debido a la mera desestimación en casación del motivo de infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

Tampoco cabe considerar levantada dicha carga procesal en el motivo cuarto del escrito de casación del recurrente, en fin, en el que se alega la «[i]nfracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim y del artículo 5.4 LOPJ», con cita de varios derechos fundamentales, también del «principio de legalidad», pero sin desarrollo luego de argumentación alguna al respecto, centrado realmente el motivo en la denuncia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La estimación del óbice opuesto por la parte personada en este recurso, debió por tanto traer consigo la inadmisión de las quejas de la demanda por lesión del derecho del art. 25.1 CE, en cuanto a la condena al recurrente por los delitos de prevaricación y malversación, resultando de aplicación nuestra reiterada doctrina acerca de la posibilidad de efectuar el control de los óbices de procedibilidad del recurso de amparo incluso en el trámite de sentencia (últimamente, SSTC 79/2023, de 3 de julio, FJ 2; 22/2024, de 12 de febrero, FJ 2, y 53/2024, de 8 de abril, FJ 2).

2. En cuanto al fondo. 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 4.4, 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 elaboración de los anteproyectos de leyes de presupuestos para los años 2005 a 2009; actividad que no puede reputarse como «resolución» dictada «en asunto administrativo» y «arbitraria», en orden a su incardinación en aquel tipo penal [FJ 4.4 A)]; y (ii) al haber participado en la tramitación de determinadas modificaciones presupuestarias correspondientes a los ejercicios de 2005, 2006, 2007 y 2008, con cobertura en el programa 31L; actuación esta 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 4.4 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:

2.1 La elaboración de anteproyectos y proyectos de leyes 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 leyes 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 4.4 A a)], presupuesto del que parten las 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 (ejercicios 2005 a 2009, 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 ss. de la Ley 50/1997, del Gobierno; de los arts. 127 y ss. 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 leyes antes de su elevación al Consejo de Ministros y de la remisión por este de los proyectos de leyes subsiguientes al Parlamento. Es cierto que esta ley se refiere al Gobierno de la Nación y no al de las comunidades autónomas, pero sería absurdo sostener que estos trabajos preparatorios tienen una doble naturaleza, «administrativa» cuando los lleva a cabo la administración del Estado, y «no administrativa» o «legislativa» cuando se trata de las comunidades autónomas.

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

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

Esa actividad que el Tribunal Supremo llama «prelegislativa» es, para la STC 55/2018, propia de un procedimiento administrativo, aunque sobre ella el legislador estatal no pueda intervenir por la vía del art. 149.1.18 CE. El Estado no puede regularla bajo el título del procedimiento administrativo «común» (art. 149.1.18 CE), pero es «procedimiento administrativo». Por eso tras la STC 55/2018 esas normas siguen siendo de aplicación al procedimiento prelegislativo estatal. Una cosa es que la jurisdicción contencioso-administrativa venga declarando que esa actividad no constituye un acto impugnabile ante ella y otra que, como dice la sentencia de la que discrepo, esa actividad «no pued[a] ser objeto de control por ningún órgano judicial» [FJ 4.4 A)].

La mayoría de nuestro Tribunal cita de manera desviada el ATC 135/2004 [aludido en el fundamento jurídico 4.3 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, de 15 de marzo, aludida en la STC 93/2024, FJ 4.4.1 a), la autoridad responsable ha incurrido *efectivamente* en un delito de prevaricación del art. 404 CP.

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

En 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 4.4 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».

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

En el apartado siguiente del mismo fundamento jurídico [FJ 4.4 A) b)] se enjuicia la interpretación del concepto de resolución «arbitraria» previsto en el art. 404 CP.

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

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

Por todo ello concluye: «A partir de estos hechos, dada la incontestable ilegalidad de las acciones llevadas a cabo y en atención a la finalidad directamente perseguida por los autores no cabe otra conclusión que la de afirmar la arbitrariedad e injusticia de las

resoluciones objeto de enjuiciamiento» (sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 30, pág. 296).

Ninguna de estas razones se analiza en la sentencia 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 la Comunidad Autónoma 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 expedientes de regulación de empleo [sentencia del Tribunal Supremo, fundamento de Derecho 1, «Resumen de los hechos probados», pág. 111, reproducido en el antecedente 2 a) de nuestra sentencia]. El art. 1 de este decreto-ley estableció expresamente que «a estas ayudas sociolaborales no les es de aplicación la normativa general sobre subvenciones públicas», lo que evidencia que el criterio seguido en años anteriores de no seguir los trámites impuestos por esa «normativa general sobre subvenciones públicas» no se ajustaba a la legalidad vigente.

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

2.3 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 «[c]aracterísticas de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 4.3), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» (FJ 4.3 A e), la posibilidad de modificar las leyes vigentes [FJ 4.3 B b)] y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional [FJ 4.3 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 4.4 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 «transferencias de financiación», según reconoce la mayoría en el FJ 4.4 A b) antes citado. Una modificación que se habría producido en las «memorias presupuestarias, informes económico-financieros y fichas del programa 31L» cuyo contenido extracta la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento de Derecho 11, págs. 193 a 196), transcrita en este punto por el fundamento jurídico 2.1 c) de nuestra sentencia («9. Conclusiones del análisis de la documentación anexa al proyecto de presupuesto anual de la Junta de Andalucía»).

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 de Derecho 23.1, pág. 256, última línea), que cita y reproduce el art. 129.3 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, que dice así:

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

Un precepto que le lleva concluir lo siguiente:

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

Y el Tribunal Supremo es igualmente concluyente: «[N]inguna 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 y 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 leyes 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 presupuesto» llaman varias veces «subvenciones» a las «ayudas sociolaborales» del programa 31L, de modo que difícilmente puede sostenerse que esa «documentación anexa» autorizara la elusión del régimen de estas.

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 la Comunidad Autónoma 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 de Derecho 15). Por ejemplo, según este último precepto (art. 37 LGP), al «proyecto de ley de presupuestos generales del Estado, integrado por el articulado con sus anexos y los estados de ingresos y de gastos», «se acompañará» cierta «documentación complementaria», que incluye, entre otras, «[l]as memorias descriptivas de los programas de gasto y sus objetivos anuales». De la misma manera, el art. 35 de la Ley del Parlamento de Andalucía 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, 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.

2.4 Modificaciones presupuestarias.

En cuanto a determinadas modificaciones presupuestarias producidas en los años 2005 a 2008 [FJ 4.4 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.

2.5 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.

3. 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 malversación.

a) La sentencia de la que discrepo aborda en el fundamento jurídico 5.3 el enjuiciamiento de esta otra queja fundada en la lesión del art. 25.1 CE, ahora respecto de la condena al recurrente por un delito de malversación, que se funda en las sentencias impugnadas (i) por su contribución «activa» a la materialización de la «sustracción» castigada en el art. 432.1 CP, pues sin el indebido sistema de presupuestación no se habrían omitido los trámites y requisitos propios del régimen de las subvenciones ni producido el descontrol absoluto en la concesión de las ayudas sociolaborales; y (ii) por su contribución omisiva a esa sustracción, al no haber utilizado su posición institucional para evitar que ese proceder ilícito se repitiese en los ejercicios que se señalan, por lo que «consintió» que autoridades y funcionarios incurrieran en tal sustracción en cada ejercicio, a resultas de una gestión global «libérrima» y «arbitraria».

Con este punto de partida, la sentencia resuelve la queja trazando una distinción entre: «A) Hechos probados que se refieren globalmente a la forma de gestión de las transferencias de financiación de un "indebido" sistema de presupuestación» (cobertura en el programa 31L), y «B) Hechos referidos a concretas aplicaciones de fondos públicos sin cobertura en el programa 31L».

b) Así las cosas, para las ayudas que sitúa en el grupo A), la sentencia que apoya la mayoría del Pleno vuelve al argumento circular de la inmunidad de control jurisdiccional penal de toda ayuda con cargo a la transferencia de financiación al IFA/IDEA, programa 31L de las leyes de presupuestos, con el resultado de considerar, en lo que atañe en primer lugar a la modalidad «activa» de este delito, que la «aprobación de anteproyectos y proyectos de leyes no puede considerarse, por tanto, un acto con eficacia jurídica *ad extra* desvinculada de su posterior aprobación parlamentaria; no es susceptible, por ello, de subsunción mínimamente previsible en la modalidad activa del delito de malversación consistente en "sustraer", como pretendida fuente de "ilicitud" de un determinado sistema de gestión» [FJ 5.3 A a)]. Y en segundo lugar, respecto de la modalidad «omisiva» del mismo delito de prevaricación, que «[p]or las mismas razones» ya recién expuestas «ha de considerarse imprevisible la subsunción en la norma penal del deber de actuar supuestamente infringido por el recurrente», teniendo en cuenta que «las autoridades implicadas en la fase de presupuestación no pudieron "consentir" sustracción alguna consistente en la supresión de tales trámites y controles» [FJ 5.3 A b)]; por lo que estima vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) del recurrente.

Frente a esta respuesta cabe de nuevo oponer los razonamientos del apartado anterior del presente voto particular, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Tan solo respecto de la afirmación que se hace en este punto por la sentencia de la que discrepo, en el sentido de que «para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido

para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las sucesivas leyes de presupuestos de la Junta de Andalucía de los años 2002 a 2009 y las disposiciones previstas en otras normas de rango legal, como la Ley del Parlamento de Andalucía 5/1983, de 19 de julio, o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre», resulta pertinente oponer lo siguiente:

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

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

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

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

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

las partidas desviadas del programa presupuestario 31L declaradas en la sentencia de instancia.

a) Acotados por la sentencia de la que discrepo los únicos hechos atribuidos al recurrente que podrían ser susceptibles de ser castigados por el delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP, esto es, «las disposiciones efectivamente realizadas desde la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en ausencia de fin público y a las disposiciones enumeradas en el apartado C) del hecho probado vigesimosegundo [de la sentencia de la Audiencia Provincial], donde se hace constar que algunos fondos del programa 31L se aplicaron a fines distintos y ajenos a los determinados en el mismo», resulta que la condena a la postre no es validada al apreciar dicha sentencia en su fundamento jurídico 6.4, que se ha producido la vulneración del derecho fundamental de aquel a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Según se explica, la motivación de la sentencia de instancia «va dirigida claramente a constatar que intervino en el mantenimiento y/o ejecución del sistema dirigido al abono de subvenciones a través del uso de transferencias de financiación, pero en ningún caso a probar que hizo un uso desviado de fondos del programa 31L, por aplicarlos en ausencia o con desviación de los fines previstos en dicho programa». En concreto respecto de la «argumentación relativa al elemento subjetivo, [...] debe proyectarse sobre esas concretas disposiciones» para «fines no previstos en el programa o incluso carentes de tal interés público»; argumentación que a su parecer no se cumple por la Audiencia Provincial.

Para llegar a esta conclusión la sentencia aprobada ahora por la mayoría efectúa su propia valoración de las pruebas obrantes en las actuaciones, en concreto de los informes de la Intervención General de la Junta de Andalucía, «y entre ellos, de manera determinante, el informe adicional (anexo III) al informe de cumplimiento del año 2003 ("informe sobre determinados aspectos de la gestión del Instituto de Fomento de Andalucía de los convenios suscritos con la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico en materia de trabajo y Seguridad Social»; así como también valora «la declaración de los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que elaboraron el informe que se incorporó a la causa».

La sentencia reconoce que «[e]l contenido de estos informes permite inferir de manera razonable que sus destinatarios [entre ellos el aquí recurrente] eran conscientes de que dichas aplicaciones presupuestarias permitían destinar fondos públicos al pago de ayudas sin cumplir el régimen propio de las subvenciones, pero no advertían de que se hubieran materializado pagos al margen de su cobertura, frente a lo que sostiene la sentencia de la Audiencia Provincial (fundamento de Derecho 45, pág. 1721) y como implícitamente viene a reconocer la sentencia de casación». Los referidos informes «no llegan a demostrar que el señor Griñán Martínez hubiera realizado los hechos que se le atribuyen con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública. No es posible afirmar, por lo tanto, sin incurrir en una inferencia excesivamente abierta, que se representó, con el grado de concreción que demanda la imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico que aparecen descritas en el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia».

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

estimación de la queja es «bastante para declarar la nulidad de la condena por delito de malversación», lo que releva de más examen de fondo.

b) Así expuesto, se impone una primera consideración: la sentencia desborda claramente el papel que le corresponde a este Tribunal Constitucional en cuanto a constatar mediante un juicio externo, de acuerdo con la doctrina que se cita en el fundamento jurídico 6.3 de la misma sentencia, si existe prueba de cargo válida y si, a falta de una convicción directa de los hechos, el juicio inferencial en la llamada prueba por presunciones judiciales o de indicios no resulta tan lábil o abierto que conduzca a varios resultados posibles, sin despejar posibles dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado. Rebasando de manera ostensible esta tarea revisora, la sentencia de la que discrepo sustituye por completo, con sus propias apreciaciones de convicción probatoria, las vertidas por la sentencia de la Audiencia Provincial (confirmadas por la de casación).

Hasta tal punto esto es así, es decir, que actúa como un auténtico tribunal de instancia, lo cual carece de justificación alguna en esta jurisdicción constitucional de amparo, que la propia sentencia apoyada por la mayoría, en medio de sus reflexiones probatorias, se permite decir que descartada la motivación dada por las resoluciones recurridas, «[e]llo no quiere decir, en modo alguno, que no existan en la causa elementos que hubieran podido servir de punto de partida para fundar un juicio de inferencia que pudiera haber llevado a esa conclusión –cuestión sobre la que a este tribunal no le corresponde pronunciarse–, sino, sencillamente, que la sentencia no ha completado el razonamiento capaz de trazar la vinculación entre [...] [los convenios suscritos] por el demandante [...] con las desviaciones expuestas». Para entendernos: no solamente la sentencia de instancia no ha motivado suficientemente para poder condenar por malversación (vulnerando así la presunción de inocencia del recurrente), sino que no lo ha hecho por torpeza, ya que en realidad «elementos que hubieran podido servir» para ello sí que existían, si bien de manera enigmática se reserva el derecho de no revelar cuáles eran. Pero además, este párrafo incluido en la sentencia de la que ahora discrepo no es original de ella, sino que se inserta también en las demás sentencias que se han dictado en esta serie al apreciar la queja por lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), lo que significa que se habrían encontrado elementos indiciarios –no revelados– para inculpar a dichos acusados. Sobran las palabras.

c) La inferencia paralela que acomete la sentencia de la que discrepo para supuestamente –en realidad sin éxito– desvirtuar el juicio probatorio de la sentencia de instancia, ofrece sin embargo quiebras lógicas o adolece de la misma labilidad de la que hace reproche. La sentencia de instancia condenó al aquí recurrente por su conocimiento de la situación de descontrol total de los fondos destinados a ayudas sociolaborales a trabajadores y a empresas en crisis, pese a existir una normativa en vigor (estatal y autonómica) sobre subvenciones que no se cumplía gracias al artificio de crear un programa de transferencias de financiación de la agencia IFA/IDEA, y la suscripción de convenios entre esta y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para el pago de esas ayudas. En particular, por tener conocimiento de los informes de la Intervención de la Junta de Andalucía, en especial el del año 2005 sobre la gestión del IFA del año 2003, cuyas conclusiones fueron repitiéndose en los sucesivos informes de la Intervención sobre las cuentas anuales de la agencia IDEA de los ejercicios siguientes, pormenorizando esos informes la falta de controles y requisitos que debían acreditar los beneficiarios de las ayudas.

Esa opinión técnica fue respaldada, como también reconoce la sentencia de la que discrepo, por los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado, que examinaron los 270 expedientes de ayudas derivados del programa 22E y 31 L, confirmando que en todos ellos se reproducía la misma ausencia de controles y de la documentación pertinente. En este punto conviene recordar una vez más, que los delitos de prevaricación y malversación atribuidos a los condenados por la sentencia de instancia, confirmada por la del Tribunal Supremo que nos ocupa, en lo que aquí importa al recurrente señor Griñán Martínez, se debió a la ilegalidad sistémica inmanente a la

totalidad de la operativa de previsión de la partida presupuestaria de transferencias de financiación al IFA/IDEA, como medio de evadir la normativa de subvenciones a particulares, y la ejecución de esa operativa en la que fue pieza fundamental el recurrente, prescindiendo así de las reglas de transparencia y libre concurrencia de candidatos a estas ayudas.

Por lo tanto no cabe, como de manera selectiva y voluntarista proclama la sentencia de la que discrepo, exigir como prueba de la autoría la acreditación de que el recurrente conocía el uso ajeno o desviado del fin público de tales o cuales ayudas efectivamente repartidas; cuando este tenía encomendada como función esencial inherente a su cargo, la de velar por la integridad de aquellos fondos públicos, primero como consejero de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía (entre abril de 2004 y abril de 2009), y después como presidente de la Junta de Andalucía, y por tanto, máxima autoridad del Ejecutivo autonómico, hasta septiembre de 2013.

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

El fundamento de Derecho 40 de la sentencia del Tribunal Supremo explica claramente que no es necesario acreditar dolo directo de desviar fondos o de delinquir, sino que basta representarse esa posibilidad de desvío, porque lo esencial es la conciencia de poner a disposición de algunos cargos dinero público para que lo pudiera gastar a su libre albedrío.

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

Las sentencias impugnadas en este amparo, por ello, no causaron la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente. En consecuencia, la demanda de amparo por tal razón debió inadmitirse en cuanto a la queja de lesión del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), o subsidiariamente haber sido la misma desestimada, con desestimación en todo caso de la queja por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

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 Alcubilla a la sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo avocado núm. 2119-2023

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo interpuesto por don José Antonio Griñán Martínez, 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 señor Enríquez Sancho y señora Espejel Jorquera a la referida sentencia, y a las que formuló el magistrado señor 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 por delitos de prevaricación y de malversación de caudales públicos. Se trata de don José Antonio Griñán Martínez, quien fuera consejero de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía desde el 24 de abril de 2004 al 23 de abril de 2009, y luego presidente de la Junta de Andalucía desde el 23 de abril de 2009 al 7 de septiembre de 2013, estando descritos los hechos por los que fue condenado en el relato de hechos probados y en el fundamento de Derecho 39 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 ([t]ransferencias de financiación al IFA) por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y ejecutándolas el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), luego denominado a partir del año 2004 como Agencia de Innovación y Desarrollo de 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 continuado de prevaricación administrativa, en concurso medial con el delito continuado de malversación por los que ha sido condenado, conclusión que asienta sobre la premisa, a mi parecer errónea, de que obraba amparado por lo previsto en la correspondiente ley de presupuestos para cada ejercicio.

Nada más lejos de la realidad. Las sentencias impugnadas en amparo han entendido que los trabajos preparatorios de esas leyes (la actividad «prelegislativa»), esto es, la actividad tendente a la elaboración de los anteproyectos de leyes 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 CP 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 LGP; en la comunidad autónoma andaluza, se trata de una orden de la Consejería competente). No es posible equiparar, por tanto, los anteproyectos de leyes (tramitación administrativa) con los proyectos de leyes (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 ni desde la perspectiva del delito de prevaricación, ni desde la perspectiva del delito de malversación, por los que ha sido condenado, porque se amparaba en las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 a 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 4), 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 y malversación 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 y malversación conductas amparadas en lo dispuesto en el programa 31L incorporado a las leyes de presupuestos de Andalucía para los años 2002 a 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, 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 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 prejuzgaban el modo en que esas ayudas debían finalmente concederse, ni su régimen de control (o de falta de control, según el parecer mayoritario de este tribunal). Dicho de otro modo, del enunciado de la partida presupuestaria 440 del programa 31L no cabe inferir en modo alguno que el Parlamento de Andalucía, al aprobar la correspondiente ley de presupuestos, excluyera la aplicación de la normativa general en materia de subvenciones.

Habida cuenta de lo anterior, no parece que la respuesta penal a la actuación del recurrente pueda calificarse de imprevisible. La razón de la condena del recurrente es clara: como con arreglo a la Ley 5/1983, de la hacienda pública de la Comunidad Autónoma 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 «[t]ercera 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 los delitos continuados de prevaricación y malversación, porque el programa 31L no concedía una cobertura legal para conceder ayudas con elusión de los controles previstos en la normativa subvencional, pues nada se establecía en las leyes de presupuestos en tal sentido. 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: «El 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 vicariales, que no tienen intereses propios, sino que están al servicio de los intereses generales, y con la característica de que ese servicio ha de realizarse con objetividad, o sea, sin privilegiar a determinadas personas, ni favoritismos, ni intereses partidistas. Y esa función servicial ha de ajustarse a los principios esenciales de actuación que enumera el art. 103.1 CE, pero también a otros 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 Europea 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 intermediación, contradicción y defensa, y mediante una subsunción de los hechos probados en el tipo penal que no puede calificarse de imprevisible ni irrazonable, habían condenado al demandante de amparo como autor de un delito continuado de prevaricación, en concurso medial con un delito continuado de malversación. Por eso, resulta especialmente difícil conciliar la decisión de la sentencia de este tribunal, que conduce a la postre a dejar impunes unas conductas de especial gravedad cometidas por unos concretos responsables políticos en

el desempeño de sus funciones públicas, con el esfuerzo de la Unión Europea por eliminar márgenes de impunidad para prevenir la corrupción política.

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

La argumentación silogística a la que recurre la sentencia le lleva a concluir: (i) solo se puede prevaricar en actuaciones administrativas; los actos del recurrente no tenían naturaleza administrativa; luego el recurrente no podía prevaricar; (ii) solo puede malversar quien incumple la ley; el recurrente se limitó a cumplir con la ley (ejecutar los créditos presupuestarios); luego el recurrente no podía malversar; y (iii) la ley de presupuestos no legitima la disposición ilegal de los créditos aprobados; es ilegal el uso de fondos para fines distintos de los previstos o sin causa justificativa; luego no hay prueba de que el recurrente conociera el uso ilegal de los fondos. En el primero y en el segundo supuesto, tras crear las dos primeras proposiciones, la tercera es una consecuencia necesaria; en el tercer supuesto, se produce una quiebra lógica entre las diferentes proposiciones.

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 las perspectivas del derecho a la legalidad penal (previsibilidad) y del derecho a la presunción de inocencia (prueba). 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 y la presunción de inocencia.

Como conclusión a cuanto ha quedado antes expuesto, considero que las sentencias recurridas en amparo han efectuado una interpretación razonada de los elementos típicos de los delitos de prevaricación administrativa y de malversación, y que su aplicación al caso en dichas resoluciones judiciales supera sin dificultad el canon de control referido a la prohibición de interpretaciones «ilógicas» o «arbitrarias» que impone el art. 25.1 CE, conforme a la doctrina consolidada de este tribunal. La subsunción de la conducta del recurrente, a partir de los hechos declarados probados [sobre los que a este tribunal nada le cabe decir: art. 44.1 b) LOTC], en 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.

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

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

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

Parafraseando al maestro Lucas Verdú diríamos que la justicia constitucional es la autoconciencia que la Constitución tiene de su propia validez y eficacia. En una sentencia como la presente, tal autoconciencia es inencontrable, porque no hay razones

que sustenten en Derecho la solución encontrada por la mayoría de este tribunal al problema sometido a su enjuiciamiento.

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

Ninguna de las leyes de presupuestos en cuestión, por otra parte, fue impugnada, pero si alguna o varias se hubieran impugnado habría dado lo mismo, pues era incuestionable que la mera inclusión de una partida económica (la partida 440 del famoso programa 31L) no era inconstitucional. Adviértase en este sentido que cuando este tribunal ha admitido, en su STC 90/2017, de 5 de julio, la posibilidad de impugnar mediante la vía del recurso de inconstitucionalidad unas determinadas partidas presupuestarias incluidas en una ley de presupuestos (en aquel caso destinadas a financiar el referéndum de autodeterminación de Cataluña) lo ha hecho por su conexión con el mandato previsto en una disposición contenida en el articulado de esa ley. Esto es, lo que se impugna es el mandato imperativo contenido en un precepto del articulado de la ley de presupuestos, mandato directamente vinculado a las concretas partidas presupuestarias a las que aquel precepto se remite y que, por esa vinculación, pueden también ser válidamente impugnadas en un recurso de inconstitucionalidad. Por ello, solo si el reproche de inconstitucionalidad que se dirige frente al precepto legal prospera, cabrá entonces extender esa censura a las concretas partidas a las que ese precepto de la ley de presupuestos remite, por ser esas partidas presupuestarias necesarias para dar cumplimiento al mandato que aquel precepto contiene.

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 señor 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 avocado núm. 2119-2023

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 José Antonio Griñán Martínez, el cual debió ser desestimado, porque las sentencias impugnadas no vulneraron sus derechos fundamentales a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Los motivos de mi discrepancia se remiten, en lo coincidente, con lo que manifesté 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, como a las sentencias dictadas en los recursos de amparo avocados números 2136-2023, 2348-2023, 2360-2023, 2361-2023 y 2391-2023, centrados en los siguientes puntos fundamentales que paso a exponer. 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 4.3. 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 sentencia dictada en el recurso de amparo abogado núm. 6791-2022 (STC 93/2024) 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 4.4 de la sentencia dedicado al «enjuiciamiento de la queja», tras remitirse a lo señalado en la STC 93/2024, la resolución dictada en el presente recurso de amparo, 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, reitero 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, ya que la interpretación efectuada 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), interpretación apoyada además 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. 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 las SSTC 93/2024 y a las SSTC 94/2024, de 2 de julio, y 95/2024, 96/2024, 97/2024 y 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 leyes 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 de Andalucía fijan el inicio del procedimiento legislativo».

Los argumentos de la sentencia de casación que, bajo la rúbrica «[c]ontrol 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 leyes al Parlamento o las que aprobaron las modificaciones legislativas adoptadas, desmantelan 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 leyes 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 leyes), 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, máxima 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.

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 y Desarrollo Tecnológico, 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 del Parlamento de Andalucía 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 leyes, 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 leyes 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 leyes 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.

3. 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, 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, y 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.

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

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 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 leyes, 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 50/19097, del Gobierno, de los arts. 127 y siguientes de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, y hasta de la STC 55/2018, 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 leyes 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 4.4 A) a)].

Como apuntamos en el voto particular mencionado, el Tribunal citó de manera desviada el ATC 135/2004 (aludido en la STC 93/2024, FJ 4.3.3). 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 trámites 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.

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

En el fundamento jurídico 4.4, apartado A), se enjuicia la interpretación del concepto de resolución «arbitraria» 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.

6. 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. Diserta ampliamente sobre las «[c]aracterísticas de nuestra democracia constitucional y parlamentaria» (FJ 4.3), la naturaleza de la ley de presupuestos como «verdadera ley» [FJ 4.3 A e)] y el monopolio de control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional [FJ 4.3 A a) y f)], para terminar concluyendo que las sentencias recurridas han «priva[do] de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley» [FJ 4.4. A b)] de presupuestos «que tiene la misma naturaleza normativa que el resto de las leyes» [FJ 4.4 A b)].

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 4.3).

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 93/2024 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 la hacienda pública de Andalucía (vigente en la fecha de los hechos) y el art. 37 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 del Parlamento de Andalucía 5/1983 establecía que «el 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, 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 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 los años 2002, 2003 y 2004 de modo imprevisible.

A lo que suscribí en anteriores votos particulares, añadido 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; pero de interpretación, o 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 al 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 andaluza 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 47/2003, 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. Además, 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.

7. 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 leyes o las modificaciones presupuestarias para provisionar fondos al IFA/IDEA mediante un instrumento lícito –las «transferencias de financiación»–, con la finalidad de allanar el camino para que otros miembros del Gobierno andaluz

podieran 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 trasferencias 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 trasferencias de financiación con que el mismo se dotaba pudieran destinarse a fines distintos a los de gastos de explotación.

8. Proyección al delito de malversación de caudales públicos de la previa declaración de vulneración del derecho a la legalidad penal por la condena por delito de prevaricación administrativa.

Dedico ahora este voto particular a lo relativo al delito de malversación de caudales públicos, ante la estimación –parcial– del recurso de amparo por vulneración del derecho a la legalidad penal y la estimación por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Como he puesto de manifiesto a lo largo de este voto particular, reitero, en lo que aquí concierne, lo que sostuve en los votos particulares que suscribí con el magistrado don César Tolosa Tribiño a las sentencias dictadas en los recursos de amparo avocados núm. 2136-2023, 2348-2023, 2360-2023, 2361-2023 y 2391-2023.

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

Dicha argumentación, que no comparto, dejaría 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 con ello se desprotege la indemnidad del patrimonio público, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos y los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública. Dicha doctrina incumple las exigencias internacionales de lucha contra la corrupción política y cuando tenga proyección en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea producirá un incumplimiento de las obligaciones de España, incompatible con lo dispuesto en el

artículo 325 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 (SSTJUE de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion y otros*, C-357/19, § 184-187 y 193-194, y de 24 de julio de 2023, Lin, asunto C-107/23 PPU, § 83-84, 86, y 91-94, y auto de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de noviembre de 2022, *FX y otros*, asuntos acumulados C-859/19, C-926/19 y C-929/19, § 92).

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

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

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

La sentencia de la que discrepo proyecta la argumentación que le ha servido para estimar la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de prevaricación –ya cuestionado en este voto– a la condena por delito continuado de malversación de caudales públicos, por lo que desmontado el andamiaje que soporta la declaración de vulneración del derecho a la legalidad penal en la condena por el delito de prevaricación administrativa, necesariamente decaen los argumentos que sobre esa base determinan la declaración de vulneración parcial del citado derecho fundamental, pero referido a la condena por delito de malversación.

A modo de conclusión, la conducta del demandante consistió, leídos los hechos probados rectamente y no de modo fragmentario, en la gestación y puesta en funcionamiento, junto con otros responsables políticos de la Junta de Andalucía, de un nuevo sistema de presupuestación, utilizando tanto los proyectos de leyes de presupuestos como las distintas modificaciones presupuestarias, para conseguir la concesión y pago de las ayudas sociolaborales, ayudas a empresas y otros conceptos, mediante el mecanismo de las transferencias de financiación de la agencia IFA/IDEA, al margen de las exigencias y controles establecidos en las normas de obligada aplicación, lo que ya en fase de ejecución se manifestó en el destino a fines distintos de los previstos en la ley de una elevada cantidad de fondos públicos, todo lo cual necesariamente fue aceptado por el ahora demandante de amparo, primero como consejero de Economía y Hacienda y, después, como presidente de la Junta de Andalucía, dado el conocimiento que tenía de las irregularidades que se producían en la gestión y disposición de los fondos públicos, por ser destinatario de los informes de control financiero permanente de la agencia IDEA.

Consecuentemente, a mi juicio, no cabe calificar de irracional, arbitraria ni tampoco de imprevisible, la subsunción como delito de malversación de caudales públicos de la conducta del demandante, efectuada en las resoluciones judiciales impugnadas.

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

Como ya apuntamos en los mismos votos particulares a los que me he referido en el apartado precedente, este tribunal, al excluir del control externo de la valoración de la prueba todos los hechos respecto de los que declaró vulnerado el derecho a la legalidad penal respecto del delito de prevaricación, mutiló ya de inicio lo que constituyó la valoración conjunta de las pruebas respecto de la totalidad de las conductas calificadas como delito de malversación.

Se efectúa en la presente resolución de nuevo una parcelación de los hechos, limitando el análisis de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia a unas actuaciones residuales, que no tienen correspondencia con la pormenorizada motivación de las sentencias basada en la apreciación conjunta de las pruebas, con base a las cuales los tribunales penales efectuaron los juicios de inferencia respecto a unas acciones que, si bien tuvieron diferentes grados de ilicitud, eran todas ellas constitutivas del mismo delito y debían examinarse en su conjunto por cuanto eran resultado del mismo plan criminal.

Señalamos igualmente en los votos particulares que la sentencias de las que discrepábamos, al igual que la dictada en el presente recurso de amparo, partieron de un entendimiento indebido del enjuiciamiento que corresponde a este tribunal en relación con el derecho a la presunción de inocencia, que viene declarando de modo constante «la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él» (por todas, STC 66/2009, de 9 de marzo, FJ 6).

Nuevamente el Tribunal se aparta de la doctrina constitucional reseñada para proceder a revisar, conforme a criterios de calidad o de oportunidad, la valoración probatoria de los tribunales ordinarios, efectuando reelaboración propia, previa selección sesgada del acervo probatorio, lo que le sitúa en la posición de tribunal de tercera instancia.

De la sentencia dictada en este proceso constitucional se extraen los siguientes argumentos que sintetizan la posición que fundamenta el fallo (FJ 6.4):

[L]a profundidad del análisis de la prueba que las resoluciones impugnadas efectúan respecto al conocimiento y participación del recurrente en la ejecución de un indebido sistema de presupuestación para la concesión de ayudas sociolaborales no aparece detallado con la misma exhaustividad a la hora de motivar la posible participación de aquel en la asignación de fondos del programa 31L en ausencia o con desviación de los fines recogidos en los propios programas presupuestarios.

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

En definitiva, los informes de la Intervención que la sentencia de instancia analiza como medio de prueba acreditativo del tipo subjetivo de la malversación no llegan a demostrar que el señor Griñán Martínez hubiera realizado los hechos que se le atribuyen con una representación suficiente de que las ayudas se fueran a conceder al margen de toda finalidad pública. No es posible afirmar, por lo tanto, sin incurrir en una inferencia excesivamente abierta, que se representó, con el grado de concreción que demanda la

imputación subjetiva de un delito de resultado como es el delito de malversación, las graves desviaciones cometidas por las autoridades de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico que aparecen descritas en el fundamento de Derecho 45 de la sentencia de instancia. Tampoco es un dato concluyente que tuviera conocimiento del déficit contable que se producía en la agencia IDEA pues el mismo era una consecuencia asociada al sistema de presupuestación y gestión de las transferencias de financiación determinado en las leyes de presupuestos.

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

Esta conclusión se alcanza tras valorar el Pleno una serie de indicios resultantes de la práctica de pruebas directas, en particular, de los informes emitidos por la Intervención General de la Junta de Andalucía. Y a partir de aquí, construye su propio relato fáctico, en sustitución del declarado probado por el órgano que constitucionalmente ejerce en esta parcela la función de juzgar, lo que luego fue confirmado por el tribunal de casación.

A mi juicio, no cabe afirmar que la inferencia determinante de la autoría del demandante en amparo fuera inmotivada, pues es el resultado de una inferencia irreprochable desde el punto de vista de la lógica y de las máximas de la experiencia, que parte de los siguientes indicios:

1.º El recurrente ejerció en la Junta de Andalucía, durante aquel periodo, los cargos de consejero de Economía y Hacienda, primero, y de presidente de la Junta de Andalucía, después, lo que le colocó en una situación privilegiada para conocer todo lo relativo al destino de los fondos públicos, en particular, que las transferencias de financiación no podían aplicarse a una finalidad distinta de las de cobertura de pérdidas de una entidad pública.

2.º El papel relevante que en el diseño y ejecución del nuevo sistema de concesión de ayudas sociolaborales gozaba la viceconsejera de Economía y Hacienda, la cual no solo formaba parte de la Comisión General de Viceconsejeros sino, también, del consejo rector del IFA/IDEA donde se constató la existencia de desfases debido a la asunción de compromisos por encima de la cobertura presupuestaria, defectos en la contabilidad, así como la firma de convenios particulares al amparo del convenio marco del año 2001. Dada la directa relación jerárquica entre la viceconsejera y el recurrente, confirma el conocimiento por este último de los déficits presupuestarios.

3.º Los grupos de trabajo –encabezados por la viceconsejera de Economía y Hacienda– donde se pusieron de relieve el déficit generado y su origen.

4.º El demandante era destinatario de los informes de control financiero permanente de las empresas públicas y, en particular, del IFA/IDEA, elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía, donde se recogían las deficiencias detectadas.

5.º La aprobación por el Consejo de Gobierno, a iniciativa de la Consejería de Economía y Hacienda, del programa anual de control financiero permanente de las empresas que incluía, como anexo, una memoria de control financiero permanente sobre los trabajos realizados en el ejercicio anterior por la Intervención General de Andalucía.

6.º El recurrente tuvo conocimiento del informe adicional al informe de cumplimiento del año 2003, emitido por la Intervención General de la Junta de Andalucía, así como los sucesivos informes y memorias que advertían no solo del continuo uso indebido de las transferencias de financiación, sino que también hacían alusión a otras deficiencias de especial relieve como la omisión absoluta del procedimiento de concesión de subvenciones o la inadecuada utilización de la agencia IFA/IDEA como caja pagadora.

7.º Los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado que examinaron todos y cada uno de los 270 expedientes de ayudas derivados de los programas 22E y 31L, afirmaron que no se siguió procedimiento administrativo alguno, faltando los requisitos más elementales en la tramitación de cualquier subvención, destacando la imputación presupuestaria inadecuada, que las subvenciones no se incluyeron en la base de datos, ni constaba que convenio particular alguno hubiera sido previamente informado por el letrado del Gabinete Jurídico adscrito en la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, como era preceptivo. Asimismo, extendieron a todos los expedientes las graves deficiencias detectadas por la interventora en un informe anterior: falta de consignación del plazo de ejecución de la actividad subvencionada con expresión del inicio del cómputo; falta de consignación de la aplicación presupuestaria del gasto y su distribución plurianual; falta de indicación de la forma y secuencia del pago y los requisitos exigidos para su abono; indeterminación del plazo y forma de justificación por el beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la ayuda; omisión de fiscalización previa, etc.

8.º El déficit generado en la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y en la agencia IFA/IDEA como consecuencia de la aplicación de este sistema de gestión de ayudas.

9.º El pago de las ayudas era uno de los ejes relevantes de la acción política del Gobierno de la Junta de Andalucía, de tal manera que difícilmente puede admitirse que no estuviera al tanto del modo de gestión y presupuestación de estas ayudas, como también que desconociera que su pago generaba anualmente un déficit considerable en el IFA/IDEA, que necesariamente había de ser analizado por los órganos encargados de la elaboración presupuestaria.

10.º El uso de las transferencias de financiación para eludir la normativa de las subvenciones y, singularmente, el control previo de la Intervención ya era un dato muy revelador de que la gestión de las ayudas podía dar lugar a la arbitrariedad y el despilfarro.

En definitiva, no puedo compartir que, a la vista de estos indicios, la conclusión sobre la autoría del demandante fuera inmotivada y producto de una inferencia excesivamente abierta.

Por el contrario, nada hay que reprochar desde el punto de vista de la determinación racional de los hechos probados, a lo que se proyecta el control externo que compete a este tribunal, que se declarara que el recurrente, tal como afirma el Tribunal Supremo, sabía que las transferencias de financiación eran un instrumento presupuestario ilegal, que sirvió para eludir los necesarios controles en la concesión y pago de las ayudas sociolaborales y también que en esta gestión se incumplió de forma absoluta el procedimiento establecido en la ley, posibilitando la gestión libérrima de los fondos públicos al margen de todo control. Y, en consecuencia, también considero que la mayoría del Pleno se excedió en su facultad de control y sustituyó aquella conclusión por su propia versión alternativa acerca de la autoría del recurrente.

10. Recapitulación.

En esta sentencia como en las restantes sentencias resolutorias de los recursos de amparo planteados contra las sentencias dictadas en la rama política de los expedientes de regulación de empleo, 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 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, a 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.

Por lo expuesto, formulo el presente 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 avocado núm. 2119-2023 interpuesto por don José Antonio Griñán Martínez

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 José Antonio Griñán Martínez por el delito de prevaricación en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos agravado por su especial gravedad.

Remisión a los votos particulares ya formulados.

Don José Antonio Griñán Martínez fue condenado como autor de un delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos. Se consideró probado que en su condición de consejero de Economía y Hacienda y miembro de la Junta de Andalucía intervino en la aprobación de los anteproyectos y proyectos de presupuestos de los años 2005 a 2009, así como en las sucesivas modificaciones presupuestarias producidas en los años 2004 a 2009. Su participación tuvo lugar conociendo las irregularidades que se estaban produciendo en relación con la gestión de las ayudas sociolaborales y las ayudas a empresas en crisis, consciente de que se eludía la fiscalización previa utilizando indebidamente las transferencias de financiación al IFA para efectuar libérrimamente pagos por los responsables de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, sin la necesaria cobertura presupuestaria, sin la existencia de control alguno, sin el cumplimiento de los requisitos de las normas reguladoras de las subvenciones y contabilizándose indebidamente como gastos de explotación.

La presente sentencia reconoce la vulneración del principio de legalidad penal en relación con la condena por el delito de prevaricación y malversación proyectando la doctrina expuesta en las SSTC 93/2024 –en relación con la prevaricación– y 94/2024 – en relación también con la malversación–, luego reiterada en las SSTC 95/2024, 96/2024, 97/2024, y 98/2024. Es por ello que me debo remitir, en lo relativo a la doctrina acuñada en la sentencia, 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: (i) 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; y (ii) al sustituir la valoración de la prueba efectuada por los órganos judiciales conforme a

criterios de calidad o de oportunidad, convirtiéndose el Tribunal Constitucional en un tribunal de apelación.

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 leyes 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 quiebras 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: «[L]as memorias de los presupuestos [...] en modo alguno pudieron adquirir vigencia con la entrada en vigor de las leyes de presupuestos impugnadas; en realidad, son algo externo o ajeno a las mismas, meras previsiones hipotéticas» (STC 63/1986, 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.